



Statut Publishers

ИЗДАТЕЛЬСТВО СТАТУТ

К.И. СКЛОВСКИЙ

СОБСТВЕННОСТЬ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Пятое издание, переработанное



СТАТУТ
МОСКВА 2010

УДК 347.2
ББК 67.404.1
С 43

Скловский К.И.

С 43 **Собственность в гражданском праве.** 5-е изд., перераб. — М.: Статут, 2010. — 893 с.

ISBN 978-5-8354-0689-9 (в пер.)

Книга написана известным специалистом в области гражданского права, адвокатом, доктором юридических наук К. Скловским.

В книге обобщен и проанализирован обширный материал, посвященный проблемам собственности, владения и недействительных сделок, применению норм об объектах права, о юридических фактах, о правопреемстве. Затронуты многие другие практические и теоретические вопросы. Наряду с масштабными обобщениями, нередко далеко идущими за рамки позитивного права, автор много внимания уделяет детальному анализу текущей судебной практики, предлагает конкретные решения трудных вопросов, обращает внимание читателя на сложные и неясные места в законодательстве.

Учтены изменения законодательства и судебной практики за время, прошедшее после выхода в свет предыдущего издания.

Книга снабжена предметным указателем, который, учитывая значительный объем материала, облегчает пользование текстом.

Книга предназначена для студентов юридических вузов, юристов, практикующих в сфере гражданского права, ученых, а также для широкого круга читателей, интересующихся историей и теорией гражданского права.

УДК 347.2
ББК 67.404.1

ISBN 978-5-8354-0689-9

© К.И. Скловский, 2010
© М.И. Брагинский, предисловие, 2008
© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2010

ПРЕДИСЛОВИЕ К ЧЕТВЕРТОМУ ИЗДАНИЮ

Новое, четвертое по счету, издание настоящей книги представляет собой по существу новую книгу. При сохранении структуры прежней в ней рассматривается ряд важнейших проблем, ранее вовсе не затронутых либо лишь упомянутых. В книге существенно расширены, оснащены новой аргументацией главы, посвященные собственности и владению. Пожалуй, впервые осуществляется развернутое рассмотрение законного и незаконного владения — понятий, широко применяемых на практике, но занимавших до сих пор весьма малое место в теории. В то же время появилось большое число новых глав и тем. Автор углубился в проблематику правопреемства, немало пишет об объекте права — эта тема буквально пронизывает книгу. Другой такой сквозной темой можно назвать проблематику юридических фактов. Обсуждаются проблемы субъективного права, при этом автор значительные усилия направляет на очищение этого понятия от различных вульгарных наслоений, затрудняющих различение права и факта.

Говоря об абсолютных правах, автор настойчиво проводит идею различения обязанности и запрета, которая заслуживает всяческого внимания и цивилистов, и теоретиков. Отдельно рассматриваются понятия добросовестности и злоупотребления правом, хотя при рассмотрении вопросов владения эти понятия, конечно, также затрагиваются.

Заслуживает внимания и то, что, сохранив необычную структуру работы: имеется в виду выделение за рамками основного текста отдельных приложений, каждое из которых посвящено одному четко обозначенному вопросу, автор полностью заменил их другими, имеющими несомненно бóльшую актуальность. Примером может служить появление такого, как «Некоторые проблемы преимущественного права покупки».

Высокий научный уровень проведенного исследования нашел свое выражение в формулировании наряду с теоретическими и практически значимых выводов, направленных на совершение действующего законодательства и практики его применения. Можно заметить, что ряд идей, впервые высказанных в предыдущем издании, за прошедшие годы был признан практикой. Речь идет прежде всего о защите добросовестного незаконного владения. В настоящем издании автор обращает внимание на ряд других актуальных вопросов. Среди них — продажа чужой вещи, продажа вещи без владения, последствия сделок, совершенных незаконным владельцем, иски о признании права собственности, роль договора в первоначальном приобретении права собственности и многие другие. При этом некоторые из сделанных выводов имеют и общее значение, выходящее за рамки самого предмета исследования.

Интерес к представленной работе повышается в связи с тем, что в ней существенно расширено использование философских и социологических основ права применительно ко всему, что связано с собственностью. В частности, речь идет о фи-

лософском понимании исходных понятий для разграничения права собственности и договора — воли и волеизъявления. Автор поместил свое исследование в контекст современной гуманитарной мысли, что делает книгу интересной не только юристам, но широкому кругу читателей. Язык книги лишен тяжеловесности, диалогичен, оставляет ощущение живого разговора.

Читатель получает книгу, насыщенную содержанием, глубокую и при этом практически актуальную и полезную. Это — одна из тех книг, которые не утрачивают ценности даже после изменения тех законов, о которых в ней говорится.

М.И. Брагинский

ПРЕДИСЛОВИЕ К ПЯТОМУ ИЗДАНИЮ

Пятое издание было предпринято после того, как разошлось предыдущее, четвертое, издание (2008 г.). Читательский спрос, однако, насколько я мог судить, остался неудовлетворенным в полной мере.

Между тем за два года произошли весьма существенные изменения в законодательстве и практике, причем в немалой степени именно в тех вопросах, которым посвящена книга. Заметным явлением стала разработка концепции развития гражданского законодательства¹.

Конечно, я должен был включить появившийся новый материал в книгу. Одновременно пришлось значительно сократить прежнее издание во избежание разрастания и без того немалого текста.

В результате получилась книга, заметно отличная от четвертого издания, причем часть материала осталась в прежнем издании не потому, что он больше не нужен, а лишь для сохранения приемлемого объема книги. Мне приходится предполагать возможность параллельного использования четвертого и пятого изданий в некоторых случаях (надеюсь, все же не во всех). Излагая затронутые в пятом издании темы, я пытался организовать материал так, чтобы у читателя не было необходимости одновременно привлекать четвертое издание. В то же время некоторые проблемы, рассматривавшиеся в четвертом издании и здесь опущенные (имеются в виду прежде всего приложения к четвертому изданию), в пятом почти не затрагиваются, если не считать отдельных попутных замечаний.

Надеюсь все же, что в этом виде книга окажется полезной читателю.

*К. Скловский
Март 2010 г.*

К. Скловский
ksklovsky@mail.ru
(495)921 67 31

¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. М., 2009. Кроме этого текста имеется и расширенный текст концепции по разделам, который преимущественно использовался в книге. Источники можно найти на сайте Исследовательского центра частного права при Президенте РФ.

К ЧИТАТЕЛЮ¹

Ohne tierisch Ernst

*N. Bore*²

Читателю предлагается книга, которую можно считать новым вариантом изданной ранее книги о собственности³. Объем материала настолько возрос, возникло столько новых тем, что хотя по настоянию издателя принята формула переиздания, точнее было бы все же говорить о новой книге.

У меня нет ощущения исчерпанности материала, но последние годы я замечаю, что мне все труднее ориентироваться в накопленном тексте. Уже только для того, чтобы не усложнять его дальше, пришлось принять решение о публикации.

В конце концов я должен был согласиться с тем, что текст не получил качества завершеного (что относительно *Lebenswerk*, вероятно, звучало бы несколько фатально). Компенсировать это признание я могу только отсылкой к Р. Барту, великому знатоку и поэту Текста, который полагал, что стремление завершить книгу, придать ей *товарность*, придает ей банальность, порождает чувство вины перед тем идеальным произведением, к которому стремится автор⁴ и которое я, конечно, живо ощущаю.

Толкование (а юристы им только и занимаются) — всегда воспоминание и напоминание. Восстановление юриспруденции означает, стало быть, возрождение памяти.

Сегодня уже в основном завершено переиздание наиболее значительных трудов российских цивилистов⁵, прежде всего — усилиями издательства «Статут», работающего в тесном единстве с Центром частного права. Но освоение наследия российской цивилистики и приобщение к достижениям европейского права только начинается.

Мне хотелось бы, конечно, чтобы эта книга оказалась полезной в этом процессе. Но я ставил перед собой и иные цели.

Одной из главных задач, которые стояли при написании этой книги, была как раз задача везде, где это оказывалось возможным, указывать связи, соединения права с гуманитарной тематикой. Потому такое большое место в книге занимает и генезис, происхождение собственности. Я придерживаюсь того взгляда, что собственность лежит в основании культуры, что это — не только юридическое явление.

¹ Предисловие автора к четвертому изданию настоящей книги.

² Без звериной серьезности (Н. Бор). — Пер. с нем.

³ Собственность в гражданском праве (первое издание имело место в 1999 г., затем в 2000 и 2002 гг. издательство «Дело» осуществило два переиздания того же текста, обозначив их как второе и третье издания).

⁴ *Барт Р.* Ролан Барт о Ролане Барте. М., 2002. С. 154.

⁵ Общий обзор русской цивилистической литературы также имеется в переиздании: *Поворинский А. Ф.* Систематический указатель русской литературы по гражданскому праву, 1758—1904 гг. / Исслед. центр частного права; Науч. ред. О.Ю. Шиловост. М.: Статут, 2001.

Да и вещь — не явление физики. Понятие вещи отсылает не к природе, а к человеку. Мне кажется важным не замыкаться в рамках традиционной юридической литературы при исследовании собственности, тем более, что число публикаций, основанных исключительно на базисе из юридических книг, все же заметно растет и нужды в их очередном пересказе все меньше.

Мне бы не хотелось написать работу о конкретном; «конкретность (образующая алиби для множества посредственных ученых и политиков) — это фарсовая версия одной из высших ценностей — освобождения от смысла», — хорошо сказал Р. Барт¹. Я пытаюсь писать о смысле собственности. А смысл, как говорила Л. Гинзбург, — это связь со всеобщим. Удивительным образом именно максимальное отвлечение позволяет решать те живые дела, которые составляют мою практику. Конкретные дела — стало быть — явление всеобщего, и в этом качестве я и пытался их привлекать.

Впрочем, отвлечься от конкретной ситуации, в которой пишется книга, невозможно.

В начале английского XVIII в., некоторое подобие которого мы сейчас переживаем, Аддисон сравнивал, следуя Вергилию, современное ему судейское сословие со столь многочисленным войском, что воины не могли из-за тесноты поднять свое оружие. Современное бурное половодье юридического образования привело к стремительному увеличению вширь корпуса юристов, живо напоминающему это сравнение. Не знаю, способно ли моих коллег вдохновить то обстоятельство, что мы теперь с теми, кто, как говорил великий поэт, гурьбой и гуртом.

Этот поток натолкнулся на менее бурное, но еще более фатальное встречное движение преподавателей из сферы образования. Результатом стало несомненное падение в последние годы профессионального уровня выпускников юридических заведений (особенно нетрадиционных). Рожденный этой ситуацией спрос привел к заметному преобладанию учебной литературы, беспрецедентное количество которой не оставляет сомнений в точности уподобления Аддисона.

Теперь, когда вслед за перемещением армии юристов из вузов в практическую сферу, наметилась диверсификация интересов, мы можем видеть появление на мощном фоне справочников и домашних энциклопедий работ, требующих от читателя продолжать образование и зарождающих у юных юристов ужасное подозрение, что учиться придется всю жизнь.

В свое время Цицерон иронически прошелся по поводу стремления римских юристов «книжечки составлять насчет падения капель дождя и общих стен». Сейчас нам его ирония почти непонятна, ведь о городских сервитутах, как раз и заставлявших терпеть стекание дождевой воды от соседа и некогда входивших в обязательную программу юридического образования, нынешний юрист едва ли слышал. Да и «книжечек» той степени подробности и точности сегодня не так уж и много².

¹ Барт Р. Указ. соч. С. 103.

² Спустя две тысячи лет уже сам Цицерон удостоился такой же иронии: А. Блок в своих дневниках усмотрел в нем «хорошо впоследствии изученный образ кадета», о чем с сочувствием писал А. Белый. И эта ирония нам не так уж близка. Именно заурядных кадетов — ответственных, порядочных, эрудированных, пусть и со склонностью к фразе — нам сегодня не хватает в первую очередь. Читатель знает, что и Г. Шершеневич был одним из лидеров кадетов.

Но главным открытием становится то, что прямой пользы от таких книжек, даже когда они будут написаны, окажется немного, если к тому времени нам не удастся вернуть общий фон, на котором они должны читаться.

Практически значимой задачей сегодня является как можно более скорое и полное восстановление теоретического уровня юриспруденции. Именно этой задаче и подчинена в целом предлагаемая вашему вниманию книга.

Многолетний стаж практической цивилистики позволяет мне с полной уверенностью утверждать, что нет ни одной практически трудной, а тем более неразрешимой задачи, источник которой не уходил бы в теорию. И чем труднее дело, тем глубже в теории находится его решение. С годами — и не ко всем — приходит понимание несовпадения права и закона и подчинения второго первому.

Вот что сказал об этом самый авторитетный отечественный цивилист: «Именно отсутствие систематического научного образования создает в лицах, приобретших знание права путем механического заучивания отдельных законов, упорное недоброжелательство ко всякому новому закону»¹.

Следуя этим убеждениям, я не мог не показать выводов самого прикладного, самого остроактуального значения при обсуждении самых общих аспектов темы.

Приведено столь большое число примеров, почерпнутых из современной судебной практики, что временами изложение становится буквально казуистическим (имея в виду, что казус — это судебное дело). Как представляется, найденные с помощью теоретических разысканий решения могут удовлетворить и практическим нуждам.

Такой подход имел своим следствием известное преобладание общих тем, особенно в первых главах книги. Если читатель находит его сложным или неинтересным, он может оставить эти главы на будущее. Позволю высказать надежду, что при серьезном углублении в гражданское право будут возникать моменты, заставляющие задуматься над теми или иными общими вопросами. Тогда, может быть, окажется полезным обращение к однажды прочитанному, просмотренному или просто оставленному в стороне.

Постоянно представляя своего читателя (а за последние годы мне со многими удалось общаться), я по мере сил старался облегчать и разнообразить стиль изложения, придавая ему характер беседы, временами стараясь развлечь его шутками или иронией. Я вовсе не стремился создать еще один образец академического чтения, не всегда сдерживая и эмоции. Если канон начинается там, где кончается пророчество, то постольку, поскольку отечественное гражданское право далеко еще не стало каноном, цивилистический текст, видимо, нельзя еще лишить качеств пророчества. А пророчеству присуща, как известно из Ветхого Завета, страсть.

Если каждый текст, как говорит Р. Барт, имеет право быть прочитанным, то тем самым, видимо, предполагается право быть прочитанным полностью. Однако как практикующий юрист я понимаю, что осуществление права никогда не бывает совершенным и должен уважать нужды и того читателя, который будет читать книгу фрагментами и от случая к случаю. Для этих случаев я был вынужден повторять

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 16.

Опыт наших дней подсказывает, что теми же качествами отличаются и юристы, избежавшие даже тех знаний, которые приобретаются механическим заучиванием законов.

в разных местах в той или иной форме некоторые выводы, не ограничиваясь только отсылками к другим частям книги. Дотошного читателя прошу простить за повторы.

Впрочем, отказ от претензий на категоричность, на окончательность решений, боязнь утраты богатства смыслов и оттенков, всегда подстерегающая чрезмерно решительные суждения, не могли не сказаться на строении фразы. Я считал важным показать границы высказывания, указать коренящиеся в нем иные смыслы, сохранить тем самым его жизнь, развитие, возможность перехода к другому. Вследствие этого такие фразы оказались, к сожалению, и не короткими, и не простыми. Но укорачивать, рубить их — значит терять нечто более существенное, чем доступность, понятность (применительно к такой понятности весьма уместны слова М. Гефтера: понимание — разновидность непонимания). В строении самой фразы, уклоняющейся от категоричности, должна выражаться идея амбивалентности и готовности к самоопровержению. Как очень верно сказал Н. Бор, «утверждение тривиально, и содержательность его неглубока, если прямо противоположное суждение наверняка вздорно¹. А вот если и прямо противоположное полно смысла, тогда суждение нетривиально».

Материал книги систематизирован, возможно, не идеальным образом. Однако попутно с систематическим изложением мне приходилось отвлекаться на возникающие за строками сюжеты, которые казались достойными того. Должен признаться, что в этих между прочим высказанных замечаниях есть многие идеи, которые мне кажутся, пожалуй, и более интересными, и во всяком случае более личными, более мне близкими, чем тореный путь, проложенный самим предметом исследования (и которым он будет, конечно, следовать и помимо моих усилий). Как говорил Р. Барт, «толковые мысли (если они есть вообще) появляются лишь понемногу, в заметках на полях, во вводных замечаниях в скобках, косвенно»².

А.Я. Гуревич описывает обычай средневековых исландцев, не имевших писаного права, раз в год восходить на Скалу закона и оттуда вещать закон собравшимся соплеменникам. Вот такого изложения, имеющего цель очередной передачи от предков потомкам, может быть, с перекомпоновкой известного юридического материала, у меня не было. Конечно, позитивный материал здесь присутствует. Но претендовать на его исчерпание я не собираюсь не только потому, что это невозможно, но и потому, что это мне кажется не всегда интересным. Я стремился не к увеличению материала вширь, не к механическому наращиванию числа источников, а к обнаружению глубинных, парадоксальных разворотов темы, неожиданных пересечений, далеких ассоциаций. Стремление не вещать, не поучать, а заметить и возразить было преобладающим, что повысило смысл и значение отдельных замечаний, маргиналий и сносок. Иногда это требует замедления темпа чтения — видимо, книга и на самом деле предполагает довольно медленное чтение.

Я всегда был сторонником английского натурального сада и противником регулярного. Поэтому, наверное, и не стремился к предельному упорядочению, размещению всего материала по пунктам и параграфам. В результате обнаружилось, что все время, прошедшее с издания книги в 1999 г., текст жил своей жизнью, дал собственные побеги, некоторые пассажи приобрели свой собственный смысл, ко-

¹ Так мы пишем комментарии к закону. Но изменение законов (и изменение комментариев к ним) готовится текстами иного рода, в которых однозначность мысли не всегда ее достоинство.

² Барт Р. Указ. соч. С. 86.

торый был лишь едва намечен или вовсе незаметен вначале. Я не пытался выпалывать эти побеги, а лишь стремился их укрепить и направить в том направлении, которое они уже выбрали самостоятельно.

Непосредственным импульсом к изданию книги о собственности в 1999 г. стало обнаружившееся сначала в судебной практике обострение проблематики, связанной с развивающимися почти вне закона отношениями фактического, лишенного титула, владения. Эта тема стала одной из основных в книге, поскольку в 1997–1998 гг. вопрос был практически не исследован (если не считать дореволюционной литературы, естественно).

За прошедшее время проблематика владения оказалась едва ли не самой популярной. Вышли сотни работ, посвященные как теории владения, так и связанными с ней вопросам реституции, вещного эффекта купли-продажи, vindикации, приобретательной давности. Можно даже заметить проникновение многих теоретических конструкций в судебную практику. Должен с чувством некоторого удовлетворения констатировать, что многие понятия, до конца 1990-х гг. едва известные практикующим юристам и почти не представленные в текущей юридической литературе, сегодня приобретают качество прописных истин. Однако тот факт, что многие решения стали за несколько лет тривиальными, все же не означает, что соответствующие разделы книги должны быть опущены, хотя утрата ими острой проблемности и приобретение, может быть, качеств учебника¹, видимо, неизбежны. Ведь к этому мы и стремимся.

Появились, однако, новые интересные аспекты темы, в основном связанные с теорией правопреемства, вытекающими из нее проблемами объекта права, юридического факта и др.

Вообще говоря, книга написана практиком, и абсолютно все темы книги продиктованы исключительно практическими нуждами. Даже материал первых, отвлеченных от повседневной практики глав сформировался тогда, когда мы обсуждали с коллегами общие вопросы, возникающие *в каждом деле*, искали пределы частного права в каждом споре, пытались сформулировать аргументы в противостоянии с многочисленными сторонниками вмешательства государства в экономику, сторонниками ограничения частного права. Понятно, что другие, более прикладные вопросы, которые рассматриваются в книге, *всегда* возникали из того или иного спора (обычно изложение его можно найти в тексте), и чем более сложным оказывался этот спор, тем большего погружения в право он требовал. Результаты этого поиска и представлены в книге. В то же время здесь нет ни одного вопроса, который имеет чисто литературное происхождение, ни одна глава книги не возникла как результат чтения юридических книг, из нужд литературной полемики или диссертационных амбиций (что само по себе понятно и не предосудительно). Я бы просил читателя учитывать это при чтении.

Некоторые читатели, удрученные тем приемом, который встретили их утонченные доводы в судах, упрекают меня в бесполезности юриспруденции в целом и этой книги в частности. На это трудно возразить. Сегодня мы уже не можем не признать поражения судебной реформы 1990–2000-х гг., если считать, что ее целью было по-

¹ Один из читателей сравнил некоторые части книги с букварем, что я не собираюсь оспаривать.

явление суда, «где не подкупна их рука / Ни алчной скупостью, ни страхом»¹. Успех реформ 1864 г., несомненно, не был повторен и остался уникальным в нашей истории. Наши суды скорее обнаруживают преемственность с российскими дореформенными, которые были «полны неправды черной» и в которых благородному человеку служить было не совсем прилично. Напомню, как фонвизинский судья определял основной принцип российского правосудия: «Пусть виновный мне заплатит за свою вину, а праведный — за свою правду».

Да, наши суды послушны воле начальника, не устойчивы перед соблазнами корысти и не испытывают нужды в глубоких юридических познаниях (и в этих качествах нет ничего противоречивого, как говорил довлатовский герой)². Судьи не сопротивляются навязанному им статусу государственных чиновников, статусу «правоохранительных» органов. Но охранение права как предмета, созданного в иных сферах в виде служебной функции, исключает его возвращение, культивирование, любовь к праву. Даже и знание того, что охраняется, не особенно нужно, как нам известно. Конечно, хранитель может поинтересоваться, что же ему поручено. Но особенное увлечение содержимым запертых залов будет воспринято начальством как извинительная или, по обстоятельствам, непростительная странность.

Но есть еще живые судьи, которые испытывают стыд за состояние правосудия, за ту репутацию, которую оно имеет. Там, где ткань болит, она еще живая.

Может быть, в надежде на них мы еще и занимаемся гражданским правом.

¹ Ода «Вольность». Пишу это не потому, что сомневаюсь в том, что читатель не опознает А.С. Пушкина, а лишь для того, чтобы напомнить название.

Кстати, сейчас появилась тенденция извинять незаконные судебные решения, принятые из страха перед начальством, тем, что это — нечто гораздо более приличное, чем угождение стороне в споре из корысти, что это вообще извинительно и, конечно, не коррупция. Поэт считал иначе: и то, и другое — «подкуп». Мотив соучастия в подкупе тех, кто страх внушает, развивать нет смысла ввиду его очевидности.

² Должен признаться, что эта истина не вызывает у меня никакого воодушевления и произношу я ее без всякого полемического азарта. У меня нет и желания доказывать эти факты. Кому угодно считать, что все прекрасно, я не стану перечить. Думаю, что он изменит свое мнение и без всяких уговоров после того, как без защиты сана и связей окажется внутри отечественной судебной машины.

Могу лишь вслед за многими сослаться на слова Президента в обращении от 4 сентября 2004 г. в связи с событиями в Беслане: «...мы позволили коррупции поразить суды».

В такие минуты говорят правду.

Поражение судебной реформы — это поражение нынешнего поколения юристов, к которому принадлежу и я, и оно не сулит нам ничего хорошего в будущем. Дела обстоят весьма печально.

Конечно, когда мы говорим о пораженной коррупцией системе правосудия, «купленной страхом и алчностью», мы должны понимать, что ею затронуты не только суды, но и все участвующие в процессе субъекты, в том числе, конечно, и следователи, и прокуроры, и адвокаты. Можно лишь заметить, если говорить об адвокатах, что они такие, какие нужны этим судам. Именно качество судов определяет состояние системы, они — решающий (во всех смыслах) субъект.

В этом месте можно было бы порассуждать об алчности «схоластов в лохмотьях», как об этом говорил Брайант применительно к эпохе Ф. Аквинского. Но в российской истории, увы, этот типаж вообще никогда представлен не был. Наши стряпчие, «крапивное семя», хотя и ходили в лохмотьях, но схоластами никогда не были. Нищета не преодолевалась у нас посредством науки.

Возвращаясь к состоянию цивилистики, приходится констатировать, что место, которое занимает гражданское право, и степень развития его юридического арсенала в конечном счете зависят от судов, применяющих это право, и именно судебная система несет ответственность за его состояние. Ни один адвокат и ни один ученый не смогут сделать фактом юридической действительности то, что не могут или не хотят понять и применить суды.

В слабое утешение цивилистам можно сказать, что и Рим в эпоху гражданских войн и принципата знал продажный суд (влияние Помпея в триумvirате состояло, в частности, в его способности обеспечить любой нужный приговор). Тем не менее гражданское право в это время расцветало, хотя, нужно признать, великие юристы и были в стороне от текущего, повседневного правосудия. Ведь и греки занимались геометрией, не испытывая в ней насущной потребности. Если так, то будем считать, что наша цивилистика сегодня — это те же чертежи на песке.

Предлагаемые в книге решения, конечно, ни в коей мере не претендуют на окончательную истину; если работа и может быть уличена в претензиях, то они скорее будут состоять в том, что некоторые темы трактуются как незаслуженно незамечаемые, а чаще — как незаслуженно забытые. Мне несколько не хотелось бы выступить в роли новатора или ниспровергателя. И. Стравинский мудро заметил: «Каждый, создающий нечто новое, наносит вред чему-то старому». В согласии с этой мудростью наибольшая настойчивость проявляется в тех трудных вопросах (а их, к сожалению, очень много), которые требуют для своего разрешения обращения к классическому наследию.

Вступление к первому изданию книги завершилось перефразированным высказыванием М. Мамардашвили: когда мы размышляем о Боге, Бог не меняется, меняемся мы.

Изменение акцентов, которые сделаны теперь, позволяет мне повторить эти прекрасные слова и, может быть, именно стремление повторить их и оказалось той силой, которая заставила вернуться к книге.

Москва, 2007

ВВЕДЕНИЕ

Дело юристов — видеть связь между конкретным фактом и зданием всей вселенной.

Оливер Уэнделл Холмс-младший

Два равно очевидных фактора: дискредитация теоретизирования как такового и бурная экспансия прагматизма привели вместе к бесспорному преобладанию феноменологических описаний над фундаментальными спекуляциями. Абстракции совершенно определенно уступили место эмпирии. Казалось бы, теперь следует ожидать в праве триумфа позитивизма. Но оказывается, что до этого еще далеко. Основой позитивизма может служить лишь разработанная юридическая база, хорошо прослеживаемые традиции и укоренившийся приоритет права в жизни. Только такая ситуация позволяет вполне утвердиться снисходительному отношению к юридической философии (спекуляции) и самодостаточности права, требующему лишь догматической шлифовки. Не стоит, видимо, доказывать, что мы находимся довольно далеко от такого положения. Как метко заметил В. Нерсесянц, у нас господствует «антиюридический позитивизм».

Непростой задачей сегодня стало обоснование самого права на теоретическое исследование. Если с появлением возможности инициативного издания отпала необходимость ритуального обоснования «актуальности» работы, то возникла обязанность убедить, что речь идет о вещах насущных, что ранее было бы воспринято как недопустимая наивность. Наверное, важнее всего доказать, что сегодня наиболее важны теоретические, фундаментальные работы. Современный мировой фон отнюдь не подтверждает этого. Если англо-американское право всегда тяготело по хорошо известным причинам к прикладным исследованиям, то и европейское, и самое близкое нам немецкое правоведение все меньше ориентируется на теорию. Это, впрочем, можно понять. В XIX в. во время разделенной Германии только отвлеченные теоретические работы могли иметь значение для немецких юристов, работающих в условиях юридического партикуляризма. Сказывалось и влияние великой немецкой философии с ее стремлением к универсальным системам. Германская юридическая теория послужила источником и образцом русской юриспруденции конца XIX — начала XX в.

С тех пор немецкое право стало в значительной мере частью европейского, а европейское право, накопив громадный нормативный массив, создав в значительной мере унифицированные судебные процедуры, озабочено прежде всего поддержанием нормального функционирования этой системы, не подвергая ревизии и особенно глубокой рефлексии ее основания. Соответственно роль отвлеченных теоретических исследований в континентальном праве не могла не снизиться.

Надо признать, что простое «приобщение» к европейской юридической системе невозможно потому, что мы еще культурно далеки от этого: невозможно освоить, т.е. сделать своим, действующий механизм, не освоив оснований его деятельности.

Поэтому нашей ближайшей задачей остается реставрация русского права начала прошлого века, возвращение когда-то имевшихся теоретических позиций — практических уже не может быть, так как то русское право в его живом виде уже не может вернуться.

Позитивизм у нас невозможен еще и потому, что, как уже говорилось, текущая практика слишком слаба, слишком мало в ней собственно юридического содержания по сравнению с политической и иной случайной конъюнктурой, чтобы она могла стать достойным и достаточным материалом для позитивного анализа и обобщений. Поэтому решения всякой сложной проблемы мы должны искать не в нашей бедной практике, а в основаниях теории, которая несравненно богаче.

У нас нет иного выхода, кроме интенсивного освоения того теоретического фундамента, который создан цивилизацией, и еще много лет только теория будет служить залогом правильного развития права.

Особое, центральное, место, занимаемое правом собственности, обычно подразумевается и, кажется, не требует доказательств. Но это интуитивное осознание, ощущение должно быть объяснено. При этом обнаруживается, что такое объяснение едва ли возможно без обращения к самой сути этого права. До недавнего времени ведущее значение права собственности выводилось обычно из основополагающего места экономических отношений собственности, определяющих весь экономический строй (базис) общества.

Далее следовала посылка: раз право собственности регулирует самые главные экономические отношения, то оно, конечно, и будет самым главным среди прав.

Эта победительная логика таит в себе серьезную опасность: если вдруг заколеблется и рухнет вся иерархия, то под ее обломками могут оказаться наиболее ценные юридические приобретения, создаваемые согласованными согласными усилиями несколько тысячелетий и совершенно не заслужившие такого отношения.

Впрочем, тотальность, всеохватность экономического детерминизма уже более не предопределяет конкретных подходов к решению собственно юридических задач, хотя в учебной литературе преобладают традиционные взгляды, признающие существование «экономических отношений собственности».

Возможно, что воспроизведение этих взглядов можно в некоторых случаях объяснить понятным нежеланием ученого менять однажды высказанную позицию, особенно если следование ей не влечет никаких опасных практических последствий, а увидеть сегодня реальные угрозы правоведению и тем более текущему законодательству из уважительного признания «базисных отношений собственности», надо сказать, нелегко.

Тем не менее вопрос заслуживает внимания, хотя его актуальность постоянно снижается.

Обсуждая взгляды Маркса, которые, бесспорно, являются основой любой теории, признающей существование наряду с юридическими также экономических отношений собственности, мы не можем не заметить их близости философии права Гегеля¹.

¹ См., например: *Пашуканис Е.Б.* Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. Следует заметить, что Пашуканиса принято считать наиболее последовательным марксистом среди юристов.

Общим для них является подчинение права иной системе ценностей, объяснение его внешними причинами совсем другого характера. Понятно, что значение для правоведения такого подхода снижается всякий раз, как ставится под сомнение жесткий детерминизм, какую бы природу — материальную или идеальную — он не имел.

Стало быть, практически примирение может быть найдено на почве признания самоценности права, его внутренней цельности, первичности для него собственных аксиом, уважения к его истории. Едва ли можно ожидать, что юристам будет трудно принять такие взгляды.

По-видимому, намечилось сближение именно на этих принципах. Два десятилетия назад, когда проблема детерминизма была куда острее, я пытался искать компромисс в том, что даже если «собственность в экономическом смысле» — как самое глубокое и самое потаенное базисное отношение — и существует, то она никогда не является нам — ни сама по себе, ни в юридическом обличье¹. Следуя уже упомянутой и, конечно, заслуживающей уважения традиции придерживаться однажды высказанных взглядов, если только они не опровергаются очевидным для автора образом, я не вижу необходимости углубляться далее в этот предмет, тем более, что такой компромиссный подход, остановленный на уровне явления, не грозит сам по себе понятиям, отнесенным к базису, а лишь оставляет их в стороне. Действительно, никому еще не удавалось указать на какой-либо экономический феномен или их комбинацию и опознать его как явление самой собственности. Даже если прибегнуть к помощи известных инфернальных сил, коим доступны все глубины и бездны и уж, конечно, недра базиса, то все равно не будет основания для заявления: «Остановись, мгновение, вот явлена собственность (в экономическом, конечно, смысле)!»

В.П. Шкредов достаточно убедительно показал, что попытки экономистов обнаружить собственность саму по себе приводят обычно к тому, что юридические явления выдаются за экономические².

Современная экономическая литература не колеблет эти выводы. Например, молодой экономист, поставив перед собой трудно выполнимую, пожалуй — героическую, задачу обнаружить «владение как экономическую категорию», соглашается с тем, что отыскиваемое им экономическое владение состоит в том, что «субъект собственности того или иного объекта (средств производства, денег³, предметов потребления и т.п.) не использует этот объект сам, а передает его на определенный срок или в бессрочное пользование другому субъекту, не утрачивая при этом права собственности на передаваемый объект». По мнению автора, в этом определении (как и в иных аналогичных) «речь идет о реальных экономических отношениях, а не о праве

¹ Правоведение. 1990. № 1. С. 40–45.

² См.: Шкредов В.П. Метод исследования собственности в «Капитале» Маркса. М., 1973. С. 59; *Он же*: Экономика и право. М., 1990. С. 222 и сл.

³ Конечно, деньги объектом срочного пользования быть не могут и потому во владение не передаются. Но углубление в этот совершенно второстепенный для понимания владения вопрос ничего не изменит в стремлении обнаружить «экономическое владение вещами», равно как и в понимании того, что эти отношения не только вполне иллюзорны, но их поиск вполне лишен смысла (не будем же мы всерьез обсуждать владение деньгами как важный экономический концепт).

владения»¹. Однако на самом деле в данном определении самым тривиальным образом описывается известное Гражданскому кодексу законное² владение. Если «экономическое владение» должно чем-то отличаться от владения юридического, то мы должны в этом определении найти какой-то остаток, не охватываемый правом, и отождествить его с неправовым, т.е. искомым, экономическим явлением. Но здесь нет решительно ничего иного, кроме юридического, причем самого заурядного, содержания.

Попытка, приходится признать, не удалась.

Поэтому остается согласиться с В. Шкредовым в том, что в лучшем случае экономисты просто не очень компетентно³ излагают прописные юридические истины в качестве экономических понятий, а в худшем — придумывают довольно невнятные категории, которые чем более отличны от юридических, тем более лишены смысла и применимости.

Наиболее основательным из известных мне современных экономических исследований собственности в экономике представляется работа Е.В. Устюжаниной⁴. Обсуждая с автором основные пункты наших расхождений, я остановился на вопросе, может ли собственность простирается на такие объекты, которые не являются объектами владения, т.е. физического господства над вещью, которые могут отбираться без насилия и которые следовательно, трудно или невозможно защитить от внешних посягательств.

Речь идет не столько об объектах «интеллектуальной» собственности, т.е. тех, чья ценность не только вполне идеальна, но и которые переносят свою ценность без физического контроля над ее носителем, сколько о фиктивных конструкциях в виде ценных бумаг, в том числе — виртуальных, само создание которых в виде квазивещей явственно указывает на напряженные поиски суррогатов защиты.

К сожалению, Е. Устюжанина во многих случаях прошла мимо этой проблематики; кроме того, она склонна полагать, что собственность изменяется в разные эпохи; соответственно она говорит, например, собственность на капитал. Это понятие, как мне кажется, не имеет серьезных референтов в действительности. Несомненно, оно ценно при экономическом анализе. Вот только такого объекта права нет, и собственность на капитал невозможно ни приобрести, ни потерять.

Если в экономике понятию «капитал» коррелирует понятие дохода, а юридическим выражением их выступает узурфрукт, как об этом (причем рассматривая все эти соотношения как тавтологию) пишет Л. Мизес⁵, то нам придется свести капитал к ве-

¹ Шайхутдинова Э.Р. Владение как категория политической экономии // Вестник молодых ученых. 2001. Вып. 1 / Самарская гос. экономич. академия. Самара, 2001. С. 21–22.

Автор отнюдь не стремится сформулировать новый подход, а цитирует экономистов старшего поколения, которые точно так же тривиальные юридические понятия выдавали за экономические.

² Если уж обсуждать полноту данного определения, то следует отметить, что оно совершенно не замечает существования незаконного владения, которое ведется против воли собственника, и тем не менее имеет важное значение в механизме оборота, как это будет показано в соответствующих главах книги.

³ Уровень компетентности задан юридическим образованием классиков марксизма, в целом, конечно, неплохим, но, во-первых, все же оставшимся на уровне начала XIX в., а во-вторых, ограниченными университетскими рамками.

⁴ Устюжанина Е.В. Проблемы развития отношений собственности в современной российской экономике. М., 2006.

⁵ Мизес Л. ф. Человеческая деятельность: трактат по экономической теории / Пер. с англ. Челябинск, 2005. С. 246–247. Дальше он пишет, что любое понятие капитала, кроме денежного, не является точным, что лишь подтверждает неуместность конструирования собственности на капитал.

щи, а называние ее капитальной ничего не меняет в юридическом смысле, лишь добавляя к вещи плоды и доходы (ст. 136 ГК). Иными словами, собственность возможна все же только на вещь, даже если она способна приносить доходы: ее юридическое качество не меняется, право на нее остается тем же самым.

Аналогично я бы оценил и иные конструкции, в которых собственность распространена на обобщенные идеальные феномены.

На самом деле сегодня мы сталкиваемся, скажем, с такими проблемами:

До каких пределов права на безналичные деньги (этот предмет не сопряжен с какими-либо сложностями в рамках экономических представлений о собственности) подчиняются правилам о собственности? Практика показывает, что здесь существует неразрешимые трудности.

Как осуществляется владение природными объектами (недрами, лесами, водами)? Практика показывает, что адекватных форм здесь не найдено, в связи с чем не могут быть выстроены и права собственности.

Как вообще возможна собственность без владения? Практика показывает, что везде, где она допускается, немедленно создается ситуация массовых нарушений и хаоса, причем не от слабости судов и полиции, а из-за смутности самих отношений.

Это только малая часть существенных жизненных вопросов, в которых обнаруживается разница между подходом экономики к собственности как к средству и подходом права к собственности как цели.

Важно подчеркнуть эту разницу: представления о собственности как самодостаточной ценности, как конечной цели деятельности субъекта, присущие праву и имеющие также и внеправовой (от обыденного житейского до философского) смысл, видимо, и не могут быть приняты экономикой, которая вообще, как заметил Ф. Хайек, имеет дело только со средствами, но не с целями: «...в конечном итоге экономических целей вовсе не существует. Экономические усилия людей... заключаются в распределении средств между соперничающими между собой конечными целями, которые всегда имеют неэкономический характер»¹. В частности, такое сугубо экономическое и ключевое экономическое отношение, как цена, во все не присуще вещи, а характеризует только товар, т.е. вещь в том ее качестве, на той ее стадии, которая предшествует индивидуализации, т.е. еще до обретения вещью уникальности, которая необходима для возникновения на нее собственности.

Мне кажется, что эти различия, ведущие к разным представлениям о собственности, не только объясняют, почему юристы и экономисты по-разному понимают собственность, но и не позволяют переносить в право без самых существенных корректировок (одной из которых является непереносимое увязывание собственности с владением и тем самым — с вещью) экономические категории.

Если экономическая наука не в состоянии обнаружить в понимании собственности ничего иного, кроме того, что рождено правом, то можно все же заметить, что при этом экономисты скорее берут от собственности то ее свойство, которое проявляется в контроле (иногда развиваемом до власти) над вещью, отвлекаясь при этом от того, что вещь (и владение) все же непременно должна быть. Нетрудно также заметить, что контроль — именно та черта собственности, в которой, пожа-

¹ Хайек Ф.А. ф. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Пер. с англ. М., 2006. С. 281.

луй, в наибольшей степени проявляются ее качества средства. Известно, что даже политики избегают отрицать тезис об извращенности представлений о власти как цели и с различной степенью искренности говорят о ней как о средстве; тем более это очевидно для хозяйственной жизни.

Наконец, экономический детерминизм в бытующих у нас формах неразрывно связан с прогрессистской идеологией, исходящей из постоянного и радикального изменения как формы бытия. Между тем, как верно заметил У. Маттеи, «с переходом от относительно простых форм организации общества к более сложным, какими являются современные правовые системы, фундаментальная природа права собственности остается неизменной»¹.

Сомнения в существовании «собственности в экономическом смысле», конечно, никак не означают, что ставится под сомнение воздействие экономики на право. Напротив, ни одна серьезная юридическая проблема не может быть решена без учета и анализа нужд оборота — ближайшего к праву экономического явления. Можно, впрочем, заметить, что нередко влияние оборота воспринимается как искажение основ права и терпится в качестве «меньшего зла». Такой подход, широко представленный и в отечественной цивилистике, выдает уверенность в самоценности права, ведь если считать право производным от экономики, придется признать его происхождение от зла, пусть и меньшего.

Идеи экономического детерминизма в той или иной степени определяли работы цивилистов, развивших учение о собственности в отечественном гражданском праве².

Это обстоятельство в известной мере усложняет безоговорочное применение любого высказывания, особенно общего плана, но, конечно, не дает права ни отказываться от предшественников, ни тем более увлекаться их критикой.

Когда Диоген увидел, что сын гетеры бросает камни в толпу, он предостерег его: «Осторожней, ты можешь попасть в своего отца!» Конечно, энергичная критика в адрес старшего поколения цивилистов не может не напоминать поведение такого не помнящего родства отрока.

Еще менее удобна полемика с теми учеными, которые лишены возможности ответить.

¹ Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. М., 1999. С. 48.

² Кроме знаменитых в свое время трудов А.В. Венедиктова (*Венедиктов А.В.* Государственная социалистическая собственность. М.; Л., 1948 и др.) были написаны и другие книги. См.: Карасс А.В. Право государственной социалистической собственности. М., 1954; Толстой Ю.К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. Л., 1955; Корнеев С.М. Право государственной социалистической собственности в СССР. М., 1964; Генкин Д.М. Право личной собственности. М., 1964. Состояние проблемы перед началом реформ представлено в сборнике: Право собственности в СССР / Под ред. Ю.К. Толстого, В.Ф. Яковлева. М., 1989.

Из новейшей литературы следует указать книгу: Алексеев С.С. Право собственности: Проблемы теории. 2-е изд. М., 2007.

Впрочем, имеющаяся в предлагаемой читателю книге библиография по теме собственности, а также владения, реституции и другим обсуждаемым в книге предметам далека от полноты, равно как и жанр самой книги предельно далек от того уважаемого жанра, который немецкие ученые времен Фридриха обозначали как 13-ю компиляцию из 12 других на ту же тему. Таких компиляций в последнее время пишется все больше, и я только могу адресовать читателя к ним.

К. Краковский, рассказывая историю принципиального спора между М.Ф. Владимирским-Будановым и Н.П. Павловым-Сильванским, замечает, что острая дискуссия была прервана первым, когда другой участник не смог уже ответить на критику¹.

Но если мы можем и должны отказаться от апелляции к экономическому базису как обязательному зачину правового исследования, то первым результатом сразу после обнаружения того удобного факта, что собственность и право собственности можно теперь употреблять как синонимы², получаем непривычное зияние в начале работы.

Попробуем его восполнить некоторыми замечаниями общего порядка.

Начало реформ было ознаменовано некоторыми достижениями теории, отрицающей тождество права и закона. Хотя эта теория (главным образом в варианте естественного права) известна мировому праву, у нас она приобрела особое значение и ряд лет играла роль одного из главных средств эмансипации права. Направленность такого подхода очевидна. В свое время А. Вышинский говорил, что право — это и есть советские законы. Тем самым исключались всякое обсуждение содержания и смысла законов, проверка их с точки зрения соответствия общеправовым ценностям и сами эти ценности. Между тем к тому времени было уже общепризнанным, что право — не результат воли законодателя, а продукт развития общества, отражение и закрепление сложившихся отношений между людьми. Можно утвердить закон, вступающий в противоречие с основами права, со справедливостью, но тогда это будет уже не право, а произвол. Закон — это всегда более или менее точное, более или менее полное отражение права, и только суд при рассмотрении конкретного спора может дать оценку соответствия закона праву при-

¹ См. предисловие к кн.: *Владимирский-Буданов М.Ф.* Обзор истории русского права. Ростов н/Д: Феникс, 1995.

² В дальнейшем они так и понимаются: нигде, кроме изложения в некоторых случаях чужих взглядов, собственность не понимается никак иначе, как феномен юридический. Это позволяет избежать неразрешимых трудностей, останавливающих многих исследователей. Например, А.Е. Черноморец, считающий, что «собственность есть социально-экономическое явление действительности», уличает текст раздела ГК о собственности в неразрешенных проблемах «логико-лингвистического характера». По мнению автора, закон не дал определения собственности, которая не право, а «нечто иное», и потому впал в «неадекватное обозначение» своего предмета (*Черноморец А.Е.* Некоторые теоретические проблемы права собственности в свете Гражданского кодекса РФ // Государство и право. 1996. № 1. С. 96—99). Легко представить, сколь путаным и двусмысленным оказалось бы любое «социально-экономическое» определение собственности в законе и сколько бы горя оно принесло судьям, пока они не догадались бы просто игнорировать его. Вспомним скепсис Г. Шершеневича по поводу дефиниций, употребляемых законодателем, и согласимся, что отсутствие в законе наряду с и без того сомнительным юридическим определением собственности еще и социально-экономического, безусловно, благая весть.

Не думаю, что опасность экономической дефиниции еще нависает над ст. 209 ГК как по причине исходящих от нее явных угроз практике, так (в еще большей степени) по причине отсутствия сколько-нибудь общепризнанного мнения относительно содержания и формы такой дефиниции.

Приводимые автором примеры «неадекватности» норм ГК в основном сводятся к тому, что в одном случае говорится о собственности как о праве, а в другом — как об имуществе. Я не вижу здесь проблем, если только не запутываться в тенетах схемы «собственности экономической и юридической». Выявленное А.Е. Черноморцем, не без триумфа, двойственное обозначение собственности — как права и как вещей — вообще свойственно русскому (и не только) языку и отражает фундаментальное качество этого явления, состоящее в том, что собственность, являясь правом, в то же время выступает главным условием и способом существования лица, и в этом качестве переносится на все его имущество, «собину». Обозначая вещь как собственность, мы тем самым вырываем ее из косной материальности и вводим в юридическую, идеальную сферу, показываем ее способность быть присвоенной по праву.

нительно к данному случаю. Наиболее последовательно идея права проводится в общем (англосаксонском) праве, основанном на деятельности суда и судебном прецеденте. Здесь считается, что каждый договор, каждое дело имеет «свое право»¹, и задача суда — отыскать это право.

Но и правовые системы, не основанные на прецеденте, не отказываются от общего понятия права, не совпадающего с законом, как критерия и в законодательной деятельности, и в правоприменительной². В частности, на идее права базируется применение норм по аналогии и оценочных норм, критериев «разумного хозяина» и других весьма распространенных и эффективных механизмов. В нашей правовой системе подход, исходящий из нетождества права и закона, наиболее последовательно проводится Конституционным Судом РФ³.

Если опираться на некоторые аксиоматические, ценностные приоритеты, в противопоставлении естественного и позитивного права предпочтение, конечно, должно отдаваться праву естественному как более приспособленному для выражения гуманистических ценностей. Мы не можем не учитывать того, что практика подавления человека государством опиралась на идеологию закона, противопоставленного праву, т.е. была духовно гораздо ближе позитивизму, чем теория естественных прав.

Можно лишь заметить, что в гносеологическом, познавательном плане доктрина естественных прав, апеллировавшая в конечном счете к природе, к логике естественных законов, сегодня не кажется вполне удовлетворительной, хотя в свое время идея родственности закона и математики, выявление «самозаконности и спонтанности духа» права, когда Лейбниц, лишь следуя идеям Г. Гроция, утверждал, что «наука о праве принадлежит к таким дисциплинам, которые зависят не от опытов, а от определений, не от фактов, а от строго логических доказательств», использовалась для отграничения чистой сферы права от государства, чтобы «защитить ее своеобразие и самостоятельную ценность перед лицом государственного абсолютизма»⁴.

Обнаруживая это, мы ни в коем случае не должны возвращаться к познавательному арсеналу позитивизма, который в любом случае ничтожен, сколь бы громадны ни были справочные разделы позитивистских штудий. Теория естественных прав

¹ В английской практике суд отыскивает «закон, свойственный данному договорному обязательству (the proper law of the contract)» (*Луиц Л.А.* Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. М., 1948. С. 135). В связи с временами оживающей дискуссией о судебном решении как об источнике права есть смысл отметить, что суд именно отыскивает уже существующее право, а не создает новое посредством прецедента (смысл прецедента тогда в том, что если право однажды найдено, то оно найдено для всех тождественных дел). Вопрос, стало быть, в том, что такое право — нечто естественное и всегда наличное или искусственное и создаваемое по воле законодателя. Отсюда следует презумпция, что все участники дискуссии об источниках права уже твердо знают, что такое право — презумпция, не всегда подтверждаемая.

² Знаменательны возникшие на почве отправления правосудия и питаемые, как указывает сам судья, представлениями о «справедливости» присутствующих в зале, сомнения в совпадении права и закона: право никак не уловить, «а закон — на виду», хотя многие нормы закона «вошли в явное противоречие с объективной действительностью» (*Анисимов В.* Законно? Да. А справедливо ли? // Российская юстиция. 1994. № 6. С. 1).

Очень важно и закономерно, что проблема вполне адекватно осознается именно как проблема правосудия, именно здесь обнаруживается несовпадение права и закона, причем это несовпадение всегда носит частный характер, оно всегда обнаруживается применительно к конкретному случаю и потому не может быть разрешено раз и навсегда в общем виде.

³ См., например: *Жилин Г.* Соотношение права и закона // Российская юстиция. 2000. № 4.

⁴ Цит. по: *Кассирер Э.* Философия Просвещения / Пер. с нем. М., 2004. С. 262–263.

приемлема во всем, кроме конечной отсылки к природе. Право и прежде всего занимающая нас собственность нигде не вытекают из природы, это — всецело феномены человеческого, социального происхождения. Обнаружение в прошедшем столетии этого обстоятельства кажется менее фатальным, если учесть, что в то же время оказалось, что и естественные законы, казавшиеся до того существовавшими от мира и лишь постигаемыми людьми, опираются хотя бы на одно принятое и недоказуемое допущение, т.е. аксиоматичны. Лишение природного закона ореола святости облегчило эмансипацию гуманитарной сферы, в том числе сферы законов — от природы.

Важнейшим для постижения смысла (а смысл всегда противостоит позитивизму, который, не имея ничего, кроме логики, всегда возвращается к закону, который не нуждается в ином оправдании, кроме собственного бытия, так как это иное его оправдание может помешать его отмене, лишению его бытия и тем самым разрушит основание позитивизма — закон имеет смысл, пока не отменен) становится углубление в генезис, достижение тех глубин, в которых рождался человек и вместе с ним — собственность и право. Тем самым воспроизводится характерное для естественного права погружение в сеть причинных связей, но эти связи более не понимаются как природные.

История, генезис противопоставлены формальной логике позитивизма и потому в состоянии оспорить закон с иных позиций — с позиций смысла. Эту силу генезис получает потому, что он постоянно черпает свой арсенал в истинно человеческом, непреходящем, лежащем в фундаменте всего социального. Лишение собственности свойств природно необходимого (а к этому как к само собой разумеющемуся апеллировала идеология Просвещения и выросший из нее марксизм), понимание собственности (излишнего!) как фундамента культуры дает праву мощнейшее оружие критики позитивизма с позиций охраны культуры, с позиций борьбы за социальное, с позиций борьбы за богатство жизни, за многокрасочность человеческого бытия, против любых упрощений и логических схем, вдохновленных бедностью и угрюмой прозой экспроприации.

Свойственная естественному праву идея противопоставления естественных связей между людьми теологической морали¹, даже при том, что люди представлялись отвлеченно, вне их реального исторического бытия, важна тем, что право понимается как самостоятельная, подчиненная собственным законам ценность, а не средство для достижения иного, поскольку любое средство обречено на уничтожение или в системе понятий позитивизма — на отмену. Бессилие и тщета позитивного права как раз в том, что оно всегда содержит в самом себе оправдание собственного уничтожения.

Противопоставление права неразумным и произвольным законам становится главным мотивом пересмотра законодательства в переходные эпохи². Не удивительно, что в период реформирования идея о несовпадении права и закона сохраняет большой потенциал.

Впрочем, опыт последних лет дал интересный материал в этой части. Хотя конкретных исследований, кажется, не проводилось, эмпирически можно все же заме-

¹ Кассирер Э. Указ. соч. С. 273.

² При спокойном течении дел стимулом к ревизии законов служат частные нужды и отдельные противоречия внутри сложившейся системы права.

тить распределение предпочтений в соответствии с принадлежностью юристов к той или иной ветви власти. Если некоторые судьи и ориентированные на суд практики и теоретики чаще склоняются к приоритету права как высшей ценности и вытекающей из этого способности права противостоять нормативному акту, то среди законодателей и особенно — исполнителей отступление от позитивного права нередко воспринимается как в принципе недопустимый способ правоприменения¹. Нельзя не заметить, что в наших условиях нередко выбор в пользу позитивизма и против естественного права продиктован не уважением к писаному праву, свойственному настоящим позитивистам, а неуважением к правам личности, стоящей в центре естественного права. Таким образом, воспроизводится довольно древняя оппозиция. Как замечает И. Козлихин, позитивизм, был более присущ восточному обществу с его патернализмом и неравенством, тогда как западное общество нового времени вместе с провозглашением равенства и индивидуальной свободы пришло к идее естественного права².

Мне, конечно, ближе понимание права как предшествующего закону явления, его причины, а не следствия.

При известной потаенности, «мистериозности» собственности, скупости ее определений законом иной подход в изучении собственности едва ли мог бы достичь каких-либо серьезных результатов.

В вопросах генезиса собственности мне придется касаться некоторых теорий ее происхождения. Таких теорий можно было бы найти, учитывая оттенки, немало, но эта задача в книге не ставилась. Впрочем, следуя Цицерону, полагавшему, что собственность может возникнуть не по природе, а из оккупации, или победы, или по договору или жребию, получаем все же тройственный вариант генезиса, полагая за оккупацией смысл трудового освоения, за победой — насильственный захват, а за договором — производные, «меновые» основания. (Жребий был применим в общей собственности, уже, следовательно, возникшей.)

Действительно, в обоснование своего права на вещь в конечном счете можно привести либо приобретение вещи от другого лица, либо ее изготовление собственным трудом, либо, наконец, захват силой. Другие известные основания (находка, оккупация и пр.) по своему смыслу тяготеют к одному из указанных, оставаясь вместе с тем преимущественно случайными, поэтому они не могут дать надежной почвы для понимания сути собственности.

В дальнейшем будут чаще всего упоминаться, впрочем без деталей, трудовая теория, идущая от Дж. Локка, и меновая в интерпретации Гегеля. Генезису собственности из захвата посвящена отдельная глава.

Происхождение права собственности непосредственно или даже опосредованно из базиса по изложенным причинам обсуждаться не будет.

¹ А. Эрделевский отмечает параллельные различия в «судейском менталитете» в разных системах. Если английские и американские судьи далеки от категоричности, склонны к сомнениям, колебаниям, о которых они прямо пишут в своих решениях, носящих характер рассуждения, то у германских, а также у российских их коллег «подобное не наблюдается» (Эрделевский А. Моральный вред в праве Франции // *Хозяйство и право*. 1998. № 5. С. 107).

² См.: Козлихин И.Ю. Позитивизм и естественное право // *Государство и право*. 2000. № 3. С. 5–6.

ГЛАВА 1 ПРЕВРАТНОСТИ МЕТОДА

Отказ от доктрины отмирания права, всегда ставившей советское правоведение в двусмысленное положение, не привел, как уже выяснилось, к полному торжеству права и правового менталитета. Пренебрежение правом (правовой нигилизм), культ насилия несколько не ослабли, а утратив свою идеологию отмирания, несущественности права в «преобразовании общества» и сосредоточившись в подсознании, психологии, даже укрепились, став недоступными критике, основанной на логических аргументах¹.

Поэтому любое правовое исследование вынуждено вступать в неясную обычно полемику о ценности самого права. В условиях бесспорно существующего у нас глобального раскола сознания право², конечно, ассоциируется с тем началом, которое представлено как рациональность, активность, ответственность, приобретаемость, универсальность, абстрактность и индивидуализм³, и противостоит ир-

¹ Приведем наблюдения социолога: «Здесьняя колхозно-хозяйственная жизнь замешана на нерациональности, на лукавстве, на ненормальной трудовой отваге, которая на поверку лишь средство для веселой казачьей пирушки, или каких-то «левых» льгот. Хозяйственная жизнь на Кубани — только ли здесь?! — основана на причудливой морально-аморальной экономике, на комбинации совести и бессовестности. Крестьянин чужой всему: рациональности, демократии, рынку, писаной законности, правилам среднестатистической цивилизованности» (*Виноградский В.Г.* Колхоз и крестьянский двор // Знание — сила. 1996. № 10. С. 17).

² В этом смысле право не может отождествляться с юриспруденцией и тем более юристами. Само собой разумеется, что идеология и практика, обслуживавшие неправовое законодательство и представленные соответствующими специалистами, часто достаточно квалифицированными, приводят к возникновению антиправовой позиции и среди юристов. Иными словами, трещина проходит не только через сердце поэта, но и через юридический корпус.

³ Ср.: «Мощный дух легальности, трезвости и уверенности в своей правоте, который был свойственен мирской аскезе протестантизма» (*Вебер М.* Протестантская этика и дух капитализма // Избранные произведения. М.: Прогресс, 1990. С. 192). В своей знаменитой работе Вебер выводит дух аскетического энергичного капитализма из протестантского сознания, противопоставляя ему «традиционное» (архаичное), в том числе католическое, сознание.

Н.А. Бердяев отмечает, что «в протестантском восстании личности и утверждении свободы зачался новый человек, человек новой истории» (при том, что «протестантизм в начале своем был мистичен») (*Бердяев Н.А.* Философия свободы. Смысл творчества. М., 1989. С. 166).

Г. Берман конкретизирует эти выводы, выявив основные ценности права: «...договоры должны соблюдаться, а если не так, следует платить за их нарушение. Гражданские правонарушения должны компенсироваться платой, эквивалентной ущербу. Права собственности должны восстанавливаться теми, кто их нарушил». При этом, добавляет автор, «незападные культуры имеют правовые порядки, основанные на ценностях иного рода, как это было и в Европе до XI—XII вв. В некоторых правовых порядках господствуют идеи судьбы и чести, мести и примирения. В других доминируют идеи завета и общины, в третьих идеи устрашения и восстановления в правах» (*Берман Г.Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М., 1998. С. 191).

При том, что в общем эти суждения Г. Бермана, конечно, верны, они вызывают сомнения в том пункте, который у этого автора, которого в дальнейшем мне придется часто упоминать, является центральным — в выведении всего современного права исключительно из религиозной доктрины XI в. Очевидно, что в свою очередь эта доктрина не могла не испытывать влияния предшествующих ей ты-

рациональному, праздному, безответственному, расточительному, конкретному и неформальному, коллективному, консервативному началу¹.

Свой пафос это второе начало черпает прежде всего в весьма мифологизированном манихейском² представлении о товарности.

Сама страсть отторжения товарности, переживание ее как личной угрозы таится, конечно, в длящейся с архаики борьбе домашнего хозяйства с обменом, борьбе, которая приводила в древности к «деклассированию тех слоев общества, которые могли быть носителями обмена»³, но всегда таила в себе и угрозу реванша.

Понимая «априорную сложность оправдания капитализма»⁴, мы сталкиваемся с имеющими в известной мере сходный источник трудностями оправдания права и частной собственности, которые также воспринимаются как «чужое» и потому уже плохое.

Эмпирически и исторически они в защите, конечно, не нуждаются: «если исторический опыт и способен чему-то научить, то основной урок заключается в том, что частная собственность неразрывно связана с цивилизацией»⁵. Но печальная истина (причем ситуация за последние 10 лет, прошедшие со времени обсуждения этой темы в первом издании книги о собственности, заметно ухудшилась) состоит в том, что опыт ничему не учит.

Одним из скрытых мотивов полемики является мотив пересекающей национальной границы универсальности права, которое тем самым становится объективным способом не всегда льстящей (само)оценки и мерилom истины, и этнического сознания, в конечном счете исходящего, как верно заметил М. Вебер, из представления об «избранном народе». Избранность, исключительность, конечно, заставляют весьма подозрительно относиться ко всему универсальному и всеобщему (отсюда и наивные попытки присвоить это общее, сделав, например, египетские пирамиды или финикийский алфавит результатом свершений древних славян и т.п. курь-

сячелетий развития мысли. Отказавшись от более глубокого проникновения в историю, Г. Берман вынужден во многих случаях упрощать сложные феномены и противопоставлять то, что на самом деле имеет много общего.

В частности, понятие вины и вытекающие из него понятия свободы и воли, о которых много пишет Г. Берман применительно к папской революции, известны архаичным укладам и именно в том же контексте, который был важен для христинской теологии: как основание для отпущения грехов; в архаике это были обряды искупления, искупающего жертвоприношения. Необходимо было, однако, установить те причины и вину, которые должны быть искуплены (достаточно сослаться на историю Эдипа, чтобы представить, насколько сложной может быть такая связь). С этой точки зрения ответственность перестает быть компенсацией нарушения (хотя идея симметричности может привести и, конечно, приводила к приравнению нарушения и способа его возмещения), точно так же, как она не совпадает и с мстью. Но становятся видны истоки вины и свободы, равно как и их связь.

¹ Хотя с этими качествами и свойствами связаны устойчивые ассоциации и о них постоянно ведется полемика, в этом контексте им не дается никакой этической оценки, тем более, что оба начала, хотя и в разных соотношениях, присущи сознанию каждого из нас.

² Манихейскому сознанию свойственно делить весь мир на добро и зло и вести непримиримую вечную войну с «нечистым и злым».

³ Вебер М. Аграрная история древнего мира / Пер. с нем.; Под ред. Д. Петрушевского. М., 2001. С. 102.

⁴ Батай Ж. Проклятая доля. М., 2003. С. 112.

⁵ Мизес Л. ф. Человеческая деятельность: трактат по экономической теории / Пер. с англ. Челябинск, 2005. С. 250.

язы). В силу этой оппозиции то этническое сознание, которое страдает синдромом поражения (проявляющим себя в виде теорий заговора, враждебного окружения и пр.), неизбежно становится противником права.

Дискуссии о содержании и перспективах рынка или, при идеологическом обострении, — капитализма сегодня совершенно бессмысленны как в связи с обнаружившейся неопределенностью этого понятия, так и потому, что эти дискуссии обычно бывают бесплодными из-за отказа от логики одной, а иногда и обеих сторон.

Но дело не в этом. Право — отнюдь не синоним и даже не порождение капитализма. Достаточно напомнить, что классическое право — продукт римской (античной) цивилизации, гораздо более архаичной, чем большинство сохранившихся традиционалистских обществ.

Причем такая характерная черта права, как его рационализм, скорее была ослаблена капитализмом. «Рационализация частного права, например, если понимать под этим упрощение юридических понятий и расчленение юридического материала, достигла своей высшей формы в римском праве поздней античности и была наименее развитой в ряде достигших высшей экономической рационализации стран, в частности в Англии»¹.

Связь архаичного права, о котором придется в дальнейшем много говорить, с древними культурами, в том числе и магией, никак не влечет нелогичности древнего права. К. Леви-Строс приводит великолепное определение магического мышления как «гигантской вариации на тему принципа причинности» (автор ссылается на Юбера и Мосса) и добавляет знаменательное суждение: магическое мышление «отличается от науки не столько незнанием или пренебрежением детерминизмом, сколько требованием более властного и более прямолинейного детерминизма, который наука может счесть безрассудным или поспешным»².

Этому выводу вторит и главный адресат язвительных выпадов К. Леви-Строса: «...для мышления туземцев никакое событие не может быть случайным»³. (Не правда ли, очень знакомый слушателям основ диамата подход? Не чужд он и идеологии всемирных заговоров.)

Осмелюсь заметить, что и марксистская критика капитализма, критика, в центре которой находится теория прибавочной стоимости («краеугольный камень» марксизма), ведется с позиций нарушения эквивалентности, с позиций правильного обмена, искажаемого «избыточной логикой», толкающей к нарушению рав-

¹ Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма. С. 95. Эту общеизвестную истину можно усилить. Ряд совершенно необходимых современной экономике правовых институтов, прежде всего юридическое лицо, был создан потеснением строгой логики путем придания силы эмпирии (сложившимся фактам), т.е. за счет известной утраты рациональности (то, что юридическое лицо при этом введено в закон посредством фикции, — это дань системе, требующей такой жертвы. Само по себе психологическое сопротивление, испытываемое при необходимости признать некоторые привычные вещи фикцией, отождествление фикции с неблагородством (равно как и подразумеваемое малодушие всякого оппортунизма) — это, пожалуй, проявление в нашем сознании архаичной прямолинейности, в силу которой всякое выпадение из логической причинной связи само по себе греховно).

² Леви-Строс К. Первобытное мышление / Пер., вступ. ст. и прим. А.Б. Островского. М., 1994. С. 121. Здесь мы находим не только истоки потрясающей строгости, упорной логичности классического права, но и возражение против прогрессистского упрека, что сомнения в детерминизме отбрасывают нас назад.

³ Леви-Брюль Л. Сверхъестественное в первобытном мышлении. М., 1999. С. 295.

новесия по принципу «чем больше владеешь, тем больше не хватает»¹. Возвращение к логике обмена достигается марксизмом в известной формуле, уравнивающей возможности и потребности.

Очевидная курьезность этого уравнения, положенного в основание коммунистической модели, может быть снята лишь отказом от всякой эквивалентности: выравнивание баланса спроса и предложения достигается «сознательностью», которая, стало быть, выступает как откровенный отказ от эквивалента и правильного обмена. Таким образом, критика, вдохновленная пафосом истинного, справедливого обмена и только в нем и имеющая свою опору и свою легализацию, приходит к его отрицанию и тем самым — к отрицанию собственной логической основы.

Именно непредсказуемость и нерегулярность как уравнения способностей и потребностей, так и регулирующей его «сознательности» не позволяют опосредовать его строгими средствами права; только поэтому право элиминируется из коммунистической парадигмы, а не потому, что оно тождественно капитализму. Как раз прибавочной стоимости частное право и не знает (хотя и не устраняет или именно поэтому и не устраняет), что вполне общеизвестно.

Тот факт, что на право переносится «основанная на традиционализме, большей частью довольно смутно осознаваемая неприязнь к захватывающей все более широкие сферы безличной и, следовательно, мало доступной этическому воздействию мощи капитала»², не дает никаких оснований считать свойствами самого права такие уже знакомые нам явления, как, например, «защита «желающих работать» от классово-морали рабочих и враждебных властям профсоюзов»³ или поощрение «капиталистического приобретательства».

Что касается последнего (весьма популярного) мотива, то следует отметить, что «безудержное, свободное от каких бы то ни было норм приобретательство существовало на протяжении всего исторического развития... свободная торговля, не связанная какими-либо нормами по отношению к людям вне данного племени и рода, не встречает никаких препятствий.

Auri sacra fames («к злату проклятая страсть» — Вергилий) неаполитанского извозчика или лодочника, а также азиатского представителя сходной профессии, равно как и любовь к деньгам южно-европейского или азиатского ремесленника, несравненно более ярко выражена и прежде всего значительно более беззастенчива, нежели, например, жадность англичанина в аналогичном положении»⁴.

¹ Эту мысль развивает С. Жижек (*Жижек С. Хрупкий абсолют, или Почему стоит бороться за христианское наследие / Пер. с англ. М., 2003. С. 48*). Мысль сама по себе очень важна: упразднение прибавочной стоимости лишает производство стимула избыточности, и хотя и возвращает ему логически правильное равновесие, одновременно лишает его жизни. *На самом деле люди стремятся не к необходимому, а к избыточному.*

² Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма. С. 121.

При этом нельзя забывать (а это забывается всегда), что жестокость, безразличие рынка — это безразличие массы потребителей, которые всегда ищут товары лучше и дешевле, не останавливаясь в этом поиске ни перед какими соображениями морального свойства, жалостью к производителю — в том числе. Господство потребителей, безусловного большинства — это и есть настоящая демократия (Л. Мизес говорил в обсуждаемом здесь смысле о суверенитете потребителей (*Мизес Л. ф. Указ. соч. С. 255*), еще не зная об идее «суверенной демократии»).

³ Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма. С. 194.

⁴ Там же. С. 78–79.

Примеры читатель может найти и в своем опыте.

Даже такие характерные, казалось бы, качества, как рациональность, ответственность, универсальность, — это не собственные черты права, скорее это свойства товарного обмена, возникшего задолго до капитализма¹.

Поэтому праву нет нужды возражать против идущего из глубин первобытного сознания неприятия, направленного по существу против товарного обмена и денег. Можно, впрочем, заметить, что право, как и деньги, — единственная сила, доступная слабым. В этом качестве они всегда выступали опорой социальности против животного начала в человеке. Поэтому и любой последовательный поход против права и денег апеллирует в конечном счете к силе и крови.

Юристы вынуждены противостоять тоталитаризму, поскольку «готовность всех членов общества следовать формальным правилам — это воистину до сих пор единственная обнаруженная человеком альтернатива подчинению чьей-то руководящей роли»². Есть качества, присущие исключительно праву и относящиеся к его сути. Среди них на первом месте, конечно, свобода лица, которая, бесспорно, является фундаментом права. «Приравнивание права собственности к свободе стало повсеместным явлением в теории права, экономики и обществоведения»³.

В рамках самого права свобода является аксиомой⁴ и едва ли может быть объяснена. Для ее понимания нужно выйти, следовательно, за пределы права.

Ближайшим образом свобода — это свобода выбора поведения. Очевидно, что это — индивидуальная свобода, свобода индивида (лица). Достаточно сложным и спорным остается вопрос о свободе общества в целом, но мы избавлены от необходимости его обсуждать, поскольку правовая свобода — это исключительно свобода лица, единичная, частная свобода. О ней и пойдет речь.

Свобода или случайность обычно противопоставлялись необходимости (закономерности). Это противоречие считалось трудноразрешимым и попало в ряд проклятых вопросов. В рамках схоластики благость свободы обосновывалась тем, что «человек свободен, поскольку не может быть отторгнут от правильности... Рабство есть не что иное, как неспособность не совершать греха»⁵. Таким образом, упреки в греховности человека не могли быть упреками частной свободе. А свобода личного выбора заняла центральное место в идее спасения.

Позже популярным способом снятия противоположности считалось, как известно, познание необходимости, позволяющей принимать хотя и свободные, но необходимые решения⁶.

¹ «Генетически многие... компоненты современного капиталистического духа уходят в средневековье» (*Вебер М.* Протестантская этика и дух капитализма. С. 197).

² *Хайек Ф.А. ф.* Контрреволюция науки: Этюды о злоупотреблениях разумом / Пер. с англ. М., 2003. С. 122. Я не исключаю, а, напротив, вполне допускаю, что субъективно многие юристы готовы охотно подчиниться руководящей роли. Но сделать это они могут в любом качестве, кроме качества юриста.

³ *Маттеи У., Суханов Е.А.* Основные положения права собственности. М., 1999. С. 175. Впрочем, по мнению У. Маттеи, «уравнение» собственности и свободы «не затрагивает анализ его юридико-технической культуры» (Там же. С. 176).

⁴ «...Удобнее считать, что свобода дана как факт сознания и что в нее надо верить» (*Гегель Г.В.Ф.* Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 67).

⁵ *Кентерберийский Ансельм.* О свободном выборе // *Кентерберийский Ансельм.* Соч. / Пер., послесл. и коммент. И.В. Купревой. М.: Канон, 1995. С. 216.

⁶ Но при этом единичное поведение все равно оказывается в стороне, ведь оно всегда случайно; в противном случае придется признать справедливость крайнего детерминизма, согласно которому

Шеллинг довел известные всем рассуждения до конца и заметил, что совершенная свобода, которой обладает Бог, исключает выбор¹. Этот парадокс, который можно (и так будет правильно) понимать в том смысле, что человеческая (небожественная) свобода несовершенна и потому всегда предполагает выбор, таит в себе и иное толкование: любой субъект, узурпировавший божественность (например, тоталитарное государство), может запретить лицу выбор по тем основаниям, что единственные и необходимые решения уже найдены. Часто обращают внимание на то, что тоталитаризм XX в. представляет собой возврат к дохристианским формам сознания, в том числе с делением мира на своих и чужих (годных лишь на жертву), восстановлением первобытного синкретизма и т.д. С этой точки зрения упразднение частной собственности — это следствие нисхождения верховной власти в вещный мир, материальный регресс после многовекового и давшего не без мучений отделения духовного от материального. Верховное божество (вождь, священное государство и пр.), отринутое миром духовным, вынуждено присвоить себе материальный мир, за неимением другой сферы обитания. Вместе с материальным миром присвоена и свобода, не нужная идеальному Богу².

Практическая несостоятельность тоталитаризма³ совпала с нарастающей критикой классического детерминизма, о чем имеет смысл подумать, поскольку тоталитаризм всегда крайне враждебно относится к частной свободе, оправданно считая ее своим антиподом, а нам особенно потому, что им именно на этой почве были совершены титанические усилия по искоренению обмена и рынка.

Прежде всего вспомним, почему вообще прежде господствующее мировоззрение пыталось элиминировать рынок и право. Эта идеология, имеющая ясно прослеживаемые основания в духе просвещения, достигла высшей точки развития в середине позапрошлого века на гребне впечатляющих успехов классических естественных наук, основанных на ньютоновой механике, рисовавших картину мира, в которой любое событие однозначно определяется исходными условиями, в которой всюду

любое частное событие (например, то, что вы читаете эту книгу) было предопределено в момент возникновения мира.

¹ Шеллинг Ф.В.Й. Соч. В 2 т. Т. 2. М., 1989. С. 142. Аргументация кажется вполне корректной: если Бог — совершенен, он не может ошибаться, каждое его решение совершенно. Но выбор предполагает несколько решений, из которых некоторые будут менее, а некоторые более правильны. Однако Бог не может принимать хоть сколько-нибудь несовершенных решений; следовательно, свобода Бога лишена выбора.

² Не случайно лютеровская идея благодати, т.е. лишенного причинности, подчинения видимым закономерностям воздаяния, сочеталась с критикой заслуги, покупки спасения, т.е. навязывания божественной воле причинности вполне материального порядка. Благодать, таким образом, подразумевала оставление материального мира мирскому и полный разрыв с ним божественного.

³ Когда писались эти слова, еще не был издан русский перевод посвященной фундаментальной критике, намного превосходящей мои скромные способности, «инженерного» подхода (как частного следствия сциентизма) известной работы Ф. Хайека (*Хайек Ф.А. ф. Контрреволюция науки: Этюды о злоупотреблениях разумом* / Пер. с англ. М., 2003). Теперь этот перевод имеется, и читатель может им воспользоваться. Отмечу, что Ф. Хайек уделяет внимание описанию ранних лет карьеры Сен-Симона, посвященных самым разным и довольно масштабным спекуляциям. Если этот факт что-то значит, то, наверное, то, что разочарованный спекулянт может стать крупным социалистом. Не знаю, должен ли стать разочарованный коммунист либералом, но унижительный опыт очередей не может не привнести в либерализм бывшего коммуниста той лично-страстной окраски, которой лишены этюды молодых социологов, не знавших тоскливой и безысходной повседневности позднего российского социализма.

царствуют «железная необходимость» и всеобщие бесспорные законы, когда при достаточной полноте знаний можно предсказать любое событие будущего¹. И на самом деле естествознание предсказывало, и предсказания сбывались. Трудно было в этих условиях не поверить, что можно исчислить, предугадать, рассчитать абсолютно все. Как выразился О. Конт, «развитие рода человеческого управлялось законами столь же непреложными, как и законы, которыми обусловлено падение камня»² (выражение вполне в марксистском духе, что и неудивительно, учитывая влияние сен-симонизма на марксизм).

Обществоведение не имело никаких средств долго противостоять триумфу естествознания и занялось выработкой «естественнонаучных методов» постижения человека и общества, отринув «противоестественные представления о какой-то противоположности между духом и материей, человеком и природой, душой и телом»³.

Эти представления, в свою очередь, базировались на уверенности в том, что экономические законы всецело определяются материальными причинами — именно поэтому мечтатели и утописты стали проявлять такой интерес к экономике. Между тем современная наука вынуждена признать, что «серьезной ошибкой можно считать предположение, что экономические понятия рождаются из материальных потребностей, подлежащих удовлетворению, и что термины, с помощью которых выражаются эти понятия, могут иметь лишь материальный смысл. Все, что относится к экономическим понятиям, связано с гораздо более широкими представлениями, которые затрагивают совокупность отношений между людьми или между людьми и миром богов; это сложные и запутанные отношения...»⁴.

Поэтому неудивительным нужно считать тот многократно отмеченный парадокс, что, как только обществоведение восприняло уверенность механистического естествознания в своих выводах, исполнилось пафосом научности, в новом качестве возродились древние утопии справедливого переустройства общества централизованной волей, имеющей легко распознаваемую претензию на божественную природу.

В основание новой утопии была помещена, как известно, точная схема будущего общества, что возможно лишь при уверенности в том, что вообще могут существовать точные расчеты и предсказания.

¹ Неошибающийся Бог Шеллинга — точное отражение этой картины мира. В известном смысле это — и Бог Эйнштейна, не играющий в кости (т.е. не ставящий свои решения в зависимость от случая).

² Цит. по: Хайек Ф.А. ф. Контрреволюция науки. С. 238.

³ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 20. С. 496. Никак нельзя винить в этом основателей марксизма, если до сих пор «подавляющее большинство социальных наук, в особенности экономика, все еще находятся во власти механистической парадигмы» (см. предисловие О. Тоффлера к кн.: Пригожин И., Стенгерс Э. Порядок из хаоса. Новый диалог человека с природой. М.: Прогресс, 1986. С. 16). Только в начале XX в., после открытий Л. Больцмана и Дж.У. Гиббса, с термодинамикой стали считаться; только тогда исчезла почва для претензий на абсолютное знание будущего, а тоталитарные утопии продолжали существовать лишь по инерции, правда, оказавшейся очень сильной.

Впрочем, В. Вернадский по поводу «Диалектики природы» отмечал в своих дневниках 1930-х гг., что естественнонаучные взгляды Ф. Энгельса даже в конце XIX в. были уже заметно отставшими («отдавали плесенью»).

⁴ Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов / Пер. с фр.; Под ред. Ю.С. Степанова. М., 1995. С. 143.

«Научность», кроме того, дала право настаивать на применении насилия к несогласным. Действительно, если заранее известно все, что произойдет, то любое сопротивление бессмысленно и вредно, а его подавление — оправдано наукой. В вычисленной картине будущего особое значение придавалось прекращению товарного обмена. Главным аргументом здесь было то, что товарный обмен — опосредованный, а лучше вести непосредственный, «прозрачный» обмен деятельностью¹. Можно, однако, предположить, что товарный обмен раздражал не только досадным отсутствием прозрачности, но и своим очевидно стихийным, «хаотичным», непредсказуемым характером. Было очевидно, что при наличии этой стихии устроить общество по «железным законам» затруднительно. Гигантские усилия были затрачены на то, чтобы обнаружить в товарном обмене пороки, в конце концов он был уличен в несправедливости как способ присвоения прибавочной стоимости². Сама по себе аргументация была все же не так уж и важна. В любом случае устройство общества по придуманным законам обязательно потребовало бы прежде всего устранения рынка. Поэтому мы должны сейчас не разбирать доводы против товарности (в конце концов, жизнью уже доказана несостоятельность запретов рынка), а попытаться понять, правомерно ли строительство общества по заранее заданным схемам и правилам, ведь при этом первой жертвой всегда становится право.

Но на самом деле устраняется не только рынок — устраняется сама человеческая деятельность (а другой не существует). «Неопределенность будущего уже подразумевается самим понятием деятельности. То, что человек действует, и то, что будущее неопределенно, ни в коем случае не являются двумя независимыми проблемами. Это лишь два разных способа установления одного и того же»³. Человек, не способный и не обязанный знать всех последствий своего поведения, и деятельность

¹ До сих пор не получено внятного объяснения, почему же лучше. Всем апологетам коллективности и плановости преимущества сознательности перед естественностью (стихийностью) кажутся очевидными. Между тем «убежденность, что сознательно управляемые процессы непременно обладают превосходством над процессами спонтанными, есть ни на чем не основанное суеверие» (*Ха́йек Ф.А. ф.* Контрреволюция науки. С. 115). Даже такой искренний консерватор, как Т. Моммзен, заявлял, что «Рим был обязан своим величием самым либеральным принципам в области свободы договоров» (*Моммзен Т.* История Рима. Т. 2. Кн. 4. М., 2001. С. 105).

В одной из теледискуссий с адептом государственного господства экономики я довел его своими возражениями до того, что он с пафосом воскликнул: «Пусть государство хуже хозяйствует, но я все равно за расширение его вторжения в экономику!» Можно было бы сравнить с позицией К.С.Ф. Тертуллиана: «Верую, ибо абсурдно». Но то, что допустимо в религии, имеющей цель утешать страждущих, недопустимо в экономике, имеющей цель уменьшать число страждущих, тогда как огосударствление экономики никогда еще не улучшало положения и не уменьшало число страждущих.

² Сразу отметим, что отношение к товару не было свободно от эмоций, питавшихся архаичным, до-товарным отталкиванием от рынка. (Немарксистские формы тоталитаризма (фашизм и др.) не скрывают это подсознательное неприятие рынка и цивилизации и даже не стараются его осознать, вполне удовлетворяясь возбужденными эмоциями. В этом главным образом и состоит их отличие от марксизма, как и связь с ним.)

На самом деле обмен товарами, совершаемый свободными лицами, всегда случаен, живо откликается на любые внешние факторы, ему свойственны спонтанные реакции, стихийные возмущения, он ведет себя в точности как явление природы, а природа лишена справедливости (по словам Платона, «справедливого вовсе нет по природе», ему вторит Г.В.Ф. Гегель: «...природа... не может быть ни справедливой, ни несправедливой» (*Гегель Г.В.Ф.* Философия права. С. 107)).

³ *Мизес Л. ф.* Человеческая деятельность: Трактат по экономической теории / Пер. с англ. С. 101.

такого человека — единственная реальность общественной жизни и единственный непреложный факт, вокруг которого выстраивается все право, — от сделки (и потому, скажем, мотив сделки не имеет юридического значения, а сама сделка имеет только непосредственную цель) до ответственности, которая основана на том, что человек обещал в прошлом, игнорируя те выгоды и невыгоды, что обнаружались в настоящем.

Как уже отмечалось, уверенность в возможности научно предсказать, точно рассчитать будущее общества коренилась в ньютоновом естествознании с его расчетом движения планет на миллионы лет вперед и неизменными законами, действующими вечно. Все погрешности и ошибки, возникающие при этом, были только следствиями недостатка исходных данных и неточностей в расчетах, т.е. в принципе были устранимы. Причинность понималась так, что при определенном воздействии на любой известный объект последует точно известный результат. Триумф науки как раз и состоял в том, что эти следствия все более и более точно рассчитывались и предсказывались. (Эта картина мира и была воспроизведена в марксистском «естественнонаучном» понимании человека и общества).

Ирония, взрывающая эту идеологию, состоит в том, что само понятие закона имеет сугубо политическое происхождение и возводится к греческому полису, в котором закон выступал, как об этом сказано выше, в качестве противовеса произволу и тем самым — гарантии от тирании. Никакой санкции в виде «соответствия закономерностям общественного развития» он не имел, если не считать таковыми ссылки на особые, впрочем, не чрезмерные, качества законодателей (напомню предания о Солоне или Ликурге). Греческая наука восприняла идею закона из конституции полиса и перенесла ее, сначала только как аналогию, в естествознание. Удивительно при этом, что «невероятная догадка» о подчинении природы законам, возможно, в чем-то оказалась верна, что «законы природы, несмотря на все нагромождение случайностей, по-видимому, существуют»¹.

После того, как законы природы обнаружили свою независимость от людей, всякие прочие, человеческие законы теперь уже были чем-то иным, т.е. перестали быть законами, если считать «объективность» качеством закона. Теперь новое восстановление единства понятия закона² потребовало уже подчинения политических, социальных законов природе, чем и занимались с большим увлечением социологи XIX в. Поэтому, наряду с критикой понятия закона, которая сама по себе — целый переворот в западном сознании, гораздо проще, оставаясь на почве традиционного понимания закона, показать, насколько большую роль в природе играет случайность, и тем самым устранить или существенно уменьшить соблазн искать опору в борьбе с правом и со свободой в естественнонаучных знаниях.

¹ Мак-Нил У. Восхождение Запада: История человеческого сообщества. М., 2004. С. 300. Автор пишет: «Основная концепция греческой философии поры становления может рассматриваться как наивная, но весьма плодотворная проекция деятельного упорядоченного полиса на всю вселенную» (С. 299).

² Другой подход состоит в выявлении социального, человеческого во всяком по видимости отвлеченном от человека понятии, о чем и говорит Ф. Хайек. Тогда единство закона, возможно, будет найдено на иной общей основе — не природной, а социальной.

С развитием термодинамики¹ в течение всего нескольких десятилетий нашего века представления о природе и живом мире как части природы² кардинально изменились, что еще не всеми осознано. Выяснилось, что любая упорядоченность всегда сопровождается усилением хаоса, энтропии (т.е. необратимым рассеянием энергии в пространстве) в другой части Вселенной³. Тем самым было поставлено под сомнение представление о равномерно действующем в линейном направлении, т.е. устремленном вперед, прогрессе⁴. Кроме того, оказалось, что лишь в некоторых, исключительных случаях отдельные объекты природы могут действовать как механизмы.

Это – замкнутые системы, не обменивающиеся с окружающим миром веществом и энергией. Только для этих систем можно составить точный сценарий их жизни и заранее предсказать все происходящие в них события. Время в этих системах обратимо, процессы могут идти в обратном направлении (движение маятника и т.п.). Но таких систем ничтожно мало в природе.

Большинство же объектов, в том числе все явления живой природы и, без сомнения, социальные системы, относятся к открытым, т.е. обменивающимся веществом, энергией, информацией с окружающей средой. А это значит, что «любая попытка понять их в рамках механистической модели заведомо обречена на провал»⁵.

Далее, установлено, что любая закрытая система не способна к развитию, она постепенно приходит в состояние полного внутреннего равновесия, энергия в ней распределяется равномерно, всякое изменение прекращается, а если в ней берут вверх инерциальные связи, то она переходит в режим функционирования, ведущий к гибели⁶.

В то же время открытая система развивается, меняется. Она находится, в отличие от закрытой, в состоянии неравновесия, что ведет к постоянному движению,

¹ Дальнейшее изложение само по себе обращено против сциентистского, «научного» сознания, которому свойственна иллюзия точного знания как знания, опирающегося на количество, отвлеченные от человека («антропоморфные шлаки») цифры, якобы аккумулирующие истину и способные указать причины и следствия. Я пытаюсь показать, что и в сфере естествознания детерминизм относителен. Но и сам сциентизм, господствовавший в XIX в., относителен и неточен, и в этом смысле это доказывание имеет смысл лишь в рамках парадигмы XIX в. Только учитывая влияние этой парадигмы, и приходится писать об этом.

² А тем самым и о человеке, ведь уже общепризнано, что «в системе человек – природа первичное начало представлено природой» (*Вейнберг И.П.* Человек в культуре древнего Ближнего Востока. М.: Наука, 1986. С. 20). Традиция объяснения социального из природы идет от древности до наших дней (вспомним, например, Л. Гумилева).

³ Порядок «создается локально за счет возникновения неупорядоченности где-то в ином месте» (*Эткинс П.* Порядок и беспорядок в природе. М.: Мир, 1987. С. 126. В книге имеется отечественная библиография по проблемам термодинамики и синергетики на момент издания).

⁴ Это представление, хорошо известное нам из марксизма, как и из других теорий, на самом деле лежит в основе христианства. В свою очередь христианство заимствовало его из первобытного мышления, «представляющего округлое время и округлое пространство в виде обратно-симметричной гармонии. Эта гармония достигается встречей и борьбой двух противоположных сил; катастрофа и гибель заканчиваются обратным переходом в возрождение» (*Фрейденоберг О.М.* Поэтика сюжета и жанра. М., 1997. С. 163–164). Как видим, при переходе от цикличности к линейности (прогрессу) замены обратной симметрии не нашлось, но именно здесь сплелись все противоречия как познавательного и мировоззренческого плана, так и лично эмоциональные.

⁵ *Тоффлер О.* Предисловие к кн.: *Пригожин И., Стенгерс Э.* Указ. соч. С. 17.

⁶ *Пригожин И., Стенгерс Э.* Указ. соч. С. 270.

изменению этой системы, в том числе к ее упорядочению. Все процессы в ней необратимы (представьте себе процесс жизни — самое яркое явление открытой системы), но именно необратимые процессы — источник порядка¹.

Наконец, одно из важнейших открытий И. Пригожина состоит в выявлении особой причинности, особой связи в живых, открытых системах. Он обнаружил, что элементы системы, функционируя в обычном режиме и подчиняясь обычной причинности, постепенно накапливают в себе отклонения, возмущения и переходят в режим флуктуации (колебания). Вся система, колеблясь, оказывается в так называемой точке бифуркации, откуда она должна начать новое движение, решительно изменяясь. Так вот, в этой точке бифуркации даже незначительное внешнее воздействие вызывает неожиданно мощный ответ всей системы, но совершенно в непредсказуемом направлении, наступает результат, абсолютно неадекватный внешнему воздействию². Это означает, что система, попав в точку бифуркации (а эти точки каждая система проходит многократно), ведет себя принципиально случайно, не подчиняясь известным образом причинности (детерминизму). Когда же энтропия достигает максимума, объекты ведут себя всецело случайным образом³.

Между точками бифуркации (пока система не накопила возмущений и не колеблется) действует обычная причинность. Но, как замечает И. Пригожин, невозможно знать точно, достигнута ли в данный момент точка бифуркации или нет⁴.

Принципиальное признание случайности как фундаментального принципа живой и неживой развивающейся природы⁵ (случайности нет лишь в не имеющих развития закрытых системах) коренным образом меняет взаимоотношения с наукой. Теперь уже никто не может претендовать на сколько-нибудь точное достоверное знание о будущем, формулировать непреложные законы, в том числе «общественного развития»; можно говорить лишь о вероятности.

Случайность оказывается не помехой «грандиозным планам», которую нужно во что бы то ни стало искоренять, а естественным способом существования всякой жизни, спутником всякого развития и, главное, — способом упорядочения любой системы.

¹ Тоффлер О. Указ. соч. С. 24–25.

² Это позволяет понять, почему, например, в советской экономике, попавшей в ситуацию колебания (кризиса), крупные инвестиции (в частности, в сельское хозяйство) давали ничтожно малый результат или не давали его вовсе. Общество, оказавшись в точке перелома (бифуркации), уже не может адекватно реагировать на любые воздействия. По этой же причине попытки постепенных преобразований «малыми шагами» вызывали бурные спонтанные реакции (постепенные реформы, видимо, уже невозможны в системе, достигшей точки бифуркации).

³ Следуя философской традиции, нужно было бы сказать, что эти взгляды диаметрально противоположны строгому детерминизму, основателем которого считается Декарт. Но не все так однозначно и у Декарта. М. Мамардашвили в своих «Картезианских размышлениях» особо выделял дискретность, прерывистость времени у Декарта именно в связи с причинностью. В нашем контексте эти мысли приобретают особое значение.

⁴ Пригожин И., Стенгерс Э. Указ. соч. С. 218–228, 346.

⁵ Примечательно, что Э. Бормашенко, оспаривая некоторые мысли И. Пригожина о времени, отмечает все же, что «случай присущ мироустройству, а не является причиной нашего незнания начальных условий» (см.: Бормашенко Э. Век в поисках времени // Знание — сила. 1994. № 4. С. 100).

Представлению об обществе как живой, саморазвивающейся системе в наибольшей степени отвечает опора его на рынок, товарный обмен¹, который в этом отношении выступает и как живая, природная стихия, несомненно, подверженная случайностям. Через это множество случайностей система обменивается энергией с окружающим миром, именно эти локальные взаимодействия обеспечивают устойчивость системы, а не ее функциональная иерархия². Теперь понятно, почему случайность — необходимый, существенный признак права³. Самый главный акт товарного обмена — договор — результат случайности, произвола обменивающихся сторон. Как только договор пытаются навязать принудительно, право гибнет⁴. Причем собственность расплачивается в случае запретов, прежде всего нацеленных именно на это главное, ведущее право, в первую очередь.

¹ Тем самым речь идет и о праве. Сила и мощь права состоит, как известно, не в стоящем за ним принуждении, а в точном реагировании на окружающую жизнь. А поскольку речь идет о гражданском праве — в точности отражении товарного обмена.

² *Пригожин И., Стенгерс Э.* Указ. соч. С. 268. Для понимания роли товарного обмена и сути права очень существенно, что локальные взаимодействия имеют большее значение, чем иерархия системы.

Поскольку «товарный оборот требует персонифицированного владельца» (*Венедиктов А.В.* Правовая природа государственных предприятий. Л., 1928. С. 41), то конкретно проблема выступает как случайность, представленная в свободе единичного (локального) субъекта, чье свободное поведение оказывается решающим для устойчивости системы.

³ Гегель отмечал «случайность и произвол права» (*Гегель Г.В.Ф.* Феноменология духа // Соч. Т. 4. М., 1959. С. 259). Он говорил, что в законе «справедливость обретает характер случайности» (*Гегель Г.В.Ф.* Философия религии. В 2 т. Т. 1. М., 1976. С. 121).

Самым очевидным образом случайность воплощена, конечно, в жребии. Но знакомство с теми историческими основами, архетипами, из которых выросло право, показывают, насколько широко применялся жребий (об этом еще будет речь впереди).

Если вспомнить замечание Монтеня о том, что переход к республиканской форме правления увеличивает роль жребия, мы можем заметить связь между формальным равенством (по этому признаку республика противостоит монархии, поскольку речь идет об эпохе Монтеня), а значит, и усилением правового начала, и официальным признанием случая в принятии решений.

⁴ Например, известная по 60–80-м гг. так называемая хозяйственно-правовая концепция, исходящая не только из принудительности самого акта обмена посредством «плановых предпосылок» — фондов, лимитов и т.п., но и принудительного определения содержания договора, влекла резкое ограничение сферы действия гражданского, основанного на свободе права (в свое время в соответствующей дискуссии участвовали все видные юристы). Очень характерно, что хозяйственно-правовая концепция исходила из понимания экономики как единого и, главное, замкнутого механизма, все действия участников которого наперед известны и рассчитаны (иначе план утрачивал смысл). У.-Е. Хойер совершенно верно говорил о «замкнутой регулирующей системе, как это обосновывается в теории хозяйственного права» (см.: *Хойер У.-Е.* Право и управление экономикой при социализме. М., 1988. С. 163).

Очевидно, что переход к замкнутой системе влечет отмену права (и случайности) и позволяет приступить к единому жесткому централизованному регулированию. Но теперь также ясно, что замкнутая система неизбежно деградирует и обречена на гибель.

Конечно, химера хозяйственного (позже — предпринимательского) права не исчезнет, во всяком случае в ближайшие годы (см., например: *Суханов Е., Маковский А.* Еще раз о хозяйственном праве, текущем моменте и об ошибках т. Мамутова // *Хозяйство и право.* 2001. № 8); видимо, химера, относясь к миру небытия, и неспособна умереть.

Впрочем, идеология всеислия государства, питающая хозяйственно-правовую концепцию, глубоко укоренена в российском сознании. Эта идеология прекрасно описана Салтыковым-Щедриным в «Губернских очерках»: «Оглянитесь кругом себя — все, что вы ни видите, все это плоды администрации: областные учреждения — плод администрации, община — плод администрации, торговля — плод администрации, фабричная промышленность — плод администрации» (*Салтыков-Щедрин М.Е.* Соч. В 10 т. Т. 1. М., 1988. С. 300).

«Необходимо помнить о том, что вещные права, имеющие решающее значение для рыночной экономики, особенно чувствительны к неоправданно дискриминационному режиму»¹.

Случайность в этом смысле, как легко убедиться, — форма проявления частной свободы, свободы лица. Именно его право делать выбор, т.е. свобода, и есть способ существования случайности. Следовательно, свобода лица обеспечивает связь всего общества как открытой, развивающейся системы с окружающей средой², опосредует обмен энергией по законам природы, наконец, свобода лица в акте товарного обмена (локальное взаимодействие) — способ обретения устойчивости системы, способ ее упорядочения.

Найденное в самом естествознании подтверждение бедности и поверхностности детерминизма позволяет понять многократно описанное крушение права, как только оно практически, а не в речах идеолога или пророка, подчиняется иного рода внешней необходимости, становится из самоценности, из цели средством.

Предоставим место одному из таких описаний рассматриваемого нами процесса: «...«союз естественного права» и религии прогресса, пошатнулся тотчас, как последняя приняла жесткие историцистские формы, провозгласив свои «закономерные стадии», «диалектические отрицания», а главное — «неумолимую историческую необходимость», которая нуждается в крупных издержках и требует правового оформления этих издержек. Подчиняясь этим новым формам прогрессистского мышления, правоведение покатило под откос юридического позитивизма, а затем и правового нигилизма. *Обнаружилась изначальная духовная неродственность «естественного права» и религии прогресса* (курсив мой. — К.С.). Стало очевидным, что нельзя признавать безусловную значимость базисных прав и в то же время исповедовать историцизм, основное юридическое кредо которого гласит: раз это необходимо (для прогресса), значит и правомерно».

Но не следует ли отсюда, что развитое правосознание вообще не может искать поддержки ни у какой теории исторического процесса? Нет, ему созвучна версия открытой истории, которая была впервые обозначена А. де Токвилем, А. Кавуром, А.И. Герценом и получила серьезное обоснование в современной эпистемологии истории.

Будущее, утверждает эта эпистемология, «неустранимо неопределенно и многовариантно, чтобы мы могли следовать какому-либо единственному, теоретически постигнутому повелению истории»³.

Только игнорирование «неустранимой неопределенности и многовариантности будущего» позволяет допустить аннулирование свободы, а этот путь, чем бы он ни мотивировался, быстро приведет к деградации и гибели общества либо путем са-

¹ Маттеи У., Суханов Е.А. Указ. соч. С. 71. Сфера договоров, частных соглашений менее уязвима для внешнего вмешательства, но верно и то, что она в последнюю очередь интересует социальных экспериментаторов, мыслящих в категориях экспроприаций.

² В обществе каждый акт обмена между людьми — одновременно обмен с природой, как и наоборот, каждый акт обмена с природой означает обмен с людьми.

³ Соловьев Э. Чтобы мир до времени не превратился в ад. Религия прогресса и идеал правового государства // Знание — сила. 1995. № 7. С. 20. В названии статьи содержится отсылка к известным высказываниям о праве в «Оправдании добра» Вл. Соловьева.

мораспада, либо в результате внешних воздействий, но в любом случае это будет гибель от пренебрежения природой.

К катастрофе ведут поэтому любые попытки отгородиться от природы, избежать ее суровых требований, например снять с себя бремя выбора, риск ошибки.

Если считать бремя выбора (ответственность¹) самым тяжелым бременем, централизованная административная экономика кажется избавлением от риска, хотя свои непосредственные мотивы она находит в той точке зрения, вообще присутствующей архаичному сознанию и психологии присваивающего хозяйства, что если один обогатился, то другой обязательно столько же утратил. С этих позиций кажется, что после обобщения имущества и отмены частной собственности не только никто

¹ Невиновную ответственность, присущую предпринимательству, можно, по-видимому, рассматривать именно как ответственность за принятое решение, за выбор (ошибку при выборе). Последующее виновное ненадлежащее осуществление этого выбора поэтому может только усугубить ответственность, хотя для самой ответственности достаточно ошибки при принятии решения, доказательством чего служит сам факт причинения убытков. В таком случае предпринимательство потому является сферой повышенной ответственности, что представляет собой деятельность по принятию свободных (случайных) решений, сопряженных с риском.

Мне кажется, что именно эта логика лежит в основании известного решения Конституционного Суда РФ, который освободил налогоплательщика от риска незачисления средств в бюджет по вине банка. Если налогоплательщику императивно предписано вести расчеты через банк в публичном интересе, и тем самым он лишен возможности выбора, то переложение на него риска, вытекающего из деятельности банка, становится невозможным: при отсутствии свободы риск теряет свои основания; рискует тот, кто может свободно принимать решение.

Вообще, не вина, а риск, поскольку именно риск прямо связан со свободой, — ключевая категория теории ответственности. Вина — частный случай, в котором ответственность возлагается все же не за поведение, а за выбор.

Наказание, в более широком смысле — воздаяние, от которого не может отказаться право, несмотря на дискредитацию кары (в условиях идеологии предопределения, частный случай которой — социалистическое предопределение «материальными условиями существования» — кара и вовсе бессмысленна, так как это — наказание за внешние субъекту обстоятельства — высшую волю, сложившиеся условия и т.п.), это — то заранее объявленное условие, которое лицо должно принять во внимание, совершая свой выбор. Снижение риска наказания делает для неконформиста выбор правонарушения более вероятным. Именно отсюда — тщета усиления наказания как такового: субъект выбора быстро понимает, что степень риска зависит не от качества последствий, а от количественной вероятности их наступления.

Но энергичное реагирование на гражданские правонарушения, зависящее не от публичной власти, а от всегда более эффективной частной воли, делает излишней усиление последствий. Соответственно эта проблематика уходит на периферию частного права; в центре находится поиск баланса свободы и активности всех участников оборота.

Если же говорить о вине, то в самом широком смысле и вина, а значит, и невиновность утрачивают определенность. В этом предельно широком смысле невиновности нет вовсе: без вины не может быть самой жизни (это всеобщее понимание отражено в универсальной идее имманентной греховности человека). «Величайшим из всех бесстыдств в моральном отношении и в то же время неизбежнейшим из всех бесстыдств является выживание за счет других. Если учесть, что всегда существуют причинные цепи большей или меньшей длины, каждого из живущих можно рассматривать как выжившего, действие или бездействие которого повлекло смерть других. Там, где такая цепь коротка и легко прослеживается, принято говорить о вине; там, где цепь более длинная и опосредованная, принято говорить о без вины виноватых или о трагедии; там, где цепь причин опосредована, принято говорить о беспокойной совести, неприятном чувстве, ощущении трагизма жизни» (*Слотердайт П. Критика цинического разума / Пер. с нем. Екатеринбург, 2001. С. 209–210*).

Относительность, неопределенность вины, а также причинности как критерия ответственности, впрочем, — совсем не плод отвлеченных спекуляций. Они хорошо известны всем практикующим юристам.

не сможет обогатиться, но никто не сможет и потерять. Тем самым, как кажется, навсегда изгоняется риск принятия решения. Это обстоятельство, пожалуй, еще более, чем зависть, обеспечивает широкую поддержку любого эгалитарного движения. Однако централизованная экономика безответственности очень быстро начинает терять и не только из-за нового расслоения¹, что само по себе не потеря, а некое распределение, но главное, терять в целом, уступая природе.

Все начинают утрачивать, но никто не обогащается в размере, хотя бы близко сопоставимом с колоссальными потерями, несмотря на энергичный розыск и охватывающие все общество мифы о спрятанных богатствах.

Оказывается, что избавление от рисков иллюзорно², оно оборачивается потрясающими всю систему невосполними потерями прежде всего во взаимодействии с природой, продолжающей жить по законам случайности, а следовательно, и перебора вариантов, т.е. риска. Конкретные проявления природных потерь хорошо известны – утрата невосполнимых природных ресурсов, безумная растрата энергии (что тесно связано с отказом от соизмеримости, т.е. товарности), экологические катастрофы и т.д.

Присущие плановой экономике поиски универсальных организационных рецептов (вроде, например, АСУ и т.п.), постоянные тотальные реорганизации, на-

¹ Социалистическое расслоение оказалось одновременно и неэффективным, и несправедливым. Но даже при этом следует отметить, что вообще без различий, разделения общество, как и любая система, существовать не может. Любая социальная структура – эта та или иная иерархия, неравенство, а общество всегда структурировано и этим отличается от толпы. Абсолютное равенство – это, естественно, тепловая смерть, потеря движения (претензии на одинаковое право и одинаковую свободу должны привести всех в состояние рабов или наемников, говорил Фергюссон). Даже самая простая, самая формальная иерархия (например, армейская или чиновничья) становится мощным источником саморазвития за счет стремления одних подняться, других – удержаться и т.д.

Замечательно наблюдение Ф. Броделя: «Все откровенно иерархизированы... любое общество – это разнообразие, множественность; оно делится наперекор самому себе, и это разделение есть, вероятно, самое его существо» (*Бродель Ф. Игры обмена. Материальная цивилизация, экономика и капитализм, XV–XVIII вв. Т. 2. М., 1988. С. 464, 466*). Н. Бердяев более категоричен: «Неравенство есть условие всякого творческого процесса, всякой созидательной инициативы, всякого подбора элементов, более годных для производства... Хозяйство есть организм разнокачественного, иерархического строения, а не коллектив однокачественного, механически уравненного строения... С принципом органической иерархичности в хозяйственной жизни неразрывно связан принцип частной собственности» (*Бердяев Н.А. Философия неравенства. Письма к недругам по социальной философии // Русская философия собственности. СПб., 1993. С. 292, 302*).

Социальное расслоение пронизывает общество во всех направлениях линиями напряжения, которые и организуют все движение общества.

Теперь понятно, что предназначение формального (юридического) равенства – не устроение всеобщей уравнительности (это прописная истина), а снятие всяких ограничений на передвижение любого человека в рамках сложившейся структуры, т.е. иерархии, с целью усиления жизнеспособности этой иерархии.

Соответственно и административное сопротивление фактически сложившейся неодинаковости людей, почти всегда лицемерное, создает лишь систему кривых зеркал, жизнеспособность которой обеспечивается в той мере, в какой содержание не соответствует форме.

² М. Вебер видел импульс борьбы между свободным и несвободным трудом в античности именно в «том громадном экономическом и политическом риске, который ложился бы бременем на всякое состоящее из рабов имущество при непосредственной их эксплуатации» (*Вебер М. Аграрная история древнего мира. С. 120*). Если же хозяйство, основанное на несвободном труде, охватит всю экономику, риски только возрастают.

поминающие погоню за философским камнем, — это лишь внешние проявления не всегда даже осознаваемого мифа жизни без риска, без выбора.

Нежелание рисковать, боязнь частного поражения (взамен которого может быть только поражение общее) — пожалуй, главный источник сопротивления рынку.

Чтобы вновь не впасть в утопию, нужно ясно осознавать, что природа готовит гибель любой системе, избегающей риска, выбора, частной свободы.

С позиций современного естествознания товарный обмен как подверженная частным случайностям стихия при всех его недостатках оказывается не досадным этапом истории, который нужно как можно скорее, если понадобится, то и силой, прекратить, а наиболее соответствующей задачам взаимодействия с природой формой социального бытия.

ГЛАВА 2 ПРАВО И РАЦИОНАЛЬНОСТЬ

Освобождение права от экономического детерминизма, равно как и от идеологии прогресса, и предоставление самому себе, собственным ценностям, превращение права из средства в цель заставляют переоценить роль основного инструмента, используемого на правах заимствования, — логики и соответственно заново взглянуть на рациональность права.

По самым распространенным представлениям, разделяемым и юристами, право — воплощение рациональности. Это убеждение редко ставится под сомнение и еще реже подвергается проверке, возможные методы которой, впрочем, сами по себе в этом случае неясны. Громадное значение сохраняет система представлений, ориентированных на отыскание где-то существующей абсолютной истины посредством убедительных, но на самом деле таинственных манипуляций. Скорее всего, это незримо и неявно господствующий миф гностицизма, который стоит на том, что «природа едина, мир в идеале сводим к одной основе, слово обладает силой открытия, речь испокон веков борется с тайной, целостное знание может быть открыто лишь все сразу, подобно замку сейфа, который после множества неудачных попыток внезапно срабатывает»¹.

Мы, конечно, можем заметить, что право претерпело заметное упрощение и деградацию, наступившие одновременно с торжеством не знающего границ детерминизма, хотя это — пока чисто эмпирическое наблюдение. Вместе с робким юридическим пробуждением, начатым с отказом от идеи неизбежного отмирания права, усиливается восприятие его как сложного и, главное, живого организма. Но современные представления о жизни далеки от механистических взглядов, позволяющих допускать полное подчинение организма внешней программе, некоему руководящему демиургу. Живой организм (и право особенно) оказывается подвластным всей своей истории, которая при ближайшем рассмотрении постоянно обнаруживает неизведанные пласты, уводящие все дальше от простой причинности. Уже хотя бы поэтому мы должны задуматься о содержании той рациональности, в ореоле которой предстает нам право, тем более, что, как нетрудно заметить, само это понятие достаточно изменчиво и во всяком случае синтетично, т.е. не сводимо к одному компоненту. Но попытки найти приемлемое понятие рационального наталкиваются вместо ожидаемых «чеканных» формулировок на нечто достаточно неопределенное, и это само по себе вызывает изумление.

Например, К. Хьюбнер, известный исследователь науки, поставив перед собой задачу «выяснить более точное значение понятия «рациональность»», начинает с того, что «интуитивно»(!) с ней связаны представления о познаваемости, обосновываемости и др. Свои рассуждения он завершает решительным заявлением: «...формы рациональности соответствуют лишь имеющимся интуитивным пред-

¹ Барт Р. Мифологии / Пер. с фр. М., 2004. С. 135.

ставлениям, и претензии на точные дефиниции в данном случае не могут быть выдвинуты»¹. Эта ошеломляющая интуитивность рациональности, кажется, все же не относится к формальной логике. Впрочем, право (как и любая другая система взглядов, в том числе и миф, что показано и Хьюбнером, подчеркивавшим, что «не существует формального различия между мифической и научной моделью объяснения»²) опирается на логику с тем предполагаемым условием, что при этом логика остается внешним для права.

Следует здесь отметить, что в тот момент, когда мы пытаемся отделить рациональность от права, оно должно пониматься в виде некоторых, следуя выражению Дворкина, «предустановленных принципов, покоящихся в недрах права». Р. Паунд говорит о «неизменной части общей совокупности правовых норм». Наконец, Самонд формулирует эту идею так: «Необходимо, чтобы право исходило из одной или нескольких главных предпосылок, которые рассматриваются как окончательные и авторитетные сами по себе. Иными словами, в каждой правовой системе надо отыскать некие устойчивые принципы, из которых вытекают все другие, но которые сами не нуждаются в обосновании»³. Это понимание права может показаться странным лишь на первый взгляд. Любому, кто, не колеблясь, захочет «в двух словах» исчерпать «суть» права, придется скоро оставить свои попытки, убедившись, что он попал в ту, как говорит М. Фуко, пограничную, маргинальную область «глубоко архаичных очертаний», где «слова беспрестанно обретают свою странную силу и возможность оспаривания»⁴.

Возможно, архетипом права должно быть названо правило «do ut des» («даю, чтобы ты дал»), заметное в простейших правовых отношениях. Но, по замечанию М. Вебера, этим именно правилом определяется «повседневная и массовая религиозность всех времен и народов»⁵, что заставляет усомниться в оригинальной юридической принадлежности этого норматива. Можно далее привести слова римского классика Ульпиана: «Предписания права таковы: жить честно, не вредить другому, предоставлять каждому свое». Это высказывание, впрочем, можно считать и иным изложением ветхозаветных заповедей (если последние перевести из отрицательной в позитивную форму, хотя с технической точки зрения изложение нормы в виде запрета, а не предписания, как известно, означает более высокую степень свободы и цивилизованности; например, «не убий» можно понимать как суверенность личности, «не укради» — неприкосновенность собственности и т.д.).

Однако все эти, без сомнения, основополагающие истины очевидно ускользают от окончательных определений на манер столь ценимой любителями энциклопедических словарей, исчерпывающей и приносящей успокоение⁶ классификации (сама идея энциклопедии, т.е. круга (цикла), отражая амбиции века Просвещения, оказывается неприемлемой, когда истина предстает нам не в форме обзри-

¹ Хьюбнер К. Истина мифа. М.: Республика, 1996. С. 220, 222.

² Там же. С. 245.

³ Излагаемые здесь и ниже взгляды английских юристов приводятся по изд.: Кросс Р. Прецедент в английском праве. М.: Юрид. лит., 1985. С. 50, 167, 205.

⁴ Фуко М. Слова и вещи. СПб.: А-сад, 1994. С. 84.

⁵ Вебер М. Социология религии (типы религиозных сообществ) // Вебер М. Избранное. Образ общества. М.: Юрист, 1994. С. 98.

⁶ «Нет ничего более успокоительного, чем словарь», — говорит Р. Барт (Мифологии. С. 199).

мой окружности, в центре которой помещен энциклопедист, но скорее в виде растущего дерева, и листва, и особенно корни которого постоянно уклоняются от грубого инструмента прищельца, способного захватить их, лишь умертвив), и постоянно видоизменяются, теряясь в том сумраке, который надежно хранит от нас и иные тайны бытия. Р. Кросс говорит о «сердцевине», обнаруживаемой в каждом деле, но она так затенена, что процесс рассеивания полумрака сопровождается неизбежными сомнениями¹. Мучительное ощущение такого блуждания в недрах права знакомо каждому просвещенному юристу, и потому так отдает варварством от нетерпеливого энтузиаста, которому «все ясно». Нам остается понимать суть права как некоторую бесспорную данность, в целом неопределяемую, но, безусловно, ощущаемую. Что касается попыток ее определить, то они, по замечанию К. Хюбнера, как и вообще «попытки получить разумно абсолютно достоверные и, следовательно, конечные истины, не более ценны, чем удар кулаком по столу».

Заметное место, которое занимает в бытии права ощущение, чувство, даже страсть, — это и свидетельство его подлинности, естественности, природности, ведь именно природа является источником чувства. Именно «антропоморфные шлаки», от которых, как утверждал известный математик начала XX в. Д. Гильберт, должна быть очищена любая теория, претендующая на научность, оказываются едва ли не более важными, чем логика, для решения наиболее сложных задач. Впрочем, по замечанию математика следующего поколения, утратившего великие иллюзии, унаследованные от просветительской идеологии, Берта, «логика и логистика суть эмпирические науки, скорее принадлежащие этнографии, чем психологии»². Р. Барт высказывается в том же духе — любая логика означает ту или иную априорность³. Эти истины позволили Л. Гинзбург ненаучность считать следствием нормативности и нетерпимости⁴, что приобретает особое значение для науки о праве, если считать терпимость одной из его основ.

Думаю, есть веские основания прислушаться к словам М. Мамардашвили, сказанным по поводу кантовской философии, о «независимости нравственности от знания, автономии нравственности», о том, что «в слове «свобода» мы принимаем нечто, чего, в смысле знания, мы не знаем»⁵. Учитывая, что и нравственность, и свобода лежат в основе права, мы получаем основания для допущения такой же автономии права.

Формальная логика тем не менее остается необходимым условием и стороной правоприменения⁶, поскольку «применение закона представляет собой силлогизм,

¹ Представители американской школы «реализма» говорят «об интуитивном судебном отборе, который они считают истинной сутью зрелой науки о праве» (Кросс Р. Указ. соч. С. 157, 178).

² Это замечание, конечно, не мог не упомянуть К. Леви-Строс (*Леви-Строс К. Первобытное мышление* / Пер., вступ. ст. и прим. А.Б. Островского. М., 1994. С. 309).

³ *Барт Р. Мифологии*. С. 187. Свобода критика состоит, продолжает автор, не в том, чтобы избежать этой логики и признания априорности (т.е. и предвзятости, надо понимать), а в том, «заявлять об этом открыто или нет».

⁴ *Гинзбург Л.Я. Записные книжки. Воспоминания. Эссе*. СПб., 2002. С. 20. Вообще говоря, авторитарность догматична и логична, но тоталитаризм упраздняет и логику, оставляя ей унылое сопровождение инерции в минуты оцепенения между внезапными скачками и кульбитами генерального курса. В этих условиях и формировались наблюдения Л. Гинзбург.

⁵ *Мамардашвили М. Кантианские вариации*. М., 1997. С. 55, 58.

⁶ Акцентируя суждение о независимости нравственности от знания, М. Мамардашвили замечает, что «в мире причинных связей есть, и им не противоречит, автономная сфера нравственности»

в котором большую посылку составляет юридическая норма, а малую посылкой является данный случай»¹. Отсюда можно, однако, заметить внешнее бытие логики по отношению к норме. Это отношение лучше понимается, если обратиться к возникшему в Средние века учению об эманации Света: «Когда же школы Оксфорда стали соперничать с парижскими, основавший их епископ Роберт Гроссетест, подобно Сюжеру, провозгласил, что Христос есть Свет, рожденный от Света, что мир есть результат светоносного излучения и что все человеческое знание есть не что иное, как изливание этого несотворенного Света»². В этих представлениях удалось достичь сочетания ряда, казалось бы, несовместимых целей.

Во-первых, Божественная истина оказалась доступной применению к ней определенных логических процедур. Во-вторых, преклонение и почтение к этой истине предопределили ограничение допустимого обращения с ней, т.е. рассуждения, прямой, светоподобной системой аргументов. В-третьих, сама Истина при этом оставалась нетронутой, неизреченной, целокупной, поскольку по существовавшим представлениям источник света, излучая, ничего не утрачивал, так как свет считался нематериальным.

Итак, применение строгого силлогизма – выражение безусловного подчинения той ценности, той аксиоме (при том, что суть самой аксиомы не обсуждается), от которой начинает разворачиваться логическое доказательство. Именно поэтому немотивированное, нелогичное решение воспринимается как возмутительное, безнравственное: оно означает пренебрежение исходными ценностями.

Иначе говоря, *логика – это уважение права, но не само право.*

Конечно, идея изречения как света, излучения имеет дохристианское происхождение. Уже в архаичном мире «акт произношения слов осмыслялся как новое сияние света и преодоление мрака позднее смерти. «Говорить» значило «светить»»³.

Этот подход вполне прослеживается и в истории права. Как заметил Ю. Лотман, закон, поскольку его «ценность определяется не реальным языковым сообщением, а текстовым надсообщением, должен быть непонятным и подлежать истолкованию», а «природа толкователя (пифия, жрец и т.д.) такова, что исключает

(Мамардашвили М. Кантианские вариации. С. 55). Логика, стало быть, может оперировать с правом, но не может его создать.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 48. Д.И. Мейер приводит высказывание Савиньи, назвавшего деятельность юриста «счетом понятиями» (Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 1. М., 1997. С. 62). Здесь совмещены два начала: логическое (счет) и правовое (юридические понятия). Спустя несколько десятилетий эту метафору подхватил И.А. Покровский: «Суд не есть простой счетный или логический механизм, он также имеет свой разум и свои убеждения о справедливом и должном» (Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / Вступ. ст. А.Л. Маковского. М., 1998. С. 90).

² Доби Ж. Европа в средние века. Смоленск: Полиграмма, 1994. С. 192. «В соответствии с этим принципом внимание исследователей сосредоточилось на оптике... Возникло строго обоснованная оптическая геометрия», – отмечает автор. Более подробно эта увлекательная проблема изложена в работе: Эджерстон С. Линейная перспектива и западное сознание: истоки объективного изображения предметного мира в искусстве и науке // Культуры. Юнеско. 1983. № 4. С. 104–142.

³ Фрейдберг О.М. Поэтика сюжета и жанра. М., 1997. С. 124.

В развитие изложенного в предыдущей главе заметим, что вообще в физическом смысле излучение возможно только в неравновесной среде; луч переносит энергию туда, где ее меньше. Замечательно, что архаичное сознание смогло уверенно связать излучение с жизнью, а его отсутствие, тепловое равновесие – со смертью.

возможность «каждому» им сделаться»¹. «Слово не просто произносится, а изречается, вещается; оно полно высокого значения и доступно не всем, а только владыкам жизни, «царям — врачам — ведунам»².

Это наблюдение, эмпирически, конечно, верное и подтвержденное всей историей права, может быть, нуждается в обсуждении того, почему праву непременно придавалась форма особого текста, значимость которого сохранялась и после отделения права от религии. Вероятно, вытеснение прямого насилия, которое всегда остается смыслом и целью права и которое было особенно актуально в архаичную эпоху, не могло не привести к естественному в то время приданию правовому тексту дополнительной силы, эквивалентной вытесняемому насилию и заставляющей подчиняться себе без особых внешних мер (право никогда не может существовать благодаря систематическому принуждению вопреки распространенным у нас взглядам на функции и возможности строгих «законов»), которая должна была предстать именно в текстовом «надсообщении». Хотя это само по себе не объясняет той невозможности исчерпывающей определенности, известной невыразимости основ права, о которой мы говорим, трудно сомневаться, что здесь — один из источников именно такой формы права.

Это отношение права как истины и логики, как способа ее развертывания вполне авторитетно и достаточно крепко утверждено. Можно, например, сослаться на известные правила, согласно которым формальные противоречия между нормами права разной силы означают уничтожение нормы более слабой; а такие же противоречия между нормами с одинаковой силой должны квалифицироваться как пробел, т.е. отсутствие нормы. Однако примиренные здесь начала продолжают оставаться в весьма напряженных отношениях, постоянно вступая в противоборство, победа в котором отнюдь не всегда остается за предполагаемым носителем истины и ценностей — правом. В те неизбежные моменты, когда ценности должны смениться иными, обнаруживается весь разрушительный потенциал логики, которая, получив заказ на сокрушение, в вообще присущем ей ореоле юной дерзости и уверенности на удивление легко справляется с прежней системой ценностей. Начинается ее сплошная рациональная критика, причем обнаруженные противоречия вызывают у части аудитории энтузиазм, который служит основанием репутации молодых ниспровергателей³.

В то же время весьма популярной становится идея создания нового правового (или бесправового) устройства на принципах разума. Известны попытки сконструировать строго логичную систему права, которые обычно предпринимались

¹ Лотман Ю.М. Текст и функция. Текст как семиотическая проблема // Избранные статьи. В 3 т. Т. 1. Таллинн: Александра, 1992. С. 136—137. Отмечено, например, что употребление необыденной лексики древнего иса могло парализовать волю ответчика к возражениям, воздействуя на его подсознание (Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник. М., 1996. С. 91).

² Фрейденберг О.М. Поэтика сюжета и жанра. С. 122.

³ Оригинальные таланты, поддерживаемые выходящим на сцену юным поколением, наряду с апокрифической «непризнанностью» часто демонстрируют обусловленный превалированием логики схематический монизм и соответственно одноцветность. Если со временем такая одноцветность не сменяется культурно насыщенной многокрасочностью, детализацией и частностями, с успехом посрамляющими логику, возникает почва для непримиримых догматических схваток, выражающих нередко не столько разные подходы к праву, сколько столкновение юридической культуры и ее антиподов.

в рамках утопий. Но ни одна из них не оказалась способной к жизни, и сами они при всех различиях отличаются общим качеством мертвенности. Первая масштабная утопия, сформулированная Платоном, возможно, имела одним из источников представление о сотворенности, искусственности права, которое можно заметить хотя бы в греческом обычае ежегодно ставить на народном собрании вопрос о том, какие законы следует отменить¹ (нужно заметить, что римскому юридическому гению был присущ противоположный подход: вместе с записью первоначальных Законов XII таблиц, оставшихся навсегда единственным законом, была принята поправка, запрещающая вносить в них исключения. Вероятно, этим можно объяснить и отсутствие у римлян склонности к утопиям).

Искусственность строго рационального права — вещь, очевидно, небезобидная. Напор и победительность логического подхода с первых же шагов обнаруживают себя в допущении насилия, а затем и опоре на силу как единственный метод. Это, вообще говоря, представляет парадокс: почему истина, доказанная с непреложностью арифметического правила и претендующая, стало быть, на очевидность², никого не убеждает и почти без промедления вынуждена прибегать к насилию? При этом исчезает главное качество права — преодоление первобытного насилия и естественным образом возникает идея ненужности права, правовой нигилизм и проч.

Эта опасность все время очень остро ощущается правом по той причине, видимо, что мы еще недалеко ушли от пропасти первобытности, а рецидивы тотального насилия продолжают подступать. Поэтому в отношениях права и рациональности наряду с чисто техническими проблемами постоянно присутствует заметное напряжение, исходящее от ощущения этой близко лежащей грани. Соответственно и среди юристов происходит достаточно заметное разделение в зависимости от готовности перейти эту грань.

М. Вебер заметил, что прецедентное право вообще имеет своей основой мифологические представления, основанные на «форме уподобления»³. Среди основ прецедентного права действительно можно найти определенные черты мифического сознания, например, отказ обсуждать причины и уместность самого прецедента.

Применительно к прецедентному праву мы можем, однако, отметить, что наряду с отмеченным М. Вебером «эмпиризмом» другой его стороной стало подчеркивание, выделение рациональности, некая, следуя терминологии Ю. Лотмана, гиперрациональность, которая со временем приобрела совершенно особое содержание, далеко не всегда сводимое к логике, выступая, впрочем, под именами здравого смысла, разумности, справедливости. Значительное место в прецедентном праве заняли поэтому рассуждения судей о разумности, справедливости той или иной нормы. Напротив, в системе права, сознательно установленного законодателем, такие рассуждения очевидно неуместны, так как суд, подвергая проверке закон, в действительности должен говорить о разумности законодателя, поэтому,

¹ Здесь же, по-видимому, источник саркастического совета Антисфена, адресованного афинянам, принять специальное постановление и считать ослов конями.

² В этой точке обнаруживается несовпадение логики со здравым смыслом, главная черта которого — очевидность, общепризнанность членами данного сообщества некоторых истин, не требующих доказательств (доказывание заменяет отсылка к здравому смыслу).

³ Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма // Избранные произведения. М.: Прогресс, 1990. С. 84.

например, во французском кассационном суде «решения обосновываются чрезвычайно лаконично, а разного рода общие рассуждения запрещены, во всяком случае для всех гражданских судов»¹. Это, однако, не означает, что любой судья и любой юрист смогут принять конкретное решение, не воссоздав всю цепь рассуждений начиная от самых глубин права, а чтобы сделать рассуждения убедительными, им нужно придать внешне рациональную форму. Поэтому, хотя прецедентное право дает нам больше наглядного материала, сам процесс рационального обоснования не может иметь принципиальных отличий в разных системах права. Интересно, однако, что именно на базе «эмпирического» права, заставляющего открыто обсуждать свою разумность, стал более заметным важнейший процесс утраты правом строгой логичности, что позволило Гегелю сказать о римском праве: «Именно непоследовательность римских юристов и преторов следует считать одним из их величайших достоинств» (через 100 лет после Гегеля крупнейший немецкий романист М. Казер говорил даже об отсутствии у римских юристов «упорядоченной системы, основанной на понятиях»), а М. Веберу отметить неразвитость «рационализации» в праве Англии².

Осторожность, если не скептицизм относительно увлечения логически последовательной аргументацией, заметна в высказывании немецкого юриста Кобана: «Не всякая последовательность должна быть путеводной звездой. Крайние точки зрения, несмотря на свою последовательность, остаются обычно в области «чистой» теории и не получают отражения в действующем праве»³.

Р. Кросс начинает изложение главы о судебной аргументации со знаменательного утверждения: метод дедукции и индукции «сам по себе не настолько важен, насколько часто говорят об этом», поскольку, с одной стороны, «нередко полное соответствие решений доктрине и несомненное мастерство в учете социальных последствий достигаются интуитивно», а с другой — «существует трудность проверки правильности силлогизма, основанного на применении правовой нормы», а сам «силлогизм строится не только после выяснения фактов дела, но и после разрешения правовых проблем, относящихся к области применения правовой нормы»⁴, что, по-видимому, весьма снижает эффективность чисто логических приемов. Завершает эти свои рассуждения автор ссылкой на суждение лорда Хэлсбери: трудно принять способ аргументации, предполагающий, «будто бы право является не чем иным, как сводом логических норм, а между тем каждому юристу хорошо известно, что право вообще не всегда отвечает требованиям логики»⁵. Это последнее заявление следовало бы выделить, но ни воля его автора, ни контекст не позволяют его абсо-

¹ Кросс Р. Указ. соч. С. 65.

² Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма. С. 95.

³ Цит. по: Черепяхин Б.Б. Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя // Уч. зап. Свердловского юрид. ин-та. Т. 2. Свердловск, 1947. С. 80.

⁴ Кросс Р. Указ. соч. С. 175–178.

Это высказывание буквально совпадает с признанием французских судей в том, что «они вначале находят справедливое решение, а затем ищут его обоснование в праве» (Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 1997. С. 91). Наша уверенность в том, что различия общего и континентального права никак не сказываются на этой стороне правоприменения, стало быть, подтверждается.

⁵ Кросс Р. Указ. соч. С. 188.

лютизировать, поскольку там же далее отмечается, что логика праву, несмотря на сказанное, не чужда. Фактический выбор между конфликтующими ценностями, установление их иерархии применительно только к данному прецеденту маскируются средствами логики так, чтобы не разрушить целостность строения, в котором одно неизменно вытекает из другого. «Может быть, право и не бесшовное сплетение, но истец вправе ожидать от Геракла¹, чтобы тот обращался с правом, как если бы оно было таким»², — взгляд, очень характерный для английского юриста.

Итак, наиболее стабильная из известных новейшей истории правовых систем, которая даже внешне имеет вид могучего, полного сил организма, очень мало зависящего от воли людей, по-видимому, не позволяет рациональности слишком глубоко внедряться в свои основы, в то же время весьма интенсивно используя ее для подсобных целей. На самом деле, как сейчас уже признано, между современным прецедентным и статутным правом нет столь глубоких различий, как это может показаться. Поэтому и нет оснований полагать, что созданное законодателем право в противоположность прецедентному — царство рациональности, вполне описанное некоторым, пусть даже большим, количеством логических операций.

Право, как и любая система, существует обязательно в виде некоей иерархии смыслов, истин, норм. По мере движения к основным, базовым нормам их смысл все менее может быть исчерпан, в них все более обнаруживаются архаичные, утратившие непосредственную содержательность, но «просвечивающие» пласты, их содержание может быть выражено все меньшим количеством слов. «Самые обобщенные понятия, относящиеся поэтому к наиболее простому ряду, даются без эквивалентных выражений, на которые могли бы эти понятия разложить»³.

А что касается самых главных понятий, то собственных слов уже не находится, а множество определений (вспоминаю университетского преподавателя, который представлял себя как человека, знающего 300 дефиниций права) лишь подчеркивает отсутствие одного, и усилие определить недостающее единственное приводит, по выражению Р. Кросса, к «неуклюжему и скучному многословию»⁴ (подобно тому, как многословие героев Ф.М. Достоевского подчеркивает невозможность высказать то, что они переживают⁵).

Можно вспомнить скептицизм Г.Ф. Шершеневича относительно ценности дефиниций. В любом случае в дефиниции, пожалуй, важна не она сама, а лишь ведущие к ней пути.

Дефиниция, однако, создает комфортную иллюзию завершенности, конечности, противостоя открывающейся на путях, ведущих к сокровенным истинам, бездне, к краю которой практикующие юристы обычно не осмеливаются приближаться без помощи комментария. «...Задача комментария, — говорит М. Фуко, — по суще-

¹ Автор имеет в виду гипотетического идеального судью.

² Дворкин Р. О правах всерьез / Пер. с англ. М., 2004. С. 166.

³ Кросс Р. Указ. соч. С. 24.

⁴ Там же.

⁵ Есть смысл сослаться на наблюдение А. Наймана: И. Бродский, еще не закончив фразу, сразу стремился ее изменить и уточнить. Если тезис и антитезис приводят к синтезу — таковы изречения Гете и прочих олимпийцев (сегодня чаще создающие иронический эффект), — то сохранение в высказывании собственного опровержения, его переживание иногда оказываются ближе к истине, которая и в том, и в другом.

ству никогда не может быть выполнена до конца. И все-таки комментарий целиком обращен к загадочной, неясно выраженной части, скрывающейся в комментируемой речи: под существующей речью он открывает другую речь, более глубокую и как бы более «изначальную»; именно ее-то комментарий и должен восстановить. Комментарий возникает лишь как стремление выявить за читаемым и истолковываемым языком глубочайшее значение исходного Текста¹. Замечательное свойство живого права состоит в том, что это чарующее движение к истокам нужно совершать постоянно, разбираясь в любом сколько-нибудь сложном конфликте (если только не применяется метод стереотипа, т.е. механического повторения чужого маршрута, возможности чего весьма невелики в силу естественного разнообразия жизненных коллизий). Только достижение основ позволяет каждый раз выверить соответствие принимаемого решения тому, что не всегда формулируется и упоминается. Собственно применение права сводится к тому, чтобы сделать явным сам процесс этого движения или то, что хотят представить как такой процесс (при этом не показываются отброшенные направления, хотя в них нередко имеется много поучительного). Для этого и привлекаются рациональные методы, суть которых в «доказательности», т.е. способности показать, сделать очевидным, явным, в демонстративности², обнаруживаемой в непосредственном «доказательном» общении, диалогичности. Пожалуй, верно, что «окончательное решение принимается еще до того, как рассуждениям придается форма силлогизма»³, причем, выражаясь «кантовскими словами, мнение обычно возникает гораздо более простым путем, чем то, как оно излагается»⁴. Еще проще высказывался Л. Ландау: «Как вы можете решить задачу, если заранее не знаете решения?»

Справедливость требует того, чтобы решение было также и ожидаемым. Наиболее верным пониманием справедливости следует считать совершение каждым должного (поэтому нелогичное решение несправедливо еще и потому, что суд не может доказать, что такое решение можно было бы предвидеть). Юридический талант, чутье, стало быть, включают еще и этот момент общего восприятия обществом интуитивно отыскиваемого решения как ожидаемого, должного.

Вопрос, следовательно, становится еще более ясным: не прийти к решению, не найти его, а показать, доказать его, сделать внешне устойчивым, обосновать, придать ему качество тождества тому, что было предварительно признано как право (этот довод подчеркивает общее и прецедентному, и статутному праву).

Тем самым предполагается, что решение уже найдено, имеется⁵, но сам его поиск, происходящий в уже упомянутом полумраке неясных ощущений, ускольза-

¹ Фуко М. Указ. соч. С. 77.

² «Первая аналитика» — о «доказывающей науке», «демонстративной науке» (Микеладзе Э. Основы логики Аристотеля // Аристотель. Соч. В 4 т. Т. 2. М.: Мысль, 1978. С. 8). Конечно, не случайно кодекс логики «Органон» стал венцом греческой цивилизации, стержнем которой всегда были публичный диспут, диалог, доказывание (показывание), а не основанная на тайном, скрытом знании власть.

³ Кросс Р. Указ. соч. С. 178.

⁴ Мамардашвили М. Кантовские вариации. С. 39.

⁵ Есть повод привести здесь наблюдение И. Стравинского: «Это должно быть удивительно, но если произведение не закончено мною прежде, чем я начинаю его сочинять, то я испытываю глубочайшие муки» (И. Стравинский — публицист и собеседник / Ред.-сост. В. Варунц. М., 1988. С. 411). Известны аналогичные высказывания В. Моцарта и А. Шнитке. Сходство с нашей ситуацией может быть истолковано и вполне тривиально, в том смысле, что применение права — субъективный творческий

ния истины и сомнений, не может быть ни рассказан, ни показан. В конкретном деле (а именно конкретика оказывает сопротивление теориям и нормативности) всегда остается что-то непостижимое¹.

Л. Витгенштейн формулирует это, вероятно, самым блестящим образом, объединяя противоположности: важнейшим для открытия является «сильное схоластическое чувство»².

Хюбнер говорит об «интерсубъективности» рациональности, ограничивая тем самым ее роль коммуникацией (сообщением) и верификацией (проверкой истинности).

Одна из главных проблем сводится к тому, что невыразимость наиболее важных понятий затрудняет строение силлогизма, в основе которого должно лежать, как известно, тождество (нетождество), что технически чаще всего имеет форму спора об ином названии того же, а в условиях изначальной неопределенности основных понятий это обычно не очевидно и приводит к мукам отождествления³, когда «жестокый закон тождеств и различий бесконечно издевается над знаками и подобиями»⁴; эти несовпадения в большинстве случаев и составляют истинный источник юридических трудностей.

Непосредственно муки отождествления выступают как сопротивление материала, скрывающего в себе свою суть. Однако на самом деле сами юридические (как и иные) объекты — результат вмешательства человека в природу, материальное окружение, выделение у «природных» вещей тех качеств, которые важны человеку, отвечают его целям⁵. Остальные физические свойства отбрасываются, если они социально безразличны. Стало быть, отождествление внешнего — это проблема человеческого, это задача на самопостижение.

процесс, и это, конечно, верно. Но остается задача объективации, и тогда встает вопрос, что объективируется: процесс творчества или его результат, и какая между ними разница.

¹ Ср. с замечанием К. Леви-Строса: «...конкретное таит в себе остаток неинтеллигибельности (к чему, в конце концов, сводится собственно конкретика), который по существу был непокорен значению» (*Леви-Строс К. Первобытное мышление*. С. 249).

² *Витгенштейн Л. Дневники 1914–1916 г. с приложением Заметок по логике (1913) и Заметок, продиктованных Муру (1914)*. Томск: Водолей, 1998. С. 45.

³ Эти страдания знакомы всем; полем, на котором они разворачиваются, является собственное сознание, «так как единственной категорией сознания является тождество» (*Фрейденаберг О. М. Поэтика сюжета и жанра*. С. 96). Замечательно глубокое суждение!

К. Леви-Строс подчеркивает ту же мысль как «лучшее у Дюркгейма»: «Сегодня, как и прежде, объяснить — значит показать, каким образом вещь причастна одной или нескольким другим... Всякий раз, как мы объединяем внутренней связью разнородные термины, мы неизбежно отождествляем противоположности. Несомненно, объединяемые нами таким образом термины не являются теми, которые сближает между собой австралиец; мы отбираем их исходя из других критериев и по другим основаниям; но само действие, посредством которого разум соотносит их, существенно не отличается. Таким образом, нет пропасти между логикой религиозного мышления и логикой научного мышления» (*Леви-Строс К. Первобытное мышление*. С. 102).

Понятно, что универсальность операции отождествления не исключает, а напротив, предполагает использование при этом всего богатства человеческого опыта, психики и интеллекта.

Выше уже говорилось о разнице между авторитарностью логики и хаосом тоталитарности с его отменной логикой. В данном отношении это означает, что отождествление тоталитарная идеология заменяет тавтологией (а посредством тавтологии юридическое суждение, как и любое иное, невозможно; возможна лишь демонстрация покорности).

⁴ *Фуко М. Указ. соч.* С. 83.

⁵ Подробнее этот предмет рассматривается в гл. 5 и других главах.

Существует также проблема выражения правовых доводов в речи, которой, вероятно, не было бы, если бы правовая аргументация полностью исчерпывалась рациональным образом. «Однако, когда они уже думали, что с помощью своих доводов им удалось отменить этот обычай... их речь смешалась и то, что они утверждали, обратилось против них», — пишет с торжеством средневековый автор¹.

Все это позволяет понять, что банальная ситуация юридических разногласий — не плод недоразумений, но форма бытия юриспруденции.

Однако право не только по своей социальной функции, но и по своей сути не допускает двух решений одного спора, или, что то же самое, ни одного решения. Именно поэтому поиски не могут завершиться обнаружением противоречия, неясности, но должны достигнуть единственного решения. Должен быть также устранен иногда обнаруживаемый в обыденном (вообще скорее антиправовом) сознании скрытый или явный упрек в заинтересованности юристов в бесконечном затягивании тяжбы. Лорд Хэлсбери сказал по этому поводу, что «публичные интересы требуют, чтобы когда-то наступил конец тяжбе, а этого никогда не произойдет, если по каждому делу будет возможность настаивать на повторном обсуждении на том лишь основании, что это не «обычное дело», что бы данное утверждение не значило»².

Нельзя не заметить параллелей, едва ли случайных, поскольку речь в обоих случаях идет о ритуалах с такой особенностью магии, как избегание упрощения формы. М. Мосс замечал, что маги «охотно способствовали дальнейшему усложнению магических операций. Естественно, впрочем, что в случае неудачи маги прикрываются сложностью процедуры и нарушениями формы»³. Однако мы не имеем права сказать, что все дело сводится к простым уловкам...»⁴. (М. Фуко принадлежит скорее уважительное наблюдение в связи с квалификацией разных форм невменяемости: у юристов действительность обычно оказывается гораздо сложнее и богаче, чем на самом деле.) Сложность юридических процедур, конечно, тоже отнюдь не уловка, хотя и есть определенные правила процесса, которые действительно противодействуют чрезмерному разрастанию дела. Таким образом, право исходит из того, что решение не только всегда есть, но и всегда может быть обнаружено в данном месте и в данное время.

Эффективность, внешний характер действия права (в отличие, например, от религии) требует, чтобы единственность, правильность решения не только ощущались, но и были рационально продемонстрированы, что возможно лишь внешне логическим образом, поэтому оппозиция правового-логического в этот момент явно не проявляется, но снимается самим ходом рассуждения, в процессе которо-

¹ Дюби Ж. Указ. соч. С. 32. О том же говорит и лорд Райт: «Слова, разумные и справедливые в одно время, могут стать неверными и вредными в другое» (Кросс Р. Указ. соч. С. 38).

² Кросс Р. Указ. соч. С. 11.

³ Повседневная юридическая практика дает множество примеров тому, что на самом деле нарушение формы — чаще повод, чем настоящая причина неудачи судебного процесса. Однако реальность такой неудачи заставляет соблюдать форму, независимо от рациональности; только в этих условиях форма и может сохраниться, так как ее способность противостоять рациональной критике невелика.

⁴ Мосс М. Социальные функции священного // Избранные произведения / Пер. с фр.; Под ред. И.В. Утехина и Н.М. Геренко. СПб., 2000. С. 142.

го предпочтения, в конечном счете предопределяемые культурно¹, в выборе того или иного способа аргументации, сравнений, сопоставлений и проч. и оказываются частным способом примирения данной потенциально разрушительной оппозиции. Хотя нарастание числа проблем при применении таких частных рассуждений, являясь, следовательно, проявлением глубокого культурного кризиса, может приводить к чувству «несправедливости» права. Если этот кризис не имеет структурного характера, примирение достигается за счет осторожно находимого смещения рациональности², с которой увязывается понятие справедливости.

Так, римские юристы, не отступая от строгого права (что, как уже говорилось, было и невозможно), ввели в дополнение к нему понятие справедливости, под которой со временем стали понимать наряду с естественным равенством (*aequitas*) и защиту воли собственника, и передачу имущества в прекарное пользование³, и недопустимость получения выгоды посредством обмана, и предоставление защиты договору, хотя и не включенному в установленную систему исков, но заключенному с расчетом на добросовестность другой стороны⁴.

Именно в этом процессе осмотрительного изменения содержания при сохранении форм⁵ прежде всего обнаруживается необходимость в профессиональной деятельности юристов, иначе предстающей как таинственно жреческая, позволяющей

¹ «Показатели, по которым устанавливаются в пределах какой-либо группы текстов отношения аналогии или эквивалентности, определяются типом культуры. Сходство и несходство, эквивалентность и неэквивалентность, сопоставимость и несопоставимость, восприятие каких-либо двух объектов как не поддающихся сближению или тождественных зависят от типа культурного контекста» (*Лотман Ю.М.* Текст как семиотическая проблема // *Лотман Ю.М.* Избранные статьи. В 3 т. Т. 1. С. 176). К. Хюбнер уточняет: «...процесс обоснования всегда необходимым образом заканчивается в исторически данном фоне, каковой, в свою очередь, подобным же образом ранее образовался из другой фоновой глубины» (*Хюбнер К.* Указ. соч. С. 233).

² Например, по древнему римскому договору личного займа пехит должник обязывался лично и в случае невозврата займа выдавался в цепях кредитору, а если кредиторов было несколько, они имели право разделить его между собой путем физического расчленения, причем допускалось отступление от строгой пропорциональности при членении, что наводит на ужасную мысль об эмпирическом происхождении этой поправки. Это строго логическое решение было уже на довольно ранней стадии преодолено. Естественно, более правовое решение, не допускающее деления должника, оказалось менее логичным.

Впрочем, имеются сомнения относительно буквального смысла этой знаменитой нормы Законов XII таблиц, которые, конечно, не могут изменить самого факта вытеснения логики иным — правовым — началом.

Д. Дождев, присоединяясь к тем, кто скептически воспринимает реальную исполняемость правила о расчленении должника на части, полагает нужным использовать идею О.М. Фрейденаберг, «которая представила функционирование мифологического сознания в практическом плане как нескончаемое (в поисках самоидентификации) повторение во всех сферах жизни акта разрывания, дележа и съедания зверя-тотема» (*Дождев Д.В.* Основание защиты владения в римском праве. М., 1996. С. 101). Так мы неожиданно вновь возвращаемся к уже обозначенной К. Хюбнером идее страстного мифа и бесстрастной логики, от которой ускользает истина.

³ Передача без строгого основания имущества в пользование до востребования, предполагающая возвращение его с минимальными трудностями, — этот механизм позволял получать наибольшую пользу от вещи, которая в ином случае осталась бы без применения.

⁴ Римское частное право / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 1948. С. 25.

⁵ Поэтому борьба с формализмом, особенно среди юристов, — свидетельство наступившей культурной деградации.

Г. Берман справедливо замечает, что судейское усмотрение, противопоставленное юридическому формализму, может стать «предлогом для варварства и зверств, как произошло в нацистской Германии» (*Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М., 1998. С. 54).

не допустить перехода конфликта в антикультурное русло. История цивилизации показывает, что основы права не меняются ни в случае смещения представлений о справедливости или здравом смысле, ни даже при крушении социума. Важнейший урок истории состоит в том, что право одно и оно всегда остается.

Высказанные здесь суждения перекликаются с известными идеями У. Эко о смене эпохи риторики новой культурой, в которой ведущее место занимает принципиально не способное быть высказанным. Наши выводы, однако, не могут вести к заявлению об упразднении риторики — основного способа юридического убеждения. Риторика остается, и понимание значения юридического чувства для поиска решения никак не означает необходимости повышения эмоционального накала риторического изъяснения (напротив, обычно повышенная эмоциональность цивилистического доказывания снижает степень доверия к оратору). Мы имеем в виду лишь то, что за внешним доказыванием, подчиненным логике и риторике (которая добавляет к логике также и указание на бесспорные ценности, частично выраженные в самом ритуале речи, частично буквально высказываемые), скрывается и не показывается та общая всем юристам сфера, где найдено доказываемое решение.

О том же размышлял и Л. Витгенштейн, который сформулировал правило: все, что может быть высказано, может быть высказано ясно¹. Обычно в этом знаменитом высказывании видят указание на большую сферу того, что не может быть высказано. Но не следует забывать и другого: если это может быть высказано, а юрист, начиная говорить о решении дела, уже признал, что он находится в области высказываемого, — это должно быть сказано ясно.

¹ Ясно — не значит обязательно просто, конечно. Ясно — это логически правильно.

ГЛАВА 3

ФИЛОСОФИЯ СОБСТВЕННОСТИ

Хотя право, безусловно, подчинено рациональному началу, исключая из числа своих оснований откровение (чудо), оно, нужно особо отметить, не может быть представлено в виде системы силлогизмов, строго вытекающих один из другого, как многим представляется. Логика, конечно, остается основой юридического мышления, но при этом она берет за исходные и принимаемые без доказательств ценности (аксиомы), которые лежат в основе всей юридической иерархии понятий. Логические связи выступают как способ развертывания, конкретизации основ права и в этом смысле незаменимы.

Можно было бы даже представить право как развернутую на основе базовых ценностей (констант) строгую формально-логическую систему (такие попытки, изобличающие комплекс математической неполноценности, предпринимаются), если бы сами константы не приходили постоянно в столкновение друг с другом. Выход из таких противоречий достигается главным образом с помощью опять же оценки (усмотрения).

Причем чем ближе к эмпирии, фактам мы приближаемся, тем чаще и глубже эти столкновения, заставляющие постоянно поступаться одним принципом в угоду другому. Поэтому при высокой степени развития права, устойчивых юридических традициях роль рациональности и особенно философии права существенно снижается. Отшлифованная бесконечным повторением дел практика своим многовековым весом не позволяет колебаться лежащим в основе «краеугольным камням», сомневаться в которых равносильно попыткам обрушить громадное здание. И наоборот, неразвитое право, не уверенное в себе и своих основах, вынуждено апеллировать к разуму, выходить за свои неустоявшиеся пределы, чтобы убедиться в собственной состоятельности. Но за пределами права его ценности утрачивают свое значение и нуждаются в рациональном доказывании, в философии права.

Современная ситуация предопределяет значение философии права, которая еще некоторое время будет необходимой при рассмотрении многих проблем. По этим причинам мы вынуждены обратиться и к философии собственности.

Современное юридическое и экономическое сознание в значительной степени определяется сформировавшимися еще идеологией Просвещения взглядами на ведущую роль товарного обмена в становлении цивилизации. Это заставляет обратиться к взглядам Гегеля на право собственности, сохраняющим свой авторитет и в настоящее время. Во многих случаях гегелевские идеи используются без ссылки на автора и даже без понимания их источника, особенно когда они получены через основанные на «Капитале» Маркса теории, еще не так давно преобладавшие в учебных курсах.

Если стоять на позициях тотального товарного обмена, изложенная в «Философии права» и других работах¹ концепция Гегеля остается во многих отношениях непревзойденной по логической связности.

¹ Например, можно указать на раннюю работу Гегеля «Система нравственности», в которой он уже доказывал, что «собственность выступает в реальности через множество состоящих в обмене лиц как взаимно признающих друг друга» (*Гегель Г.В.Ф. Политические произведения. М., 1978. С. 300*).

Поскольку «понятие права по своему становлению трактуется вне науки права»¹, следует исходить из подтвержденной самой природой, как мы могли уже убедиться, естественной свободы лица, не отыскивая иного содержания права в сфере правоведения. Полученное нами понятие согласуется с высказыванием Гегеля о том, что «исходной точкой права является *воля*, которая *свободна*; так что свобода составляет ее субстанцию и определение, и система права есть царство осуществленной свободы»², а это вполне позволяет и в дальнейшем опереться на рассуждения этого философа. «Чтобы не остаться абстрактной, свободная воля должна прежде всего дать себе наличное бытие, и первым чувственным материалом этого наличного бытия суть вещи, другими словами, внешние предметы. Этот первый вид свободы есть тот, который мы узнаем как *собственность*»³.

Итак, у Гегеля собственность возникает первой по той простой причине, что она связана с внешними предметами, внешним, неодушевленным миром, противостоящим воле (субъекту) и ближайшим к нему. Собственность есть в этом смысле «помещение воли в вещь»⁴ и тем самым лицо дает себе «*внешнюю сферу своей свободы*»⁵. До такого «помещения» «*внешнее* вообще — *вещь*, несвободное, безличное и бесправное»⁶, т.е. находящееся вне разумной деятельности человека, вне права.

Далее Гегель разграничивает владение и собственность. Владение рассматривается как внешний акт, необходимый для реализации собственности (помещении своей воли в вещь). Завладение предполагает, что вещь была бесхозной, что означает «предвосхищаемое отношение к другим»⁷.

В этом отношении взгляды на завладение отличны от обычных для XVII—XVIII вв. робинзонад, хотя уступка английским мыслителям, выводящим владение и собственность из обработки (труда), и усматривается в замечании Гегеля о том, что «придание формы есть наиболее соответствующее идее вступления во владение»⁸.

Связь с другими лицами в завладении еще и в том, что субъективность «достигает объективности»⁹, воля становится выявленной для других.

«*Пользование* вещью при непосредственном ее захвате есть для себя *единичное* вступление во владение»¹⁰. Таким образом пользование и владение также вступают в отношения взаимосвязи и перехода, которые, правда, не ведут к формированию принципиально новых взглядов.

В пользовании обнаруживаются свойства вещи, в том числе стоимость (у Гегеля — ценность). «Вещь в потреблении единична, определена по качеству и количеству и соотносится со специфической потребностью. Но ее специфическая годность, определенная *количественно*, одновременно *сравнима* с другими вещами той же годности... Эта *всеобщность* вещи... есть *ценность* вещи»¹¹.

¹ Гегель Г.В.Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 60 (здесь и далее курсив автора).

² Там же. С. 67.

³ Там же. С. 94.

⁴ Там же. С. 103.

⁵ Там же. С. 101.

⁶ Там же.

⁷ Там же. С. 109.

⁸ Там же. С. 112.

⁹ Там же. С. 109.

¹⁰ Там же. С. 116.

¹¹ Там же. С. 118—119.

Если до сих пор изложение Гегеля не слишком отклонялось от традиционных теорий, то переход от собственности к договору весьма важен и характерен.

Суть подхода Гегеля в том, что договор — «опосредованная форма» собственности¹. «Лицо, отличая себя от себя, относится к другому лицу, и оба обладают друг для друга наличным бытием только как собственники. Их в себе сущее тождество получает существование посредством перехода собственности одного в собственность другого при наличии общей воли и сохранении их права — в договоре»².

Собственность «есть лишь для воли другого лица... Это опосредование, заключающееся в том, что я обладаю собственностью уже не только посредством вещи и моей субъективной воли, а также посредством другой воли и, следовательно, в некоей общей воле, составляет сферу договора».

«Договор предполагает, что вступающие в него признают друг друга лицами и собственниками... момент признания в нем уже содержится и предполагается»³.

Итак, если «захват и внешнее владение всегда оказываются бесконечным образом более или менее неопределенными и несовершенно»⁴, непрочными и неполными, то в договоре собственность обнаруживается как полная, бесспорная и совершенная, становится собственностью для всех, правом собственности, так что договор — это форма собственности.

Этот взгляд решительно отличается от представления, согласно которому право собственности вполне полноценно и без участия воли других лиц, без договора.

В этом отношении можно привести воззрения автора классической трудовой теории Дж. Локка, который считал, что по «закону разума» «разрешается, чтобы вещи принадлежали тому, кто затратил на них свой труд, хотя до этого все обладали на них правом собственности»⁵. В результате этого посредством труда человек «как бы отгораживает» свою собственность, прежде всего земельный участок, «от общего достояния»⁶. Однако со временем, из-за тесноты и недостатка земли люди стали устанавливать границы, отгораживаться и «таким образом, путем договора

¹ Гегель Г.В.Ф. *Философия права*. С. 94.

² Там же. С. 99. Ср.: «Претензия на роль в то же время означает ее признание, наполнение этой роли социальным содержанием — утверждение индивидуального интереса хозяина вещи. Это признание предполагает установление личной связи между контрагентами, в которой они реализуют собственную индивидуальность. Обмен социально значимыми ролями между такими лицами является результатом взаимного признания, соавторства в создании социально значимого лица друг друга» (Дождев Д.В. *Основание защиты владения в римском праве*. М., 1996. С. 160).

³ Гегель Г.В.Ф. *Философия права*. С. 128–129. Это абстрактное утверждение нашло неожиданное подтверждение самой прозаической эмпирией. Когда судом рассматривался спор между продавцом и покупателем, возникший потому, что покупатель отказался от оплаты купленной вещи, пока продавец не докажет, что был ее собственником, покупатель задал свой главный вопрос продавцу: «Чем вы можете подтвердить свое право собственности»? Продавец, едва ли имея в виду «Философию права», ответил, однако, точно по Гегелю: «Тем, что вы обратились с предложением продать эту вещь именно ко мне».

⁴ Гегель Г.В.Ф. *Философия права*. С. 110.

⁵ Локк Дж. *Соч.* В 3 т. Т. 3. М., 1988. С. 278.

И. Кант оспаривает это суждение. Считая также, что «все люди до всякого юридического акта обладают правовым владением землей, т.е. имеют право быть там, куда природа и случай их поместили», он, однако, считает, что юридический акт приобретения есть завладение, *occupatio*. При этом труд для приобретения земли «не нужен, так как специальные формы труда только случайны, они не создают непосредственного владения» (Кант И. *Метафизика нравов. Метафизические начала учения о праве*. СПб.: Изд. П. Сойкина, 1903. С. 43).

⁶ Локк Дж. *Указ. соч.* С. 279.

и соглашения *утвердили собственность*¹. Так же считал и П. Лавров: «Пока вещей немного, а нас мало, мы не спорим»².

Очевидно, впрочем, что такие взгляды, не всегда подтверждаемые исторически, да и логически, сталкиваются с непреодолимыми трудностями, как только выходят за рамки земельных отношений или применяются к иному историческому периоду.

Возможно, именно эти трудности, очевидное отсутствие универсальности трудовой теории, призванной объяснить универсальное понятие собственности, и стали одним из импульсов к созданию меновой теории.

Собственность у Дж. Локка — естественное состояние, предшествующее взаимодействию людей, а само это взаимодействие происходит лишь в результате тесноты, так что следует скорее вести речь не о взаимодействии, а об отгораживании, предполагающем лишь случайные, чисто внешние столкновения собственников. Договор в этом случае — действительно факт сугубо произвольный и ничего не добавляющий к содержанию самой собственности³.

Отличие гегелевской концепции в том, что договор, взаимодействие воли противоположных субъектов создает право собственности, которое до этого взаимодействия двух (по крайней мере) лиц еще не развернулось, не существует.

Следствия из теории Гегеля очевидны: собственность увязывается исключительно с обменом. Идея очень продуктивная, она имеет множество подтверждений в эмпирическом материале и еще больше фактов позволяет понять. (Например, хорошо объясняется специфика восточного общества, в котором неразвитый, нетотальный товарный обмен сочетается с переходными, «нечеткими» формами собственности.)

В конце концов постоянно выполняемое всеми юристами обязательное упражнение на проверку соответствия принятого конкретного решения нуждам оборота в своей основе опирается именно на глубоко усвоенную прочную связь права с товарным обменом.

Позитивное право также сориентировано главным образом на меновое происхождение собственности, ведь наиболее совершенным доказательством собственности остается именно ненарушенная цепь сделок по приобретению вещи, а не производство ее, которое имеет факультативное значение для обоснования титула и обычно требует усиления договором⁴.

¹ Локк Дж. Указ. соч. С. 288.

В том же плане высказывается и Г.В. Вернадский, полагающий, что «когда количество земли становится ограниченным, на нее устанавливается частная собственность» (*Вернадский Г.В.* Киевская Русь. М.; Тверь, 1996. С. 120). Но в любом случае сама по себе земельная теснота едва ли может считаться первоисточником собственности хотя бы потому, что сначала возникла собственность в отношении движимых вещей, а затем и по уже существующей аналогии — собственность на недвижимость.

² Лавров П.Л. Очерки вопросов практической философии // Русская философия собственности. СПб., 1993. С. 85.

³ В своих рассуждениях Дж. Локк опирался на доводы умозрительно исторического характера. Поскольку нам волей истории пришлось пережить появление рынка в реальности, мы можем заметить, что в действительной истории независимо от субъективного отношения к ней именно возрождение юридической собственности приводит к бурному строительству оград и заборов, а не наоборот.

⁴ Захват вещи после распространения правосубъектности на всех людей, в том числе чужеземцев, вовсе утратил значение актуального основания собственности и отзывается только при углублении в основы права, в генезис собственности.

Возражения против концепции «право собственности – договор» со стороны юристов могут последовать в принципе с довольно банальных позиций «преувеличения роли договора». Ведь реализация собственности именно в качестве абсолютного права происходит и при завещании, других односторонних действиях¹ и, наконец, при уничтожении вещи. Здесь уровень аргументации, конечно, снижается и только поэтому можно было бы ее проигнорировать, ведь общетеоретическое, философское обоснование собственности исходит из кардинальных свойств предмета, допуская привлечение периферийных уже по аналогии. Действительно, завещание (односторонняя сделка) предполагает вступление в наследство (вторая односторонняя сделка), а две односторонние сделки можно уже рассматривать как своего рода договор. (Кстати, проблема стипуляции, в которой подчеркнута пассивность одной из сторон, занимала Гегеля как раз в связи с его взглядами на собственность-договор.) Что касается уничтожения вещи, то во многих случаях это право ограничено и т.д. Но дело в другом. В том и состоит трудность выявления сути собственности, что в реальном законодательстве она везде выступает сама по себе, без связи с договором, наследованием и т.д. Да и договор у Гегеля – это не конкретный гражданский договор, а вообще волевое отношение всех субъектов рынка друг к другу – отношение, сутью которого является взаимное признание другого абсолютным собственником его имущества как предпосылка вступления с ним в отношения обмена (ведь невозможно же меняться с тем, кого я не считаю собственником).

Поэтому и критика Гегеля с позиций закона достаточно бесплодна и всегда будет приводить лишь к воспроизведению существующей структуры позитивного законодательства без углубления в суть права.

Может быть, напротив, Гегель заслуживает упрека в слишком буквальном следовании вполне позитивистской триаде собственности. Действительно, начинает он с владения, затем упоминает пользование и заканчивает распоряжением, заменив его, правда, договором (то, что договор здесь взят как распоряжение, безусловно, не вызывает сомнений). Конечно, для юриспруденции договор – только один из возможных способов распоряжения, и заслуга Гегеля в том, что он произвел эту замену, сразу перевернув всю конструкцию и сделав возможным отождествление собственности и договора.

¹ Здесь, может быть, парадоксальным образом возникает вопрос: связан ли договор с обменом? Ответ, конечно, очевиден. Тем не менее следует отметить всегда заметный особый статус односторонних договоров в праве. Особенно хорошо видна эта проблема в английском праве, где длительное сохранение древней формы «договора за печатью» (specialty, deed) объяснялось тем, что договор без «встречного предоставления» (valuable consideration) сам по себе сомнителен и нуждается в дополнительном подкреплении, каким и служит форма «за печатью». Впрочем, предоставление не должно быть эквивалентным; В.А. Рясенцев повторял известное высказывание: достаточно стручка перца, чтобы договор был признан имеющим встречное предоставление.

Д.В. Дождев замечает, что «чем эквивалентнее отношение по поводу вещи, чем больше взаимность, тем прочнее этот режим совместной принадлежности. Степень соответствия принципам *boni et aequi*, *fides* и *amicitia* определяет неактуальность позитивно-правового регулирования таких отношений» (Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. С. 174). Попутно отметив, что под «режимом совместной принадлежности» можно понимать эмбрион, из которого развивалась собственность-договор, мы обнаруживаем здесь и то несовпадение позитивного и естественного права, которое весьма существенно для философии права Гегеля и вообще для философии права.

Естественно после этого, что лежащее в основе гражданского права деление на вещные и личные права Гегель называет «нелепостью и бессмысленностью»¹. Там же, правда, он делает вполне тривиальное замечание, что «только *личность* имеет право на *вещи*, и поэтому личное право есть по существу *вещное право*... объективно право, основанное на договоре, есть право не на лицо, а лишь на нечто ему внешнее или право на нечто отчуждаемое от него — всегда право на вещь»². Проблема дуализма гражданского права, тесно связанная с сущностью права собственности, поэтому только обозначена, но не решена.

Признанию за концепцией Гегеля качеств универсальности мешает не только игнорирование ею дуализма права, причем одной оговоркой о случайном историческом возникновении дуализма здесь нельзя ограничиться уже потому, что сильно чувствуется глубинная онтологическая основа этой дихотомии, при том, что Гегель в других случаях достаточно чуток к фактам истории, т.е. реального развития.

Еще важнее то, что Гегель строит свою конструкцию, исходя из равномерно атомистического общества³, которое скорее идеальный конечный продукт юридического развития, но, конечно, не действительное состояние, в котором происходил генезис права. В частности, в действительной истории первичным (простейшим) индивидуальным договором считается не обмен (мена) или купля-продажа, как полагал Гегель, следуя в этом за идеологией Просвещения, а дарение, хотя такое дарение — не безвозмездная передача имущества, а способ установления связи, т.е. своеобразный обмен: «В элементарных обществах, где внутри группы не существует никакого механизма социально-правового контроля, индивидуум, желающий завязать какие-либо отношения с другим индивидуумом, может сделать это, лишь передав второму индивидууму какую-либо вещь или оказав ему какую-либо услугу, причем нет никакой гарантии, что первый индивидуум получит что-либо в обмен на свою вещь или услугу»⁴.

Ницше еще не был знаком с ролью дара в становлении социума, но уже обнаружил тот антропологический подход к праву и экономике, который стал одним

¹ Гегель Г.В.Ф. Философия права. С. 100.

Этот выпад Гегеля направлен не столько против позитивного права, сколько против Канта с его делением прав на вещные, личные и вещно-личные (к последним он относил право «владения предметом как вещью и пользование им как личностью», что вызывало особенно резкие возражения; подробнее см.: Баскин Ю.Я. Кант. М., 1984. С. 27; Кант И. Указ. соч. С. 42 и сл.).

Тройственного деления придерживался в соответствии с юридическими реальностями времени и Д.И. Мейер (Русское гражданское право. Ч. 1. М., 1997. С. 139, 225 и сл.), хотя обнаруживал заметные колебания в части выделения «прав на лица».

² Гегель Г.В.Ф. Философия права. С. 100.

³ Несомненно, это дало повод М. Фуко, обсуждая гегелевские штудии Ж. Ипполита, спросить: «...если философия действительно должна начинаться как абсолютный дискурс — как быть тогда с историей?» Но не менее важен другой вывод М. Фуко: невозможно «реально освободиться от Гегеля, нужно точно оценить, чего стоит это отдаление от него, нужно знать, насколько Гегель, быть может каким-то коварным образом, приблизился к нам; нужно знать, что все еще гегелевского есть в том, что нам позволяет думать против Гегеля, и нужно понять, в чем наш иск к нему является, быть может, только еще одной хитростью, которую он нам противопоставляет и в конце которой он нас ждет, неподвижный и потусторонний» (Фуко М. Воля к истине. М., 1996. С. 92, 95).

⁴ Рулан Н. Юридическая антропология / Пер. с фр.; Отв. ред. В.С. Нерсесянц. М.: Норма, 1999. С. 130. Автор формулирует, пожалуй, очевидный тезис о том, что договорные отношения актуализируются для лиц, менее связанных между собой, причем «чем больше стороны связаны между собой общностью жизни, тем менее выражен договорный аспект их отношений» (С. 132).

из наиболее важных достижений в познании общества в XX в. Ницше, расценивая договорные отношения как «рассадник мира моральных понятий»¹, заметно углубляет и, конечно, эмоционально усиливает аргументацию Гегеля: «Чувство вины, личной обязанности проистекало, как мы видели, из древнейших и изначальных личных отношений, из отношения между покупателем и продавцом, заимодавцем и должником; здесь впервые личность выступила против личности, здесь впервые личность стала тягаться с личностью. Еще не найдена столь низкая ступень цивилизации, на которой не были бы заметны хоть какие-либо следы этого отношения.

Устанавливать цены, измерять ценности, измышлять эквиваленты, заниматься обменом — это в такой степени превосходило начальное мышление человека, что в известном смысле и было самим мышлением... Купля и продажа, со всем их психологическим инвентарем, превосходят по возрасту даже зачатки каких-либо общественных форм организации и связей: из наиболее рудиментарной формы личного права зачаточное чувство обмена, договора, долга, права, обязанности, уплаты было перенесено впервые на самые грубые и изначальные комплексы общины»².

Эти высказывания Ницше идут заметно дальше высказываний Гегеля. В них обнаруживается и попытка устранить одну из гегелевских трудностей — выпадение первичных общинных связей из генезиса собственности и договора. Ницше переносит договор на самую раннюю стадию становления человека, который становится в соответствии с этой логикой «оценивающим животным»³. Но ведь это само по себе не значит, что община не участвовала в этих договорах, тем более, что из них она формировала и свои «изначальные комплексы» воздаяния и справедливости.

Возможно, поэтому Ницше не рассматривает договор как продукт свободной воли, а напротив, подчеркивает, что «материальное понятие «долгов» предшествуют вине (моральному «долгу»), а возникшее из договора возмездие (как эквивалент) никак не связано со свободой воли»⁴.

В такой интерпретации, внешне повторяющей подходы Гегеля (это, конечно, не случайно), открывается возможность устранения детерминистских крайностей «Философии права», в том числе и в части важнейшего для системы права дуализма гражданских прав.

При сколько-нибудь внимательном прочтении в рассуждениях Ницше обнаруживается больше исторической правды. Ведь если архаичный договор предшествовал всякой дифференциации сознания, был только носителем материальной возмездности, то его становится непросто нагружать сложным волевым содержанием, той развитой рефлексией, которая приводит — через взаимность — к признанию собственности. Соответственно и сами эти идеальные продукты договора становятся возможно перенести на позднюю ступень, как это и вытекает из конкретного исторического материала, остающегося главным арсеналом аргументов, разрывающих гегелевскую теорию.

Дихотомию, по-видимому, нужно увязывать с той пропускаемой Гегелем сферой, в которой сосредоточено сопротивление становящемуся праву архаичных форм

¹ Ницше Ф. К генеалогии морали // Соч. В 2 т. Т. 2. М., 1990. С. 445.

² Там же. С. 449–450.

³ Там же. С. 450.

⁴ Там же. С. 443 и сл.

социально-вещной общности, «независимых сакральных и потестарных центров», границы между которыми размывались, взламывались, когда «чужая вещь, прежде недоступная из-за сакральной определенности ее бытия»¹, вовлекалась в обменную сделку.

Приведем, например, наблюдение Д.В. Дождева о фидуциарных, дружеских контрактах, которое интересно как тем, что в силу своего резюмирующего характера приобретает общее значение, так и тем, что по конструкции переключается с формулировками из «Философии права»: «Гражданская форма, в которой устанавливается обязательство, в древности представляла собой ритуал социально значимого обмена ролями в связи с вещью. Проявление интереса к вещи служит средством введения ее в сферу гражданского интереса; внимание к распорядительным способностям ее хозяина конституирует властные полномочия собственника, в этом контексте претензия на роль распорядителя понимается как подчинение, готовность признать значение воли другого, отказ от самого себя. Согласование воли по поводу вещи ведет к взаимной утрате независимости по отношению к вещи. Переход держания из рук в руки внутри такого союза оказывается иррелевантным для социума»².

Здесь хорошо видно, как в условиях нераспавшихся форм общности тот же процесс взаимного обмена ролями, который рождает и собственность, и договор у Гегеля, приводит совсем к другому результату – к установлению иной зависимости, поглощающей в значительной мере и вещный эффект.

Еще в меньшей степени в гегелевские конструкции вписываются вещные взаимоотношения с чужаками, которые по самой своей сути не могли иметь ни юридической, ни тем более предшествовавшей ей сакральной оболочки.

Отсюда неизбежно возникает предположение, что и дуализм права, по-видимому, коренится в этих опущенных первичных, архаичных отношениях, тогда как в абсолютно атомистическом обществе (остающемся идеальной моделью конституций и кодексов, но не точным отражением какой-либо из известных реальностей) могло бы осуществиться и показанное Гегелем тождество собственности и договора.

Видимо, идея происхождения собственности из обмена, имеющая ближайший источник в идеологии Просвещения, нуждается в определенных коррективах с учетом тех фактов, которые решительно ставят под сомнение первичность обмена и которые показывают, что первой формой передачи вещей был дар.

Конечно, дело не в том, что одна юридическая форма заменяется другой (если их представить как традиционные договоры, то замена и вовсе не кажется принципиальной – все происходит в рамках одного раздела или главы Гражданского кодекса). Во-первых, архаичный дар не сводим к юридической форме, к договору. А во-вторых, и это важнее, речь идет о довольно существенном изменении оценки собственности.

Вещь, передаваемая посредством дара и в рамках системы даров, не служила удовлетворению потребности. Более того, стороны и не предполагали ее потребления. Результатом дара было установление определенной связи между дарителем и одаряемым. В основе системы даров лежало фундаментальное представление о тесной

¹ Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. С. 160.

² Там же. С. 174.

связи лица и вещи, проявлении в вещи личных качеств и возникновении на почве такой связи зависимости между владельцем вещи и ее прежним обладателем. Это представление до сих пор остается одним из идейных источников собственности. Система даров была формой циркуляции вещей и одновременно являлась способом строения социальной иерархии. Ж. Бодрийяр, строящий свои выводы на почве идей М. Мосса, говорит о «глубинном социальном принуждении», заставляющем людей приобретать имущество как носитель социальных знаков с целью «символической демонстрации», собственной легитимации, социального доверия¹.

Собственность с самого начала выступала как средство социальной организации, вещь непосредственно — как выражение социального статуса, сосредоточение власти/подчинения. Не было никакой нужды в той демистификации товара, которой был увлечен Маркс: товара, т.е. заменимой, равной другой вещи, и не было; все вещи были уникальны и наделены личными свойствами. В этом смысле демистификация товара — это известное обращение к архаике, к собственному подсознанию.

Чрезвычайно важно, что возложение на вещь функции социальной организации предполагало непотребляемость вещей, а следовательно, обращение *лишних*², не требующихся для поддержания жизни вещей. Это обращение лишних вещей, а значит, и распространение отношений собственности (= выражению в вещи личных качеств) на излишки³, на то, что не служит непосредственному поддержанию жизни, указывает место собственности в фундаменте человеческой культуры.

¹ Бодрийяр Ж. К критике политической экономии знака. М., 2003. С. 42. Французский мыслитель говорит о современном обществе, поэтому речь идет о «глубинном» принуждении. Действительно, отсутствие знаковых вещей (следует иметь в виду, в отличие от парадигмы традиционного общества, ориентированного на неизменные имущественные знаки — усадьбу, фамильные драгоценности и т.п., парадигму моды, когда сама новизна предметов становится знаком) предопределяет утрату субъектом места в той социальной группе, принадлежность к которой обозначается этими вещами. В современном обществе субъект может посредством немалых усилий найти себе место в иной группе: талант, например, может быть нищим; в пределе состоятельность даже может бросить тень сомнения на талант обладателя состояния. Но не нужно доказывать, насколько трудно достичь и сохранять подобную социализацию, насколько близка она к десоциализации и маргинальности; очевидно также, что сами эти диогеновские ниши возникают только в довольно развитых цивилизациях. Архаика едва ли позволяла достичь социального статуса иначе, чем посредством приобретения/раздачи имущества. Именно поэтому следует согласиться с тезисом о *принудительности приобретения имущества* и принять этот тезис как универсальное правило строения общественной структуры.

² Излишек может выражаться в наделении «необходимой» вещи функциями, выходящими за рамки потребления. Например, дом не только служит укрытием «от холода и зноя», но и выступает средством создания социальной иерархии за счет своего размера, украшения, внутреннего устройства, которые направлены на выявление и подчеркивание излишнего, не нужного в смысле потребления. И чем больше такого лишнего, тем больше вещь проявляет себя как фактор социальный, культурный, а не созданное для потребления строение.

³ Этот вывод в ходе довольно сочувственного обсуждения на заседании Научного совета при Отделе общественных наук РАН «Стратегия управления национальным имуществом» в марте 2004 г. с участием Е. Устюжаниной, В. Гребенникова, Г. Клейнера нашел, однако, довольно меланхолический отклик Д. Львова, нашедшего, что в теории собственности, выводимой из идеи даров излишнего, недостает альтруизма. (Дарение необходимого заслуживало бы большего уважения, как я смог понять этот тезис.)

Если на вопрос, может ли собственность возникнуть как проявление альтруизма и самоотвержения, ответ кажется ясным, то возникает другой более интересный вопрос о соотношении основ культуры (поскольку собственность, несомненно, участвует в строении культурного фундамента) и самопожертвования. Известно, впрочем, что идея жертвы является одной из образующих фундамент культуры. Остается лишь проследить ее развитие до идеи и практики самопожертвования.

Это позволяет понять, почему анализ собственности как необходимого для выживания продукта всегда приводит лишь к уравнильным идеям и отрицанию собственности. Между тем свою специфику собственность получает как излишнее, непотребляемое социальное качество.

В экстремальных условиях собственность редуцирует вместе с культурой.

В афоризме «человеку нужно не необходимое, а излишнее» акцент следует сделать на слове «человек».

Собственность является средством построения культуры не в том материалистическом (или просветительском) смысле, что излишки вещей дают возможность досуга, необходимого для создания нематериальных, идеальных ценностей (что является лишь одним из следствий культуры, а не самой культурой), а в том смысле, что излишки, которые не предназначены для немедленного потребления, сразу используются для строения системы связей, выходящих за рамки природных, естественных. Эти связи не только охватывают гораздо большее количество людей, выходя за пределы их данных природой отношений, но сами по себе выявляют более сложные и отличные от природных человеческие качества, фиксируют и развивают их, выстраивают иерархию, дающую преимущества и награждающую достоинства, не известные природе. Появляются и развиваются качества, выражающие эти связи, и эти качества оказываются собственно человеческими, социальными качествами, отличающими людей от природы и противопоставленными ей.

Человеческое сообщество может выделиться из природы только как организованное иным способом, чем естественный. Этим способом и является культура, что, вообще говоря, — бесспорный трюизм (иными трюизмы и не бывают). Более важно для нас, что культура, социальность создаются посредством обращения даров, т.е. излишков вещей. Если бы все производство на самом деле состояло в создании необходимого для поддержания физического существования, как иногда полагают, если бы производство определялось потреблением, т.е. все вещи имели бы исключительно материальное, природное значение, то собственности бы и не понадобилось. Такое производство и такая организация не нуждаются в таком механизме, как собственность, создающим и опосредующим устойчивые, обращенные в будущее отношения, которые противостоят природной непосредственности и моментальности, не знающей времени с его накоплением, излишками и овладением будущим посредством повторяемости.

Собственность создает культуру, в рамках которой и становится возможной все человеческое, в том числе и экономика, что часто упускают из виду, предполагая некие первичные производственные акты никак не связанных между собой людей. «Культура — это общая почва человеческого существования, которая по важности превосходит экономику: чтобы мы могли производить и обменивать вещи, мы уже должны обладать общим пространством культурного понимания, и всякое материальное производство в итоге паразитирует на этой почве»¹. В основе же культу-

¹ Жижек С. 13 опытов о Ленине. М., 2003. С. 168. Важно, что это в принципе очевидное высказывание сделано философом левой ориентации, что исключает подозрения в какой-либо апологии рынка (собственно, по своей направленности оно и отводит рынку подчиненную роль). Хочу отметить связь этой мысли с высказанными задолго до С. Жижека замечаниями М. Фуко о вторичности, зависимости обмена в широком смысле, как «всякой сообщаемости», от установления внешних границ, т.е. органи-

ры лежит социальная иерархия, которая невозможна без собственности¹. Понятно, что этот тезис оказался бы логически невозможным, если бы мы считали (а многие так и полагают) первичным товарный обмен и выводили далее собственность из обмена, подчиняя и обмен, и собственность идеологии необходимого.

Обращение к системе даров позволяет решить ряд сложных проблем, до сих пор трудно решаемых или даже вовсе не замеченных. Среди них – происхождение денег как обезличенных (абстрактных) вещей, лишенных связи с их обладателем. Кроме того, получает объяснение тот удивительный феномен, что среди классических договоров мены вовсе не было. Этот договор появился спустя несколько столетий после сложения древних форм договоров и с тех пор никогда не играл сколько-нибудь важной роли в системе имущественных договоров. Этот исторический факт находится в явном противоречии с принимаемым без критики тезисом о «первоначальном товарном обмене» как источнике всех юридических форм.

Дальнейший генезис собственности связывается с ее собственно юридическим оформлением. Этот процесс определялся противопоставлением ее краже, откуда и возникла идея воли собственника как единственного основания для передачи (завладения) вещью. Ситуация границы социума, являвшаяся одной из главных образующих идей архаичного сознания, привела к юридическому усвоению феномена захвата, т.е. включения вещи, полученной вне границы, в социальную систему связей. Захватчик легализовался как единственный хозяин вещи, поскольку его враждебный контакт с прежним обладателем, имевший место вне социума, не мог иметь никаких юридических вещных следствий. Отсюда возникла идея абсолютности, исключительности собственности. Именно эти качества и стали в дальнейшем определяющими.

Договор мог создавать первоначально лишь различные формы взаимозависимости и религиозной связи, из которых не возникала ни идея верховенства воли собственника, ни идея абсолютности и исключительности. Собственность, стало быть, не вышла из договора, вопреки тому, что об этом говорится в «Философии права» Гегеля. Не могло привести к установлению собственности и владение как

зации пространства, что можно вполне уверенно отождествлять с пространством культуры. (Эта идея будет затронута в дальнейшем изложении.)

Пolemический смысл процитированного высказывания С. Жижека сводится к тому, что паразитирующий рынок, «колонирующий и поглощающий культуру», «бессознательно истощает свои же ресурсы» (*Жижек С. Указ. соч. С. 168*). Не обсуждая сути этого вывода, хочу отметить, что собственности при этом отводится скорее страдательная роль, так как даже в том умозрительном ключе, в котором разворачивается рассуждение автора, собственность выступает как консервативный фактор, разделяя тем самым судьбы культуры. Во всяком случае, антиглобализм обычно опирается на риторику лишения «традиционного» вещного окружения обезличенными товарами, т.е. воспроизводит оппозицию вещи и товара, фиксирующую одну из форм несовпадения, противостояния собственности (выраженной в индивидуально-определенной вещи) и товара (вещи родовой, имеющей лишь число, существующей тем самым виртуально, т.е. совпадающей в определении с главным признаком глобализма: «...искусственная цифровая вселенная... испытывает нехватку исходной плотности жизненного мира» (*Жижек С. Указ. соч. С. 228–229*)).

¹ Приведу еще одно вполне очевидное и подтвержденное хорошо известным нам и автору, жившему при социализме, историческим опытом высказывание С. Жижека: «...если собственность перестанет играть ведущую роль, возникает опасность того, что ее постепенное исчезновение вызовет потребность в некоей новой (расистской или экспертной) форме иерархии, непосредственно основывающейся на качествах индивидов» (*Жижек С. Указ. соч. С. 175*).

фактическое господство над вещью. Владение сформировало, однако, идею недопустимости самоуправства и владельческую защиту независимо от права, которая позднее была расценена как «апофеоз идеи личности».

Сопоставление владения и собственности было одним из путей осмысления самой сути собственности как идеального отношения к вещи, как высшего права, не совпадающего с материальной субстанцией самой вещи.

Становление собственности происходило в столкновениях с товарным обменом, причем в этих столкновениях обнаружилась неродственность собственности и обмена. Возникающие коллизии примерялись различными паллиативными средствами, среди которых можно указать на приобретательную давность, добрую совесть и т.п.

Сохранение собственностью многих архаичных свойств, затрагивающих базовые социальные, психологические и эмоциональные основы личности, предопределяет весьма субъективное отношение к собственности, в широком спектре — от квалификации ее в качестве первородного зла до средства преобразования общества. Между тем тесная связь собственности с основами культуры и становлением личности в социуме приводит к выводу о невозможности искоренения собственности иначе, чем путем уничтожения культуры и личности. Во всяком случае насильственные способы решения проблем собственности могут иметь только деструктивный результат.

ГЛАВА 4

СОБСТВЕННОСТЬ И СПРАВЕДЛИВОСТЬ

Собственность стоит в ряду таких ранее возникших понятий, как имущество (имение), богатство (живот), как бы просвечивающих через собственность, и хотя в современном, в том числе юридическом, словоупотреблении они используются нередко как синонимы, архаичные значения более древних понятий сказываются на собственности, и это влияние на ее восприятие особенно важно, поскольку в нем преобладают предрассудки, ощущения, т.е. нерациональные, а значит, ускользающие от анализа черты.

Исторически первый пласт наиболее важных понятий, которые мы можем отнести к имуществу, связан с распределением и участием в распределении, каковы, например, счастье, доля, подчеркивающие близость к распределяющему источнику. Прочнейшей основой этих представлений является, по-видимому, тотемизм и тотемное сознание с его главным ритуалом, совпадающим с самим существованием совместного употребления жертвы, в котором одновременно соединены и непосредственное переживание единства, нерасчлененной общности, и источник жизни.

Распределяющая функция была, безусловно, важнейшей, сохраняющей жизнь. «Славянское «Богъ» легко может быть выведено из того же значения корня *bhag*, именно из значения делить»¹.

«Можно считать совершенно доказанным, что «бог» появляется в образе кравчего, расчленителя, раздатчика»².

«*Bhaga* имеет двойное значение «распределенного благосостояния» и «бога, который его распределяет»³. Связь слов «счастье», «доля» со значением участия в распределении, конечно, не вызывает сомнений.

Следующие значения, прежде всего богатство (с корнем *boh*), мы поэтому не можем отделить от удачного участия в распределении, а источник богатства, следовательно, не в обмене, а именно в хорошей доле (во всех смыслах этого слова). Перенесение этих функций на бога с одновременным усилением солярного божества связывается с «той исключительной ролью, которую играет государь в накоплении и распределении «жизни» (как в общекосмическом, так и в собственно социальном плане)»⁴.

Драматизм, конфликтность, заложенные в собственности, связаны главным образом с тем разрушением, которую она наносит тотему, разъединяя членов единого сообщества, которое для его членов остается единственным человеческим обществом, и через циркулирование имущества продолжая снимать, но никогда не снимая до конца, то кардинальное разделение мира на своих и чужих, врагов,

¹ *Потебня А.А.* Слово и миф. М., 1989. С. 473.

² *Фрейденоберг О.М.* Миф и литература древности. 2-е изд. М., 1998. С. 41.

³ *Вернадский Г.В.* Киевская Русь. М.; Тверь, 1996. С. 59.

⁴ *Элиаде М.* Трактат по истории религий / Пер. с фр. А. Васильева. Т. 1. СПб., 1999. С. 246. Нельзя ли отсюда вывести устойчивую связь между идеологией распределения и верой в доброго царя-спасителя?

которое является главным стержнем тотемной картины мира, а учитывая, что тотемизм не является чем-то «внешним относительно нашего собственного морального универсума»¹, сохраняет остроту и неустанно формирует и пополняет наш опыт. Но по мере того, как чужие становятся равными через имущество, свои становятся чужими, а значит, их имущество более не принадлежит всем объединенным в тотеме и не может быть средством спасения тотема перед лицом угроз — как природных, так и иных (при том, что это различие в рамках тотемизма и не проводится). Исходя из этого, известное изречение Леви-Строса: «Варвар — это прежде всего человек, верящий в варварство», учитывая его связь с обоснованием ксенофобии, можно, видимо, интерпретировать как: «Варвар — это человек, не верящий в собственность».

Это первобытное мировоззрение в рамках христианской доктрины приобрело характер противопоставления милосердия Господа и справедливости, «ибо одна только справедливость осуждает», как писал автор одного богословского трактата. Г. Берман показывает, как в учении Ансельма, «заложившего основы новой юриспруденции», было снято противопоставление милосердия и справедливости: «...справедливый порядок вселенной, *iustitia* или праведность Бога, требует, чтобы цена была уплачена. Милосердие — это дочь справедливости; оно происходит от справедливости и не может действовать против нее». Конечно, только милосердие дало человеку возможность спасения, несмотря на грехопадение. «Но Бог не поступает произвольно»; если бы было так, «то остался бы неустранным беспорядок, внесенный грехом в устройство вселенной»². Милосердие Бога, стало быть, не означает допущения хаоса как во вселенной, так и в поступках каждого, ибо они часть вселенной; ответственность и эквивалентность (как частный случай ответственности) становятся необходимыми условиями бытия. Ожидание Божьего милосердия, освобождающего от ответственности, остается главной угрозой праву и правопорядку, тем более когда на место произвольного Бога становится отличающийся еще большим произволом земной правитель. Но повторим: «Бог не поступает произвольно»!

Фома Аквинский полагал, что справедливость состоит в воздаянии каждому должного (но не равного)³.

Результатом этой революции стал вывод о том, что «Бог сам является правом, а поэтому право дорого ему», как сказано в «Саксонском зеркале».

¹ *Леви-Строс К.* Первобытное мышление / Пер. А.Б. Островского. М., 1994. С. 38. В этом смысле следует понимать и страстные выпады О. Фрейденаберг против стремления не замечать в современной социальной и духовной практике прочной связи с самой глубокой архаикой, в том числе описываемой в понятиях тотема.

² *Берман Г.Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М., 1998. С. 177–178. Отметим один из главных логических аргументов: если несправедливый не наказывается, он получает преимущество перед праведным; несправедливость оказывается сильнее праведности. А это значит, что вмешательство, терпение порождает неравновесие, дисбаланс.

³ Некоторая фразеологическая близость христианских догматов о справедливости известным коммунистическим лозунгам (формула, впрочем, была намеренно взята коммунистами из теологии) ни в коем случае не позволяет говорить о близости христианства и коммунизма, как это часто заявляют. Христианство (как и иные религии) призывало подать или даже раздать имущество, но оно никогда не допускало возможности *отобрать* имущество. Это прямо противоречило бы Восьмой заповеди — «не укради».

Идея воздаяния, являясь, видимо, одним из архетипов возмездности, выполняет сразу несколько социализирующих, т.е. устанавливающих и хранящих общество, функций: непосредственно связывает через обращение к воздающим богам всю объединенную религией¹ общность; требуя веры в справедливость от ожидающих ее, в то же время и замещает этой верой разрушающую социум активность (т.е. месть), обменивая божественное вмешательство на сохраняющую общество пассивность². Кроме того, воздаяние, конструируя причинность, дает обществу историю — память и смысл.

Вырождение идеи воздаяния приводит к тому, что на первый план выходят те свойства, которые выявляют в нем смысл возмездия. Рациональность возмездия представляется как равенство³, хотя генетическая их связь не очевидна; возмездие само по себе, выступая как способ лишения, экспроприации в широком смысле (захватывая не только лишение имущества, но и жизни), способно иметь собственную ценность как способ социальной организации. Его апелляции к равенству, стало быть, могут быть лишь попыткой задним числом обосновать право на существование, так как любое насилие не имеет в самом себе оправдания, и ближайший его довод — ответ на насилие. Обнаруживаем, что справедливость, апеллируя к равенству, прибегает к насилию. Кажется, эту связь между справедливостью и насилием как ее главным, пусть и потенциальным аргументом невозможно разорвать. Между тем собственность — это иерархия, культура и отказ от силы как способа организации; силе оставляются только функции разрушения, в том числе разрушения культуры, да иные ей и недоступны. «Любое ограничение культуры — подход террористический»⁴.

Наиболее серьезным основанием восприятия собственности как источника несправедливости оставалась многие века именно угроза физической гибели социуму, существующему на пределе исчерпания жизненных ресурсов, допустившему неравномерное распределение жизненных благ, соответственно и идеология справедливости наиболее комфортно чувствовала себя в сфере распределения. Однако «фундаментальная ошибка» всех проявлений этой идеологии, основанной на представлениях о необходимом, о некоем физиологическом минимуме, в том, что ее «сторонники смотрят на людей... как на существ, движимых исключительно животными импульсами... они не могут понять, что человек отличается от животных»⁵.

Любая эгалитарная идеология исходит из данности необходимого минимума, который берется ею за отправную точку, за точку критики богатства как превыше-

¹ Религия — это не столько объединение, сколько воссоединение («ре» — это повторение действия). Такое значение во всяком случае подчеркивает возобновляемый союз с богом и тем самым — актуальность, открытость этого союза, прочность которого зависит от обеих сторон (что создает дополнительное напряжение и в сфере осуществления справедливости).

² Отсюда такое острое переживание несправедливости как обмана. Обман — не только в несбывшихся чаяниях, но и в напрасности пассивности, покорной верности, которая продолжает восприниматься как плата и как выражение бессилия одновременно.

³ «В риторике возмездия имеются особые фигуры, которые служат всякий раз для утверждения равенства» (*Барт Р.* Мифологии. М., 2004. С. 128).

⁴ *Барт Р.* Мифологии. С. 82. Высказывание вполне очевидное, но имеет смысл его привести, если мы строили все рассуждение на иной мысли того же писателя, впрочем, столь же бесспорной.

⁵ *Мизес Л. ф.* Человеческая деятельность: трактат по экономической теории / Пер. с англ. Челябинск, 2005. С. 626.

ния необходимого. Однако необходимое, равно как и физический, естественный человек, — это фантом идеологии¹. «В действительности «прожиточный антропологический минимум» не существует: во всех обществах он определяется по остаточному принципу в соотношении с фундаментальной необходимостью некоего избытка — доли Бога, доли жертвы, излишней траты, экономической прибыли. Именно эти отчисления на роскошь негативно определяют уровень выживания, а не наоборот (идеалистическая фикция). Повсюду в определении социального богатства наличествует предшествование прибыли, выручки, жертвы, предшествование «бесполезной» траты по отношению к функциональной экономии и минимуму выживания»².

Необходимое, как и богатство, — продукт социальности, средство устройства общества, причем сначала появляется, конечно, богатство и как его мыслимая противоположность — необходимое, которое, стало быть, не является чем-то естественным, но лишь результатом вычитания из сложившегося социального положения и тем самым всегда социальным.

Но как только появляется богатство, противостоящее возникающим вместе с ним предметам «первейшей необходимости», выступающее, по словам средневекового автора, в совокупности «орудий суетного тщеславия — золота, серебра, чистокровных скакунов, бобрового или куньего меха, тяга к которым доводит нас до безумия»³, осуждение собственности уже не может иметь непосредственно спасительного смысла, а отождествляется с идеологией не столько имущественного, сколько социального, юридического равенства.

Чрезвычайно усложняющей картину остается принципиальная невозможность найти различие между богатством, т.е. вещами непотребляемыми, не поддерживающими естественное, природное бытие человека, и тем жизненным продуктом, который скорее отвечает смыслу доли, пропитания. Заложена здесь дилемма сама по себе фиктивна, ибо на самом деле за натуральным обоснованием необходимости скрывается общественное. Это, конечно, не означает отмены угрозы голода и физических бедствий, но заставляет понять, что эта угроза всегда сосуществует и нередко конкурирует с угрозой социального ничтожества и не исключает практики бессмысленных (если считать смыслом физическое выживание) трат, иногда присущей именно тем, кому угрожает голод.

Мне представляется весьма важной идея развития собственности из излишнего, не потребляемого имущества, понимая всю относительность и неясность этого противопоставления точно так же, как бесконечно далека от ясности *полезность* вещи, хотя для здравого смысла и многих теорий, в том числе — марксизма с его потребительной стоимостью, здесь все кажется очевидным. Отдаленной аналогией излишнего и потребляемого можно считать известное из права деление вещей на потребляемые и непотребляемые⁴. М. Мосс отмечал профанный рынок вещей по-

¹ Обязан отметить, что точно так же далеко не совпадает с натурой и понятие вещи. Об этом говорится в следующих главах.

² Бодрийяр Ж. К критике политической экономики знака. М., 2003. С. 75.

³ Дюби Ж. Европа в средние века. Смоленск: Полиграмма, 1994. С. 35. В известной нам истории богатство чаще всего и выступает как излишества.

⁴ Аналогия действительно довольно отдаленная. Свод законов Российской империи относил жемчуг к вещам тленными (Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и коммен-

вседневных, нужных для жизни, и обмен даров, подчиненный более сложным правилам строения социальной иерархии, правилам, создающим репутацию, социальный статус и т.п. То, что при выведении собственности из излишнего она отрывается от природной, онтологической основы, поскольку излишнее оказывается понятием решительно социальным, не кажется мне ведущим к каким-либо противоречиям: *собственность всецело и всегда социальна, не природна*¹. Апелляции к природе в рамках собственности лишены познавательной ценности и обычно скрывают либо теоретические несуразности и недоразумения, либо действительные идеологические мотивы, в том числе деконструктивные.

Еда как непосредственно поддерживающая жизнь имеет мало отношения к собственности и богатству. Это не означает, что она вообще вне социальности. У Р. Барта есть попутно выраженное замечательное высказывание: отношение к еде всегда остается моральным². Громадно количество ритуалов, связанных с изготовлением и употреблением пищи; даже если из них вычсть (что никогда нельзя делать совершенно точно) те, которые связаны с практиками жертвоприношения и/или гостеприимства, останется довольно много. Но среди этих социальных рефлексов еды (как пищи и как способа ее приготовления) будет весьма мало относящихся к собственности, в том числе и в той ее функции, которая выступает как средство устройства социальной иерархии.

Присвоенная некоторыми известными направлениями материализма монополия на критику собственности среди прочего вдохновляется как раз своей опорой на первичное, фундаментальное, которым и представляется материальное бытие. Это позволяет производить подмену первичного в бытии на важнейшее в существовании. Понятно, что эта неверная логическая посылка возможна лишь постольку, поскольку она охотно принимается для оправдания социального поражения и в качестве мотивов разрушительного реванша, хотя реванш и не всегда ищет конструктивных идей. Но можно заметить, что и сама идея первичности материального бытия, первичности необходимого перед излишним неверна.

Человек не существует биологически, и потому ни в каком случае не в состоянии отделить и противопоставить свое материальное, физическое и социальное бытие. «Каждая группа или индивид еще до того, как обеспечит свое физическое выживание, сталкивается с насущной необходимостью производства себя в качестве смысла в системе обменов и отношений. Одновременно с производством благ существует необходимость производить значения, смыслы, делать так, чтобы бы-

тариями русских юристов / Сост. И. М. Тютрюмов. Книга вторая. М., 2004. С. 42–43). По нашим представлениям, жемчуг все же выходит за рамки необходимого и затрагивает статус, тем самым генетически относится именно к богатству, т.е. к вещам, создающим и воссоздающим собственность.

Попытки с помощью классификации обнаружить необходимое на самом деле обречены. В том или ином отношении всякая вещь сможет вдруг обнаружить свою социальность. Именно поэтому тщетны и попытки вывести какие-либо вещи за пределы объектов права по признакам ее принципиальной не-социальности, хотя сами по себе юридические исследования в области сваленных и брошенных вещей представляют немалый интерес. До сих пор этим занимаются, кажется, только социологи. Во всяком случае подобные исследования едва ли могут быть свободны от моральных, пусть даже и скрытых, оценок, что возвращает нас к проблематике справедливости и собственности.

¹ Обнаружение зачатков владения у животных (уважение чужого ареала, скажем) скорее говорит о зачатках у них социальности.

² Барт Р. Империя знаков. М., 2004. С. 20.

тие одного-для-другого существовало прежде, чем один и другой существуют сами по себе»¹. Собственность первична, стало быть, не в смысле обеспечения физического бытия (для этого она не нужна), и *как отношение по присвоению необходимо-го собственность и не возникает*. Не следует поэтому снова впадать в ту ошибку, на которой выстроена марксистская политэкономия.

Собственность первична, поскольку первично для человека социальное отношение иерархии, различия в значении (ибо знак как выражение тождества невозможен либо возможен лишь в условиях неравенства, и тогда он становится также и знаком нетождества)².

Нельзя не понимать, что справедливость как уравнительное распределение может выступать только как тотальное правило, охватывающее все материальные ресурсы. Это правило не терпит исключений по самой своей сути (всякие практические его воплощения всегда и терпят крах из-за исключений, которые случаются всегда). Ведь все ускользнувшее от равного распределения присваивается по иному принципу, т.е. неравно. Тем самым рушится конвенция, заставляющая терпеть лишения только потому, что их терпят *все*. Но абсолютные принципы могут существовать только в узкой сфере. «Чем более ограниченной является область действия принципа, тем с большей вероятностью его можно назвать абсолютным»³. Поэтому уравнительность может фактически реализоваться лишь в отдельных областях, лишь постольку, поскольку она отказалась от абсолютности. Но тогда она становится частным правилом и утрачивает свое право абсолютной критики. Надо сказать, что в этом качестве частного правила, лишенная разрушительности и агрессии, уравнительность не представляет угроз и может так или иначе становиться фактом общественной жизни.

Критика собственности, т.е. богатства (не случайно для деконструктивной критики они тождественны), как иерархии с позиций необходимого, с позиций поддержания физического бытия, т.е. с позиций потребления как настоящей и единственно оправданной цели собственности⁴, не может не иметь разрушительных для культуры тенденций. Особого пафоса она достигает в эпохи кризисов, потрясений, когда мощные атавизмы принудительного распределения всегда неизбежно оживают и без особых усилий сметают хрупкую ограду собственности.

Замечательно, что при этом всегда рушатся также основы культуры, всякое усложнение отбрасывается, торжествует опрощение, разнообразие редуцируется. Голодный мир однообразен.

Идеология тотальной национализации — частный случай такой критики, именно своей тотальностью она выдает связь с духом уравнительности. Даже при несомненно доказанной неэффективности государственной собственности и губи-

¹ Бодрийяр Ж. Указ. соч. С. 68.

² Выявление неравенства, неодинаковости индивидов, как подчеркивает Ж. Бодрийяр, тем самым предполагает и обмен как выявление недостающего, ибо тождество исключает, конечно, обмен. «Логика дифференциации» (Ж. Бодрийяр) является логикой обмена. В этом смысле можно говорить, что собственность как установление неравенства создает и обмен. Но тогда собственность — условие обмена, но не наоборот.

³ Дворкин Р. О правах всерьез / Пер. с англ. М., 2004. С. 353.

⁴ Ж. Бодрийяр цитирует Веблена, который определяет представления, согласно которым целью приобретения является потребление материальных благ, «наивным смыслом значения» (native meaning) (Бодрийяр Ж. Указ. соч. С. 69).

тельности уравнительности эта идеология обнаруживает свой источник именно в противостоянии сложившейся социальной иерархии, в готовности разрушить эту иерархию, даже если при этом рухнет весь правопорядок. Национализация, воспроизводя на более низком и более примитивном уровне новую иерархию, в которой верхние страты занимаются бюрократией, воспроизводит новое противостояние, в котором уже объединяются как силы дальнейшей уравнительности и примитивизации, борющейся теперь уже с «начальством», так и тающие либеральные силы, выступающие за усложнение устройства общества.

Таким образом, всякое движение за перераспределение богатства становится движением за перераспределение бедности.

Свойство собственности организовать, упорядочить общество, охватить все смыслы, создаваемые вещами и их отсутствием, трудом и праздностью, позволяет сделать вывод о тотальности собственности. Но и любое отрицание собственности становится отрицанием тотальным, отрицанием всего человеческого.

Перед лицом натиска уравнительности, черпающего свой эсхатологический пафос в торжестве разрушения, остаются лишь доводы крайнего, последнего смысла. Русской философией, никогда не чуждой отечественной эсхатологической традиции, они изложены так: «процесс развития мучительно медленный, и в нем неизбежны стороны, обидные своей прозаичностью и мелочностью». Но «должен до конца совершиться нейтральный прогресс очеловечения человечества, элементарного освобождения человеческих сил». «Задача истории — в творческой победе над источником зла, а не в благополучии. Для свободы выбора человечество должно: 1) стать на ноги, укрепить свою человеческую стихию и 2) увидеть царство правды и царство лжи, конечную форму обетований добра и обетований зла. Первое условие достигается нейтральным гуманистическим прогрессом, элементарным освобождением человечества»¹.

Соответственно и «задача права вовсе не в том, чтобы лежащий во зле мир обратился в Царство Божие, а только в том, чтобы он — до времени не превратился в ад»².

Только оставаясь на этой почве «нейтрального гуманистического прогресса и элементарного освобождения человечества» мы можем уверенно утверждать, что собственность — не зло, а если и не конечное добро, то во всяком случае путь к добру, и иного пути не найдено.

Как говорит Ж. Карбонье, «право не есть Зло, но оно не существует без этого последнего... В конечном счете право есть стигмат нашего несовершенства»³, а «совершенство, — продолжает М. Элиаде, — не от мира сего; оно не есть наш мир и приходит к нам из иных пределов»⁴. Нельзя не заметить, что иерархия, неравенство, всегда приносимые с собственностью и ее посредством, по-видимому, все же не сочетаются с идеей совершенства как крайнего качества, не знающего степеней и ступеней.

¹ Бердяев Н.А. *Философия свободы. Смысл творчества*. М., 1989. С. 175–176.

Этому подходу очень созвучно высказанное М. Мамардашвили предположение, что, по мысли Канта, в мире вообще не было никогда истинно морального действия.

² Соловьев В.С. *Оправдание добра* // Соч. В 2 т. Т. 1. М., 1988. С. 454.

³ Цит. по: Рулан Н. *Юридическая антропология* / Пер. с фр.; Отв. ред. В.С. Нерсесянц. М., 1999. С. 299.

⁴ Элиаде М. *Указ. соч.* Т. 1. С. 53.

Моральная нейтральность собственности, нейтральность права, играющие, конечно, одну из центральных ролей в становлении человечества на ноги, делают излишним и, пожалуй, неверным всякий пафос при изложении основ их возникновения и бытия, но такой пафос становится оправданным, когда речь идет о противостоянии попыткам упразднения собственности и права, значит, попыткам не допустить «элементарного освобождения» человека.

Установленная так самооценностью собственности позволяет вернуться к справедливости уже в этих рамках. Многозначность и многофункциональность справедливости, без сомнения, требуют таких уточнений.

Справедливость приобретает юридическое значение, естественно, через свою ключевую идею равенства. Равенство может выступать как *право*. «Наиболее фундаментальным из всех прав является определенным образом истолкованное право на равенство»¹. Конечно, признание этого приводит нас в достойное общество людей, которые «не считают право в его нынешнем виде абсолютно справедливым»².

Право на обращение как с равным состоит не в том, «чтобы получать равную долю некоторого блага или некоторого бремени», а в том, «чтобы по отношению к данному человеку проявлялось то же уважение и та же забота, что и по отношению к любому другому»³.

Развитие этого принципа становится предметом кодексов и конституций, делом юристов. Ведь теперь не делятся материальные ресурсы, но защищаются права, возникшие у каждого из его собственных действий. Презумпцией юридического взаимоотношения людей становится тем самым предположение, что богатство общества — в людях, а не в природных ресурсах.

Справедливость, однако, означает прежде всего исключение случайности, упорядоченность. Несправедливым, не устает подчеркивать Ф. Хайек, является невыполнение должного. Как замечал Мизес, «конечным критерием справедливости является содействие сохранению общественного сотрудничества», «мирному порядку в обществе» (М. Райнштейн)⁴.

В этом смысле нельзя не заметить связь современной уравнительности с атомизацией. Чем менее надежна опора на социальные связи, на сотрудничество, чем менее устойчив правопорядок, чем менее предсказуемо поведение социальных механизмов (сплошная невероятность судебных решений в нашей стране — самый яркий пример тому), тем выше требования уравнительности. Но при этом она несколько не способствует сотрудничеству, углублению общественных связей, установлению мирного порядка (заменяя его порядком, основанным на насилии, который порядком, конечно, не является) и потому только углубляет несправедливость.

¹ Дворкин Р. Указ. соч. С. 12.

² Там же. С. 131.

³ Там же. С. 309.

⁴ Цит. по: Хайек Ф.А. ф. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Пер. с англ. М., 2006. С. 563.

ГЛАВА 5

ДУАЛИЗМ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И ПРОИСХОЖДЕНИЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

Может быть, ни одна другая проблема не важна так для понимания собственности и права в целом, как проблема дуализма гражданского права, т.е. деления его на вещные и обязательственные права и институты¹.

Суть дуализма — в его непреклонной строгости, в невозможности любого наличного права быть одновременно и тем, и другим. Судьба каждого права, каждого спора изначально зависит от того, какое это право — вещное или обязательственное. Нередко предпринимаемые с частными целями попытки примирения этих прав, устранения их дискретности приводят обычно к трудностям, не сопоставимым с получаемым эффектом.

Разделение гражданского права прослеживается во всех правовых системах начиная с римского права с его делением на права (иски) *in rem* и *in personam*.

Известно, что в английском праве дуализм выражен слабее, как и вообще слабее определена система права. В. Ансон в своем классическом «Договорном праве» цитирует высказывание Блекстона о том, что договорное право — скорее часть права собственности, которое едва ли говорит в пользу признания дуализма, если только таковым не считать само различие договора и собственности.

Непосредственным поводом такого высказывания, возможно, является известная из ранней истории общего права практика защиты обязательств (за неимением подходящих договорных исков) в форме исков о собственности, когда от должника (хранителя и пр.) вещь истребовалась по иску о недолжном удержании².

Например, по аналогии со средствами защиты собственности и владения, канцлер стал выдавать предписание (*writ*) о взыскании долга (при этом деньги, не возвращенные должником, истец «считал своей собственностью»), о возврате земли или движимого имущества, заложенного под обеспечение обязательства, впослед-

¹ Вещное право, как принято считать, предоставляет непосредственное господство над вещью, т.е. дает возможность воздействовать на вещь и (или) исключать чужое воздействие.

Обязательственное же право направлено на конкретное лицо, это — право требования, право на исполнение, на удовлетворение имущественного интереса посредством действия другого лица. Хотя часто обязательство имеет в виду вещь, но непосредственно на вещь оно не направлено, это всегда требование к лицу.

Как-то мне пришлось возражать против иска «о признании обязательственных прав на имущество общества», которое к моменту предъявления иска уже не существовало; впрочем, имелось правопреемство. Истец, не желая обсуждать обязательства наличного правопреемника, настаивал на своем требовании, несмотря на то что имущество в отсутствие лица никак не может совершать действия, как то требуется понятием обязательства (ст. 307 ГК РФ). Иск был, конечно, судом отклонен, а дело может служить хорошим пособием для усвоения того, что с исчезновением лица обязательство также исчезает, а слова «личный характер обязательства» нужно понимать буквально.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 1997. С. 215–216.

ствии выполненного. Затем на базе в принципе вещно-правового writs of trespass (предписания по поводу насильственного нарушения границ земельного участка) стала даваться защита по поводу присвоения движимого имущества, оскорбления действием, и так в «конечном счете сформулировалась большая часть нового английского и американского права возмещения вреда и договоров»¹.

Э. Аннерс объясняет отход от дуализма классического права также тем, что в общем (и вообще в средневековом) праве, в отличие от римского, резко различались права на движимость и недвижимость, причем недвижимость охватывалась ленным правом на землю, сильно повлиявшим на общее право. Вследствие этого деления Бректон, создавая систему исков в XIII в., «ограничил право собственности только правом на недвижимость и связанными с нею другими правами. Притязания на движимое имущество должно было, напротив, осуществляться через *actiones in personam*»².

Впрочем, английским юристам не чуждо выделение прав личных и прав собственности. Так, А. Смит пишет: «Острое теоретическое различие проводится английским правом между, с одной стороны, чисто личными правами (*personal*) и, с другой, — правами собственности (*proprietary*). Для ежедневных целей это различие неважно, однако если случилось банкротство, кредитору важно, чтобы его право было «собственностью», а не чисто личным (здесь автор ссылается на работу R.M. Goode «Ownership and Obligation in Commercial Transactions». — К.С.). Однако в контексте закона о краже различие может быть решающим, т.к. этот закон стремится защитить интересы собственности скорее, чем понудить к исполнению личного обязательства»³.

Но слабо артикулированная система английского права и соответствующая ей теория, избегающая обобщений в силу свойственного протестантизму эмпиризма, позволяют обходить эту проблему в целом.

В конечном счете своеобразие общего права проявляется в том, что дуализм здесь выражен «иначе», как заметил У. Маттеи, но «та же идея <дихотомии> обнаруживается и здесь, когда речь заходит о способах защиты — исках реальных (*in rem*) и персональных (*in personam*)»⁴.

Но для всякого права (и здесь *common law* — не исключение⁵) остается неизбывным положение, что на одну вещь имеется только одно тождественное право, тогда как одинаковых прав к лицу можно предъявлять сколь угодно много⁶. Явля-

¹ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М., 1998. С. 424.

² Аннерс Э. История европейского права / Пер. со швед.; Отв. ред. В.Н. Шенаев. М.: Наука, 1994. С. 201–202.

³ Smith A.T.H. Property Offences. London: Sweet & Maxwell, 1994. P. 5.

⁴ Маттеи У., Суханов Е.А.. Основные положения права собственности. М., 1999. С. 64.

⁵ См., например, гл. IV ч. VII «Договорного права» (Ансон В. Договорное право. М., 1984), названную «Вещные средства защиты».

⁶ Тестом на сопоставимость системы общего и континентального права является также практика международного частного права. Она, в частности, позволяет сделать вывод, что приспособление англосаксонского разграничения на *reality* и *personalty* к вопросу «о том, является ли предмет права собственности движимым или недвижимым имуществом, обычно не вызывает труда». Сложнее обстоит дело с применением «имущества во владении» (*choses in possession*), т.е. материальных предметов и «имущества в требованиях» (*choses in action*) (долги, патенты, авторские права, ценные бумаги и др.), однако и здесь конкретные решения находятся (Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Под ред. М.М. Богуславского. М., 1982. С. 323–327). Можно заметить, что в римском праве также выделя-

ется ли это, кажется, предпосланное праву различие следствием неисчерпаемости человека в пространстве и времени (по крайней мере, право воспринимает человека без ограничений, как космос) либо оно носит также исторический характер, но оно, безусловно, фундаментально.

Нельзя просто отмахнуться от дуализма как от «удобной», а значит, произвольной, классификации уже потому, что, как верно заметил К. Леви-Строс, «принцип, лежащий в основе классификации, никогда не может быть постулирован заранее; его можно открыть лишь *a posteriori*...»¹.

Я. Шапп сопровождает утверждение о том, что «данное различие, существующее более 2000 лет, выполняет очень важную упорядочивающую функцию в разрешении конфликтов», ссылкой на суждение М. Казера: «Противопоставление *actio in rem* и *actio in personam* следует рассматривать как естественное состояние»².

По способу установления обязательственное право отлично от права собственности тем, что всегда может указать на своего должника потому, что может и должно указать на тот юридический факт, который и создал долг (и должника). А собственность может возникнуть и без факта, указывающего на утрату прежним собственником своего права, опираясь только на длительное пребывание вещи у владельца, на историю собственного владения³.

Онтологически⁴ дихотомию можно, по-видимому, вывести из принципиально-го несовпадения, нетождества человека и вещи (это отражено в одном из наиболее универсальных юридических определений вещи как всего, что не является человеком, хотя перевернуть это определение, надо заметить, не удастся)⁵. В более широком контексте это — дуализм человека и природы, поэтому, когда Г. Берман заявляет, что «природа стала собственностью. Экономические отношения стали договором»⁶, он вновь воспроизводит дуализм частного права. Конечно, это разделение человека и природы не является ни первичным, ни естественным.

Кажется, Эйнштейн говорил, что мышление начинается с базовых физиологических импульсов. Но эти базовые импульсы дают нам лишь отдельного воспри-

лись бестелесные вещи, и наличие дуальных оппозиций. Специфика общего права, как можно видеть, не препятствует определению способа защиты права в конкретном деле — будет ли требование следовать за лицом или за вещью (при всех особенностях в понимании вещи).

¹ *Леви-Строс К.* Первобытное мышление. М., 1994. С. 339.

² *Шапп Я.* Основы гражданского права Германии. М., 1996. С. 42.

³ Отсюда важнейшие для собственности функции владения и сроков, о которых мы еще будем говорить.

⁴ Именно онтологически объясняет «деление гражданских прав на вещные и обязательственные» А.И. Бибиков, полагая их основанием «материально-вещественное ограничение права собственности» миром вещей (Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву (Материалы круглого стола) // Государство и право. 1998. № 8. С. 59).

⁵ Действительно, нельзя сказать, что человек — это все, что не является вещью. Такая необратимость по видимости симметричного высказывания объясняется тем, что в первом случае указанием на вещь определение относится к миру вещей, и тогда человек выступает телесным образом (отсюда проистекает известная юридическая проблема права собственности на тело и органы, находящаяся под понятным в данном контексте подозрением в бесчеловечности), а во втором, когда высказывание имеет посылкой не вещь, а человека, обнаруживается, что раз сущностью человека не является его телесность, то и все определение должно разворачиваться в мире идеального, т.е. по определению невещного. Такое несовмещение сфер бытия вещи и лица — не только постоянная логическая трудность, но и отражение, проявление указанной дихотомии.

⁶ *Берман Г.Дж.* Указ. соч. С. 45.

нимающего индивида — главного героя всех солипсистских робинзонад — и всю окружающую среду, выступающую как источник импульсов. Понятно, какой громадный путь рефлексии и сознания надо пройти, чтобы достичь разделения на людей и природу. В основе его лежит громадный культурный пласт, не позволяющий оперировать никакими доводами от естества без оглядки на культурный контекст. Ясно, что это, как мы уверены сегодня, объективно заданное противостояние человека и природы не всегда было основанием и мировоззрения, и практики человека. Существуют такие исторические периоды и такие идеологические системы, которые снимают это противостояние, например, в религии. Но и «религия далеко не первичная идеология, ей предшествует многовековая эпоха до-религиозных представлений»¹, еще менее разделяющих человека и природу.

Тогда отсутствие дуализма будет предполагать либо персонализацию вещи, либо овещствление личности — процесс, действительно наблюдаемый в истории² и в общем совпадающий с периодом нерасчлененности прав.

Давление фактических, онтологических различий не может, однако, полностью объяснить специфику реально сложившихся форм и тем самым вытеснить заложенные в генезисе архетипы, оставаясь лишь последним доводом, восполняющим пробелы в фактическом материале.

Нам, конечно, не удастся обойти вопрос о влиянии на складывание основ права самого понятия вещи, вовсе не очевидного и подверженного глубоким метаморфозам. Сделаем это сразу.

При всем соблазне, кажется, лежащего на виду решения невозможно, однако, прямо вывести дуализм из того кардинального разделения на мир вещей и мир людей, который является сегодня фактом сознания и фактом права (в той мере, в какой право принадлежит сфере сознательного, ведь и оно, без сомнения, «подчиняется правилам, не все из которых даны нашему сознанию»³). Невозможно потому, что само разделение мира — результат тысячелетней эволюции, не только менявшей идеи, но попутно создавшей из подручного материала и современное право.

Всегда лучше, когда очевидная мысль высказывается в блестящей форме, чтобы блеск заставил задуматься над банальностью: «Дискурс в нашей культуре (и несомненно, во многих других) поначалу не был продуктом, вещью, имуществом; он был по преимуществу актом — актом, который размещался в биполярном поле священного и профанного, законного и незаконного, благоговейного и богохульного. Исторически, прежде чем стать имуществом, включенным в кругооборот собственности, дискурс был жестом, сопряженным с риском»⁴.

¹ Фрейденберг О.М. Миф и литература древности. 2-е изд. М., 1998. С. 9.

² Н. Рулан указывает на «персонализацию имущества и «овещствление» людей» в африканском обществе (см.: Рулан Н. Юридическая антропология / Отв. ред. В.С. Нерсисянц. М., 1999. С. 53). На такое буквальное совпадение выражений, возможно, не стоило бы указывать, поскольку сама идея, их породившая, конечно, не уникальна. Однако здесь обнаруживается общность архаичного римского права с иными системами традиционного и архаичного права, что позволяет прибегать к достаточно далеким аналогиям.

³ Фуко М. Воля к истине. М., 1996. С. 340. Речь, конечно, идет не о юридических нормах, а о праве как культурном феномене. Но разве бурные многолетние споры едва ли не о каждой правовой норме не заставляют усомниться в том, что она всецело находится в сфере сознания? И что тогда — сознание?

⁴ Там же. С. 23.

Разделение мира на человека и вещи — результат длительной и с трудом прослеживаемой в деталях дифференциации первоначального единства, в которой решающее значение имели не вещи, а акты, создающие и укрощающие имевшиеся не в вещах, а в космосе силу. Многосложная, соподчиненная система этих актов, тех представлений, в силу которых они совершались, их сочетания, рефлексии и изменения дали свой результат в виде современной цивилизации, в том числе — права. Само становление этого разделения — это в то же время становление права, которое, стало быть, изначально связано с иными формами бытия мира. Поэтому нельзя разобраться в праве, миновав весь этот этап, особенно потому, что и по его завершении актуальность сложившихся когда-то форм и отношений не утрачена полностью, а на каждом шагу дает о себе знать. Замечательно не то, что дихотомии частного права соответствует дуализм природы и человека, а то, что право смогло приспособиться к этому дуализму (но каждый раз, как мы сталкиваемся со сложной юридической проблемой, возникает вопрос: насколько успешно?)

Историческая сторона проблемы, присвоенная чистой юриспруденцией, нередко приобретает форму вполне позитивистского обсуждения приоритета или субординации вещных и обязательственных прав, причем как исходное часто принимается утверждение, что «право собственности — право первостепенное, господствующее над всеми другими имущественными правами»¹. Общепринятый взгляд на приоритет, пожалуй, высказан Г.Ф. Шершеневичем: «Момент появления в истории права обязательственных правоотношений представляется значительно позднейшим в сравнении с моментом возникновения вещных правоотношений».

И действительно, обращение к системе права позволяет предположить, что вещные права предшествуют обязательственным (личным). Однако трудно понять, является ли это обстоятельство случайным, повторяя лишь не вполне, впрочем, строгий порядок изложения, принятый некогда в преторском эдикте (и предопределивший систему его комментариев классическими юристами), или просто удобным для понимания (но ведь удобство означает уже имеющуюся, возникшую вне права логику развертывания понятий).

Согласно с этой субординацией отмечается также тенденция усиления обязательственных начал за счет вещных прав, что полтора столетия назад позволило Д. Мейеру сказать: «...быть может, нынешние наши вещные права заменятся впоследствии правами на действия»².

Приведя это высказывание, Г. Шершеневич заметил, что «это может быть верно для прав на чужие вещи»³, но не для права собственности, которое все же останется основой договорных отношений. Право собственности не может быть за-

¹ Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 1. М., 1997. С. 76. Видимо, автор находился под влиянием Савиньи, высказывавшимся в том же духе.

² Там же. С. 227.

³ Кажется, система действующего ГК РФ, заметно сократившего перечень вещных прав по сравнению с тем, который существовал во время Г. Шершеневича, подтверждает этот тезис. Однако имеется мнение, высказанное, в частности Е.А. Сухановым и, на мой взгляд, совершенно справедливое, о настоятельной нужде в общем увеличении числа вещных прав, хотя бы при этом некоторые (как, например, право оперативного управления и хозяйственного ведения) и устранялись из оборота. Я полагаю, что имеется в виду нужда в суперфиции, узуфрукте, свободно отчуждаемом праве пользования нежи-

менено, как правовой институт, обязательствами, но в отдельных случаях, действительно, та же цель станет достижима посредством договора вместо права собственности»¹.

Впрочем, Д. Мейер не был категоричен, сразу оговорившись, что «вещные права все-таки будут существовать всегда», но «границы, отделяющие один вид прав от другого, не занимают постоянно одного и того же места, а зависят от ступени юридического бытия»². Трудно сказать, к сожалению, в какой мере эта интересная мысль относится к динамике взаимоотношений прав вещных и обязательственных. Ведь в контексте упоминается и третий вид прав — на личность, относительно которых автор не мог не испытывать сомнений.

Исторический приоритет вещных прав можно видеть и в том, что обязательственные права в известных случаях пользуются фикцией вещи, конструируя бестелесные вещи и создавая на этой почве «право на право». А фикция, скорее, заимствуется у предшествующего явления.

Среди части современных экономистов широко распространено мнение об «отмирании» собственности. Едва ли, Впрочем, они увязывают свою позицию с неподтвердившимися прогнозами русских цивилистов вековой давности. (Не только Д. Мейер, затем И. Покровский (как и многие другие юристы) говорил об этом, хотя подобные мнения и продолжают высказываться и позже, но уже без претензий на выявление глобальных тенденций, например, Т. Оноре говорит, что «обязательство проглатывает вещь», применительно к функционированию капитала; эта проблема известна как проблема исчезновения вещного права учредителя.)

Да и сама эта позиция в немалой степени черпает свой пафос в высказываниях (мне доводилось их слышать), что «если бы собственности не придумали, то всем было бы лучше». Оценивая эти взгляды в самом общем виде (а только так они и излагаются), я мог бы заметить, что нарастающая тенденция расширения производства межнациональными корпорациями, вовлечения в современную экономику обширных ареалов, до того практиковавших традиционные хозяйственные уклады, наступления производства широким фронтом на природу, несомненно тревожная, во всяком случае приводит к постоянному возрастанию числа вещей, т.е. вырванных из природы специально изготовленных для частного потребления и частного присвоения предметов. А потребляться и присваиваться эти вещи могут не иначе как посредством права собственности. Более того, и потребленные предметы, представляя всякого рода опасности, охватываются юридическим регулированием уже с точки зрения распределения бремени экологических рисков и обязанностей по их утилизации. Следовательно, налицо количественный рост собственности, который заставляет признать мнение об «отмирании собственности» иллюзией, возможно, скрывающей не только идеологическую панику от гибели прежних мифов, но и кризис традиционного научного инструментария, бессильного перед ускорением общественных процессов.

лым помещением в здании, принадлежащем иному лицу, и других вещных правах. Отсутствие таких прав определенно создает серьезные проблемы для развития современной экономики.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 266, 271, 308.

² Мейер Д.И. Указ. соч. Ч. 1. С. 272.

Нельзя не заметить, кроме того, что если обязательственное право состоит в том, что активность принадлежит должнику¹, а не кредитору, которому остается лишь право требования — право, не требующее больших творческих потенций, почему с ним вполне справляются адвокаты, а вещное право, наоборот, предполагает личную активность управомоченного, то скорее оправданна противоположная парадигма: по мере возрастания творческого, личного начала и снижения ценности стандартных, усредненных производственных функций именно вещные права будут иметь стимул к развитию.

Известны взгляды, по существу направленные на смягчение раздела прав на вещные и обязательственные. Впрочем, это разделение, как и любая классификация, одновременно служит и выражением общности классифицируемого объекта.

С этой целью, например, вещное право иногда представляют как отношение типа обязательства между одним активным (управомоченным) лицом и множеством пассивных субъектов, обязанных воздерживаться от нарушения вещного права. При всей очевидной искусственности² этой конструкции она и не корректна с формально-юридической точки зрения, так как при заведомой неопределенности круга обязанных лиц обязательство не может быть установлено. Л. Эннекцерус по этому поводу замечает: «Подобно тому, как фактическое подчинение своему господству направлено прямо на вещь, которая подвергается использованию, изменениям и т.п., точно так же и мыслимая и угодная правопорядку правовая власть представляется как прямоохватывающая вещь; и это ясное, единое и богатое по своим выводам понятие не может быть, без значительного ущерба, заменено необозримой массой единичных правомочий, направленных против всех существующих на свете лиц»³.

В другом издании, подобно учебнику, излагающему позиции достаточно бесспорные, другой германский автор спустя полвека повторяет ту же мысль: «...суть вещного права составляет господство над вещью»⁴.

Действительно, при перемещении вещного права в сферу отношений с некими обязанными воздерживаться от посягательств на вещь третьими лицами богатство,

¹ «Главным пунктом, сущностью всего обязательства должна считаться деятельность должника, деятельность же верителя — только второстепенною» (*Савиньи Ф.К.* Обязательственное право / Пер. с нем. СПб., 2004. С. 48).

² Сама по себе искусственность, как и фикция, не заслуживает упрека, если преследует цель практического удобства. Но в данном случае результат совсем противоположный — теория всеобщей обязанности прочих злонамеренных лиц воздерживаться от своего намерения присвоить чужое (эту злонамеренность саркастически отмечали немецкие критики еще в XIX в.) не только противоречит фактам, но и не дает никаких практических удобств.

³ *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. 1. Полумом 1. М., 1949. С. 258–259. В том же плане высказывается и Д.М. Генкин: «...основным для субъективного права собственности является поведение самого носителя права собственности... определение субъективного права собственности как элемента правоотношений собственника со всяким и каждым, устанавливающих для всякого и каждого пассивную обязанность воздержания от нарушения правомочия собственника, представляется искусственной конструкцией, оторванной от реальных явлений жизни» (*Генкин Д.М.* Право собственности в СССР. М., 1961. С. 37. Там же приведен обзор точек зрения на эту проблему).

Ю.К. Толстой отмечает, что «ныне все чаще раздаются голоса в пользу признания права собственности таким субъективным правом, которое существует вне правоотношения» (*Генкин Д.М.* Указ. соч. С. 17).

⁴ *Венкштерн М.* Основы вещного права // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / Пер. с нем. М., 2001. С. 168.

насыщенность права исчезают, и остается (по правилу точного соответствия права и обязанности) лишь эта тусклая и невыразительная тень права. Кажется, мало обращают внимания и на то, что вещное право, сконструированное как связь, суть которой состоит в обязанности всех прочих лиц воздержаться от нарушения, и соответствующего этой обязанности права, не выходит за рамки позиции владельца (поссессора), которая как раз и описывается таким образом. Но ведь известно, что даже защищенное владение считается не правом, а фактом, а если и правом, то крайне бедного содержания. Получается, что теоретические попытки, предпринятые с самыми благими целями присвоить собственности приличные праву признаки, привели к частичной или даже полной утрате ею правового содержания.

Т. Оноре замечает, что «идиома, которая прямо увязывает собственника с его собственной вещью, далеко не бессмысленна. Там, где существует право устранить других от вещи, существуют юридически, а часто и социально особые отношения между обладателем права и вещью, и это — способ ее обозначения»¹.

Предложенный Д.И. Мейером компромисс: считать «обязательство не препятствовать субъекту права в его осуществлении» только сопутствующим вещному праву, а не составляющим его содержания², — на самом деле скорее подтверждает правоту Л. Эннексеруса: ведь тогда мы вновь приходим к тому, что суть собственности — вне этой малосодержательной «сопутствующей» связи со «всеми прочими обязанными» лицами. Более точным кажется высказывание И.А. Покровского: обязанность воздерживаться от нарушения права на вещь — «лишь отражение права на вещь, его дополнение и посредственный результат»³.

Когда-то Планиоль выделял «обязанность воздерживаться от действий, караемых в силу уголовного закона»⁴. Это высказывание вызвало совершенно оправданный скепсис М. Агаркова, правильно заметившего, что здесь нет обязательства⁵, т.е. у собственника нет права требовать исполнения такой «обязанности».

В дискуссии об обязанности в «правоотношении собственности» не всегда замечают, что на самом деле эта обязанность состоит в том, что она предписывает воздерживаться от правонарушения. Но это не обязанность, а **запрет**. Этим она качественно отличается от обязанности воздержаться от действия, присущей классическим гражданским обязательствам. Эта обязанность должника, имеющая ценность⁶ для кредитора, готового ее вознаградить собственными обязательствами, именно тем и ценна, именно потому и является субъективной обязанностью, что состоит в воздержании от *правомерных* действий. *Обязанность воздержаться от правомер-*

¹ Honore T. Making Law Bind. Essays Legal and Philosophical. Oxford: Clarendon Press, 1987. P. 184.

² Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 1. С. 226.

³ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / Вступ. ст. А.Л. Маковского. М., 1998. С. 236.

⁴ Нет сомнения, что запрет вторгаться в чужое владение, отбирать чужие вещи примыкает именно к такого рода феноменам.

⁵ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М., 2002. С. 325.

⁶ Она также имеет и стоимость в деньгах; между тем обязанность любого лица не нарушать право собственности никакой стоимости, конечно, не имеет; ее «исполнение» никак не вознаграждается. Более того, попытки получить плату за «исполнение обязанности не нарушать чужого права собственности» являются рэккетом, т.е. уголовно наказуемым деянием.

ного действия находится за рамками какого бы то ни было гражданского правоотношения — и относительного, и абсолютного.

Так, арендодатель, будучи собственником, вправе пользоваться собственной вещью, и именно поэтому его обязательство воздержаться от пользования становится его обязанностью в рамках договора аренды. А вот обязанность всех третьих лиц не нарушать право собственности — это обязанность не совершать деликта, ведь именно так третьи лица нарушают право собственника, с которым они не связаны договором о вещи. Но такая обязанность характеризует статусное положение любого лица, соотносима с правоспособностью и никак не составляет содержания конкретных правоотношений, не является субъективной обязанностью и *не нужна для возникновения каких-либо субъективных прав.*

Ведь если никому не позволено мешать кредитору получить долг с должника, то это до сих пор не считалось поводом для выявления абсолютных обязанностей, обеспечивающих кредитные правоотношения. Почему же иначе обстоит дело с собственностью?

Существенно, наконец, то, что вещные иски, защищающие право собственности, — виндикационный и негаторный — даются без всякой вины ответчика, которая никак не сказывается на праве собственника преследовать свою вещь или устранять помехи в ее пользовании. Эти иски не являются формой ответственности.

Получается, что если здесь и усматривать нарушение обязанности по отношению к собственнику (а это совсем не очевидно: достаточно представить ситуацию покупки чужой вещи; ответчик по негаторному иску также ссылается на осуществление *своего* права, и оспаривание (negare) этого права и составляло первоначально предмет иска), то это нарушение не осознается нарушителем. Но тогда юридическая ценность обязанности не нарушать права собственности, ее регулирующая роль утрачиваются. Вина становится существенной лишь при взыскании убытков, но это — ответственность за деликт, который может иметь место и наряду с исками о защите собственности, но деликт никак не составляет специфики защиты права собственности и никаким образом *ответчик по деликту не может рассматриваться как лицо, состоящее в правоотношении с собственником, как и любым иным потерпевшим, пока деликт не совершен.*

Ответчик по негаторному иску лишь тогда состоит в отношениях с собственником до нарушения, когда стороны связаны соседством, сервитутом и т.п. образом, но это значит, что никакого абсолютного правоотношения между ними нет.

С точки зрения механизма возникновения прав и обязанностей установление частной обязанности иного лица без его воли на то является невозможным: частные обязанности против воли обязанного не возникают (см., например, ст. 155 ГК).

Ошибочность суждений о наличии обязанности третьих лиц «не нарушать право собственности» коренится в непонимании того, что исходным началом права является не описание того, что должно быть совершено, а, напротив, того, что не должно быть и что, следовательно, правом не является. Древнейшая заповедь *не укради* — **запрет** (заповедь) совершать кражу (в формально-юридическом смысле эта заповедь помогла английским юристам очертить понятие собственности, и это — логически безупречный прием) — не является описанием какой-либо обязанности, она лишь указывает на отсутствие права в отношении чужого имущества.

ва. Нужно понять, что *никакой запрет не может быть сформулирован как обязанность*, а только развивает неюридическое пожелание, обычно охватываемое сферой морали. Так, лорд Аткин отмечал, что запрет причинения вреда (имеющий ту же природу, что и запрет похищать чужое) вытекает из правила возлюбите ближнего своего¹. Важно, что ни запрет, ни моральное правило не являются юридическими обязанностями.

Достаточно понять эту связь, точнее отсутствие тождества между запретом (отсутствием права) и обязанностью, чтобы убедиться, что никакой юридической обязанности перед собственником третьи лица не несут. В противном случае придется и любовь к ближнему ввести в содержание гражданского правоотношения.

С формально-юридической точки зрения нельзя не заметить, что субъективная обязанность — *мера* должного поведения лица. Между тем обязанное «воздержаться от нарушения» лицо не подчинено в своем поведении каким-либо срокам, способам осуществления обязанности, месту ее исполнения. Но не может быть юридической обязанности (да и смысла в ее установлении нет), если она лишена меры, не определена.

Даже и у незаконного владельца, который уже отличен от всех третьих лиц, обязанность вернуть вещь собственнику не возникает — именно потому, что не установлена мера его поведения. Этот аспект будет затрагиваться в дальнейшем.

Однако, когда права требования рассматриваются как объекты права (*res incorporales*)², становится возможным применять к этим правам, считая их за вещи, режим вещного права. Иногда этот прием оказывается весьма эффективным, не утрачивая, однако, прикладного, только технического характера³ и не устраняя дуализма в целом, а скорее усиливая его. Трудно поэтому согласиться с высказанным в свое время И.А. Покровским, но вообще почти стихийно установившимся обоснованием приобретения обязательственными правами некоторых черт вещных как следствия вытеснения личного характера обязательств безличным, имущественным⁴.

¹ Цит. по: *Хайек Ф.А. ф.* Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Пер. с англ. М., 2006. С. 551.

² Даже при исключении бестелесных вещей из системы права законодатель не отказывается от использования тех технических удобств, которые облегчают иногда, скажем, оборотоспособность и тем самым — экономическую эффективность активов, распространяя некоторые признаки вещей на обязательственные права, объединенные с вещными под понятием, например, «имущества» в комплексных правоотношениях (подробнее см.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая. М., 1997. С. 232 и сл. См. также: *Брагинский М.И.* К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений // *Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сб. памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский.* М., 1998. С. 113—130). Такой прием не может устранить дуализма прав; напротив, весь его эффект состоит именно в использовании дуализма. См. также: *Ефимова Л.Г.* О соотношении вещных и обязательственных прав // *Государство и право.* 1998. № 10. С. 35 и сл.

³ Л. Василевская, отстаивая достоинства конструкции права на право, оспаривает сомнения в ее существовании за рамками ГГУ, ссылаясь на то, что эта конструкция «рассматривается в любом германском учебнике по вещному праву и является азбучной истиной» (*Василевская Л.Ю.* Цессия в механизме установления «права на право» // *Законодательство.* 2004. № 5. С. 13). Однако причисление любой юридической конструкции, рожденной как фикция, к числу азбучных истин, хотя бы и в немецких учебниках, никак не означает, что она тем самым утрачивает свои исходные качества фикции. Даже если воспринимать немецкие учебники в качестве сосудов, содержащих окончательные истины, придется все же признать, что среди этих истин имеются также и истины о юридических фикциях.

⁴ *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917. С. 231.

Личный характер права состоит, конечно, не в том, что лицо само является предметом или объектом права — это реликтовое свойство архаичного права, изживаемое по мере вытеснения сословного социального устройства формальным равенством.

Личный характер права обнаруживается в том, что помимо иного определенного лица (должника) право не может быть реализовано, что между правом и вещью стоит автономная воля должника, его поведение, от которого ставится в зависимость состояние самого права. Поэтому попытки трактовать личное право как вещное не могут не приводить к вторжению в автономную сферу должника в той или иной форме.

В.К. Райхер, критикуя понимание вещного права как «непосредственного господства над телесными вещами, юридически невидимой связью между вещью и субъектом», ссылается на замечание Л. Петражицкого, считавшего это воззрение «наивным реализмом» — следствием «фетишизации вещи», и завершает свою известную работу выводом о том, что «понятие вещного права не может претендовать на научное значение»¹.

Тем самым, как и у Гегеля, вещные права оказываются простым недоразумением. Интересно, однако, что именно это деление прав постоянно оказывается предметом внимания философов, остающихся равнодушными ко многим другим разделениям и классификациям прав, занимающим почетное место и в правоведении, и в арсенале юридической техники.

Впрочем, Гегель не мог все же игнорировать фактически существующий феномен власти над вещью: собственно, вся доктрина абсолютного права как права требования к неопределенному кругу лиц и возникла исключительно с целью преодоления этого факта теоретическими средствами, коль скоро он не может быть устранен из жизни. Гегель, обсуждая уже обязательство, описывает его как отношение власти и тем самым — собственности — над деятельностью и личностью должника. Отличие его от собственности оказывается только количественным, сводится к ограничению. В этом ограничении и состоит обязательственное право, отличающее его от собственности на раба, который даже если он и «выполнял, быть может, более легкие обязанности и более духовную работу, чем, как правило, наша прислуга, но он все-таки был рабом, потому что весь объем его деятельности был отчужден господину»². Тот же подход характерен и для Савиньи, который отграничивал обязательство от рабства (и тем самым — по количеству — от власти, характерной для собственности) количественным признаком минимальности обязанностей должника «по отношению ко всему кругу его свободной деятельности», на что обращает внимание Е.В. Пассек³.

Нельзя не заметить, что проведение одного только количественного различия, подобно тому, как мы чисто эмпирически приходим к идее приоритета личного иска над вещным в споре собственника и законного владельца в рамках ст. 305 ГК, поскольку суд «все равно» вынужден будет обсуждать обстоятельства передачи вещи, т.е. личные отношения сторон, ставит вновь, с другой

¹ Райхер В.К. Абсолютные и относительные права (К проблеме деления хозяйственных прав) // Известия эконом. ф-та Ленингр. политех. ин-та. Вып. 1 (XXV). Л., 1928. С. 273, 274, 302.

Ю.К. Толстой отмечает, что позиция В.К. Райхера и О.С. Иоффе, отрицательно оценивавших возможность включения в советское гражданское право вещных прав, оказала влияние на законодателя при кодификации 60-х гг. (Гражданское право / Под ред. Ю.К. Толстого и А.П. Сергеева. Ч. 1. СПб., 1996. С. 285).

² Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1990. С. 123.

³ Пассек Е.В. Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве. М., 2003. С. 45.

стороны, проблему отсутствия строгого дуализма, создает впечатление подчиненной постепенным количественным изменениям диффузии прав вещных и обязательственных. На самом деле строгая дискретность прав вещных и обязательственных не может быть устранена, но постоянно испытывает давление материального мира, которому эта дискретность не свойственна (этот вопрос также затрагивается в дальнейшем).

Хотя вещным правам чаще всего отказывают в месте среди фундаментальных понятий философии права, для начала попробуем все же на самом известном примере соотношения владельческого (вещного) и обязательственного (личного) иска оценить возможные практические альтернативы дуализму.

Виндикационный иск в том виде, в каком он дошел до нашего права, является вещным, а это значит, что условие его предъявления – отсутствие личной, обязательственной, т.е. прежде всего договорной, связи между собственником и владельцем, что подразумевает право истца только на вещь. Например, если арендодатель передал в аренду имущество, то он не вправе затем истребовать вещь по виндикационному иску, а должен исходить только из условий передачи и возврата имущества, оговоренных в договоре аренды. Виндикационный иск допустим только тогда, когда между лицом, имеющим собственность или иное право, дающим владение, с одной стороны, и фактическим владельцем, с другой стороны, нет никакой иной юридической связи, кроме самой вещи. Практический смысл этого правила очевиден: если собственнику предоставить возможность на свой выбор истребовать вещь у любого лица как по договору, по которому он ее передавал, так и посредством виндикационного иска, т.е. допустить одновременное существование обязательственного и вещного исков, то собственник получит настолько очевидные преимущества, а гражданские отношения так дезорганизуются, что любые условные передачи вещей станут невозможными и весь гражданский оборот сведется только к простейшим сделкам купли-продажи.

Д.М. Генкин, обсуждая конкуренцию вещного или обязательственного исков, пишет, что если к должнику по договору, например арендатору, предъявлено требование о возврате вещи в связи с прекращением договора, то ответчик «может заявить, что спорное имущество находится у него на законном основании в силу договора с собственником», а это значит, что истцу «все равно»¹ «придется вскрыть действительную сущность своих правовых отношений с ответчиком и строить свой иск на основании договора»². Практически так же высказывается Марциан: «...какую пользу принес бы вещный иск, когда и путем предъявления личного иска можно было бы достичь того же»³.

¹ Это «все равно» с естественной настойчивостью, свойственной природным стихиям, действующим вне логики, кажется, лучше всего обнаруживает натуральность дихотомии прав.

² Генкин Д.М. Право собственности в СССР. С. 197.

Этот тезис вполне подтверждается современной судебной практикой. Например, Н.Р. Иванова выводит из практики правило: «Не могут быть квалифицированы как иски об истребовании имущества из чужого незаконного владения исковые требования о возврате имущества, которое находится у ответчика на основании договора, заключенного с собственником имущества» (Иванова Н.Р. Защита права собственности в арбитражном суде: Комментарий арбитражной практики. М., 1999. С. 112).

³ Дигесты. 20.1.16 (Дигесты Юстиниана / В пер. И.С. Перетерского. М., 1984. С. 331. В дальнейшем ссылки на Дигесты даются по этому изданию, если не оговорено иное).

Может показаться, что эти аргументы не идут дальше простого здравого смысла, но ведь и все гражданское право – это в конечном счете только вариации на тему здравого смысла.

Если же мы не хотим удовлетвориться здравым смыслом, то придется признать, что одного только допущения технической эффективности и практической незаменимости дуализма прав оказывается недостаточно для его понимания. Трудно проследить, где исчезает это деление прав, если оно имеет только технический характер. Если можно еще представить себе право без таких институтов, как, например, недействительность сделки или тем более юридическое лицо, хотя сегодня они никем не воспринимаются как просто удобные технические приемы, то вообразить систему права без деления на вещные и обязательственные права гораздо труднее; именно такое допущение, пожалуй, переводит право за ту грань, где оно превращается в набор изменяемых уставами приемов и утрачивает не только самостоятельную ценность, но и собственное бытие.

Углубление в фундамент права, всегда ведущее к усилению правового чувства за счет логики, только укрепляет ощущение, что дуализм гражданских прав кажется все же укорененным в самих этих основах права, а его следы утрачиваются там же, где и само право еще не определилось.

Упрямое «стремление к архетипу»¹ (Гете говорил о «прафеноменах» как главной цели глубокого исследования), свойственное, вообще говоря, любому явлению, заставляет искать решение всякого сложного вопроса именно в первоосновах. Проникновение в архаику – это не дань любознательности, а поиски первых смыслов, которые сохраняются и тогда, когда исчезли и условия, и жизнь, их породившая.

«Смысл – продукт Истории, а не Природы»².

Не только применительно к проблеме дуализма, но повсюду нас будет преследовать, как говорил М. Блок, «демон истоков». Г. Берман подчеркивает, ссылаясь на Э. Берка, что «те, кто не оглядываются на предков, не заглядывают вперед, на своих потомков»³, хотя в этом изречении, больше отсылок к пользе, чем к истине, что делает его довольно тривиальным. Гораздо более глубоким представляется позаимствованное у «кого-то» суждение Г. Бермана: «...метафоры позавчерашнего дня – это аналогии дня вчерашнего и понятия сегодняшнего». Автор понимает этот афоризм буквально и приводит достаточно убедительные доводы в пользу того, что правовые понятия, возникнув сначала только как метафоры и аналогии из религиозных идей и представлений, затем сохраняют свою силу и жизнь даже тогда, когда сами «теологические источники, по-видимому, иссякают... Когда отсутствует понимание этих исторических корней, многие части права кажутся лишенными всякого источника и всякого обоснования»⁴.

О. Фрейденберг, уточняя и углубляя во времени позицию, обозначенную Берманом, отмечает, что юридические понятия в конечном счете выводятся из неюри-

¹ *Элиаде М.* Трактат по истории религий / Пер. с фр. А. Васильева. Т. 1. СПб., 1999. С. 131. Высказанная идея является одной из ключевых в наследии этого мыслителя, как и многих других ученых.

² *Барт Р.* Ролан Барт о Ролане Барте. М., 2002. С. 100.

³ *Берман Г.Дж.* Указ. соч. С. 55. Есть определенная ирония в том, что при этом Берман в своей работе останавливается на «папской революции» в праве XI в., не углубляясь далее в историю права, когда оно еще не противостало религии, а было с ней нераздельно.

⁴ Там же. С. 165–166.

дического архетипа: «В до-родовой период нет ни морали, ни права. Однако здесь функционирует образность, которая впоследствии становится правовыми и этическими понятиями, хотя не содержит в себе ни этических, ни правовых архетипов. Морали, как я говорю, здесь нет. Но существуют метафоры «права» и «беззакония», «дурного» и «хорошего», «зла» и «правды», «добра». Все эти конкретные образы означают только одно: «преисподнюю» — «небо» в их борьбе и несменяющейся смене»¹.

К. Леви-Строс, склонный скорее к иронии, чем к пафосу, придя к этому важному пункту, заявляет не без торжественности: «За каждой идеологической конструкцией встают более старые конструкции. И они отдаются эхом во времени, назад к гипотетическому моменту, когда сотни тысяч, а может, и более лет тому назад человечество, запинаясь, придумало и выразило свои первые мифы»². В другом месте знаменитый исследователь архаичного сознания говорит об использовании структурой языка «строительного мусора от прежнего социального дискурса» «осколки и остатки событий», «odds and ends». В строгом смысле это означает, что, разыскивая свои истоки, в архаике мы скорее найдем не целостные и сохранные до сих пор экономические или социальные структуры, а отдельные фрагменты, хранящие первичные и потому истинные смыслы, обнаруживаемые при некотором усилии и не сразу, а по мере погружения в глубины творения.

Есть и еще одно соображение. Ж. Бодрийяр отмечает, что социальное в собственности остается «по большей части бессознательным», скрываясь за «гипотезой первичности потребительной стоимости»³. Поэтому поиски истины собственности, а этой истиной является, конечно, заключенное в ней социальное, а не естественное (хотя эта естественность, очевидность имущества, вещи постоянно загораживает содержание собственности), возможны не иначе как проникновением на глубины бессознательного.

Видимо, эту необходимость апелляции к архаике нужно специально оговорить после того, как предыдущее издание книги натолкнулось на упрек, впрочем, не единичный, в «увлечении классикой»⁴. На самом деле речь идет именно об обращении к архетипам⁵, и классика — лишь один из путей, ведущих к ним, при том,

¹ Фрейдберг О.М. Миф и литература древности. С. 83. Универсальность архетипа, обозначенного О. Фрейдбергом, не облегчает, а усложняет задачу исследователя, так как этот всеобщий архетип бесконечно дробится, преломляется самым неожиданным образом; охватывая собой все бытие, он постоянно видоизменяется, то скрывая, то обнаруживая свою основу. Об этом, кажется, и говорит Леви-Строс в приведенном ниже фрагменте.

² Леви-Строс К. Первобытное мышление. С. 340.

³ Бодрийяр Ж. К критике политической экономии знака / Пер. с фр. М., 2003. С. 1.

⁴ М.Г. Масевич, к которой я неизменно испытываю глубокое почтение, предлагала сократить или даже вовсе устранить первые главы книги из-за их отвличенности. Поразмыслив над этим советом, имеющим, конечно, свои резоны, учитывая также и отзывы совсем противоположного свойства, я все же решил не следовать ему и не только не сократил первые главы в этом издании, но даже и увеличил их. А если читатель находит это неверным, он может сразу приступить к чтению других, более прикладных разделов книги.

⁵ В рамках идеологии просвещения, из которой наряду с прочими прогрессистскими доктринами развился и марксизм, живой архетип незаметно заменяется на живучий «пережиток», который следует обнаружить лишь для преодоления и искоренения. Но тогда нужно помнить, что, как говорил Ф. Бродель, «пережитки — огромная проблема». Я бы добавил, что они имеют способность переживать тех, кто их искореняет.

что моя работа нисколько не претендует на причисление к исследованиям классического права.

Р. Барту принадлежит глубокое суждение: ни одна система не может обойтись без фикций. Если это так, то обращение к архетипическим мифам, т.е. фикциям, с позиций рациональности можно представить как отыскание через них законов построения системы и таким образом – самой утраченной системы. А чем иным еще занимается наука?

Следуя этому подходу и для выяснения природы дуализма, нужно вернуться назад, к первым явственным явлениям дихотомии.

Вот как излагает ее суть Гай: «Правильнее всего принять два рода исков: вещные и личные. Личным будет тот иск, который мы возбуждаем против того, кто отвечает или по договору, или из преступления (*ex contractu vel ex delicto*), т.е. личный иск бывает тогда, когда мы формулируем исковое прошение таким образом, что ответчик должен или передать, или сделать, или предоставить что-нибудь (*dare, facere, praestare oportere*).

Вещный иск имеет место тогда, когда мы заявляем и утверждаем, что физическая вещь – наша...

При таком делении исков мы, очевидно, не можем требовать нашу вещь от другого таким образом: «если окажется, что он должен дать (*dare oportere*)», так как нам не может быть дано то, что наше: конечно, нам дается, то, что дается с той целью, чтобы оно сделалось нашим; между тем вещь, которая уже наша, не может во второй раз сделаться нашей»¹.

Данное Гаем объяснение опирается на следующее из самой природы прав различие: если вещь уже нам принадлежит, мы не можем требовать снова ее передачи в собственность (*dare*). Значит, защита должна носить иной характер.

Такое объяснение, конечно, не может считаться исчерпывающим, и мы должны пойти дальше, особенно отметив, что происхождение, возникновение дихотомии пока не затронуты и, возможно, именно там будут видны более глубокие ее причины.

Известной истиной социального, а значит, и правового развития является первоначальная нерасчлененность, гомогенность впоследствии разделившихся форм².

Г.Ф. Шершеневич отмечал, что «в начальную пору обязательственные правоотношения еще мало отличаются от вещных. Отличие права на действие от права на вещь тем менее сознается, что не существует ясного представления о свободе личности и у большинства нет имущественной обеспеченности. Для верителя, за отсутствием у должника имущества, единственной гарантией исполнения является лицо обязавшегося».

Кунце полагал, что первым этапом в становлении обязательства было «господство над должником, подобное праву собственности», и только впоследствии оно возвысилось «на степень идеальной власти»³.

¹ Гай. Институции / Пер. Ф. Дадынского; Под ред. Л.Л. Кофанова, В.А. Савельева. М., 1997. С. 255. Далее ссылки на Институции даются по этому изданию.

² Идее синкретизма противостоит концепция архаичного параллелизма, многократных уподоблений. Не обсуждая всех сторон этой концепции, отметим, что она во всяком случае никак не противоречит идее дихотомии, а только усиливает ее.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 271.

Если есть основания считать, что архаичное право трактует юридическую связь как личную, то тем самым возникает необходимость обсудить хотя бы как умозрительную конструкцию, согласно которой вещные права — это отклонение от первоначальной парадигмы.

Но ближайшее рассмотрение заставляет прийти к выводам иного свойства, если учесть, что в древности «не делалось различий между правом и религией: все древнейшее право было лишь одной из областей, регулируемых практикой и правилами, пронизанными мистикой»¹. В раннем римском обществе «все обязательства покоились на *fides*, т.е. клятве, приносимой богам, согласно которой поклявшийся обязан был что-либо дать или сделать... Невыполнение обязательства вело к посвящению должника и его имущества богам либо требовало немалых искупительных жертвоприношений», ведь невыполнение клятвенного обещания (*vota nuncupata*), в том числе и обещания дать «названные деньги» (*nuncupata pecunia*), влекло угрозу божественного гнева. «Договорные обязательства между частными лицами также имели в архаический период чисто сакральную форму»². М. Элиаде приводит пример с ведическим божеством Варуной: «Варуна гарантирует человеческие договоры и соглашения, «связывая» людей клятвами. Желая кого-нибудь погубить, Варуна «связывает» свою жертву; люди боятся «сетей» Варуны», само имя Варуны выводится из *uet* («связывать»; санскр. *varatra* — ремень, веревка, ср. рус. — веревка). «Будучи хранителем и гарантом вселенского порядка, он наказывает тех, кто преступает установленные им законы, «связывает» ослушников болезнью, бессилием и т.п. ... Ахурамазда — гарант нерушимости договоров и соблюдения данного слова; объясняя Заратустре, зачем он создал Митру, Ахурамазда говорит: тот, кто нарушает соглашение (митра=договор), навлекает несчастье на всю страну»³.

О. Фрейденберг подчеркивает, что не сакральные отношения порождали юридические, но процесс был иным, имелся общий источник в системе архаичных взглядов на мир: «Будущие термины торговли и денежных операций одновременно представляют собой и будущие религиозные термины. По латыни «верю» и «даю взаймы», «поручаю» одинаково передается *credo*. «Вера» есть то же самое, что «кредит» (*fides*)... возмездие вырастает из образа «весов» и «мены», из двух чаш с долей смерти и долей неба... Мифологические действия обращаются в системе наказаний в действия возмездия и кары. Без иронии нельзя относиться к человеческой условности, которая создает из древней мифологемы религиозный праздник в одних случаях, судебное наказание — в других»⁴. (Само ключевое понятие закона — общее религии и праву — оказалось настолько мощным, что через теологию проникло в современное естествознание, став, по замечанию И.С. Дмитриева, «теологической болью новой науки»⁵.)

¹ Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов / Пер. с фр.; Под ред. Ю.С. Степанова. М., 1995. С. 95.

² Кофанов Л.Л. Обязательственное право в архаическом Риме. М., 1994. С. 63–65.

³ Элиаде М. Трактат по истории религий. Т. 1. С. 149–151, 155. Можно заметить, что смысл сакрально-юридической связанности, т.е. юридических уз, — в угрозе самому бытию, жизни нарушителя. Об этом много писала и О. Фрейденберг.

⁴ Фрейденберг О.М. Миф и литература древности. С. 80, 83.

⁵ Дмитриев И.С. Неизвестный Ньютон. СПб.: Алетейя, 1999. С. 192 и др. Кстати, любая тоталитарная идеология, упраздняя право, вынуждена перемещать действие законов в иную сферу; там восста-

К. Хюбнер отмечает: «Боги принимали участие в качестве свидетелей во всех правовых ситуациях, будь то на суде или в экономических отношениях товаров, денег и земельного владения. Любая ссуда, любой договор о купле-продаже, который не предполагает немедленного введения в действие, требовал клятвы»¹.

Необходимо отметить, что в этот период сакральное имеет не ту природу, которая знакома нам через христианство с его резким разделением на возвышенное и профанное, на небесное и земное. Напротив, наблюдается «постепенное нисхождение сакрального в сферу конкретного»; жизнь человека и его непосредственное космическое окружение все более и более «насыщаются» сакральным содержанием, господствуют сакральные силы, более доступные человеку, чем высшие небесные боги, «более близкие к его повседневному опыту и более полезные в практическом смысле»².

Очевидно, что налицо сплетение, синкретизм архаичных правовых отношений: на первом плане — религиозный, имеющий общее (публичное) значение элемент, поглощающий и личные, и вещные связи³. Р. Фиори называет это общественное устройство «религиозно-правовым порядком»⁴. Соответственно трудно обнаружить саму возможность конкуренции правового и религиозного начал, они выступают в единстве. Индивид слит с социальной общностью — семьей, родом, племенем, причем в эту общность включены и вещи⁵, приобретающие тем самым личные качества, передаваемые вместе с их движением.

Посмотрим, как эти черты проявлялись при заключении гражданских сделок *per aes et libram* (посредством меди и весов), воплощавших наиболее характерные черты архаичного права.

Имеются в виду *манципация* (продажа) и *пехум* (заем), хотя относительно их соотношения полной ясности нет⁶. Л. Кофанов показывает, например, что *пехум* можно понимать и как куплю-продажу, по которой приобретаются важные для покупателя (должника) вещи (земля и др.) — *res mancipi*, но оплата им сразу не осуществляется, а устанавливается обязательство. Автор полагает, что *mancipium* — «обязательственный договор между гражданской общиной в целом и отдельными

навливаются их грозная жестокость, обнаруживающая архаические корни. Впрочем, успешность этой операции в новейшей истории ни разу не была доказана.

¹ Хюбнер К. Истина мифа. М., 1996. С. 117.

Конечно, обращает на себя внимание подтверждение приведенного взгляда Л. Кофанова на *пехум* как сделку с обязательственным эффектом, суть которого в перенесении действия в будущее.

² Элиаде М. Трактат по истории религий. Т. 1. С. 105, 119.

³ Д. Дождев отмечает как общее явление «синкретизм вещно-правовых и обязательственных субъективных юридических ситуаций в древности» (Дождев Д.В. Римское частное право. М., 1996. С. 464).

⁴ Челинцева М.Н. Рецензия на кн.: Fiori R. Homo sacer: Dinamica politicocostituzionale di una sanzione giuridico-religiosa. Napoli, 1996 // Древнее право. 1999. № 1 (4). С. 240.

⁵ Более подробно об «изначальном представлении о некоем нерасчленном единстве лиц и вещей» на материале *familia* см.: Смирин В.М. Патриархальные представления и их роль в общественном сознании римлян // Культура Древнего Рима. В 2 т. / Отв. ред. Е.С. Голубцова. Т. 2. М., 1985. С. 72 и сл.

⁶ М. Вебер высказывает догадку, что законы, предусматривающие оплату наличными, были направлены на прекращение долгового рабства. Отсюда следуют две важнейших гипотезы: во-первых, металлы, используемые в либральных сделках, — это не «наличные» деньги в их позднейшем понимании, а, во-вторых, возникновение денег — это юридический феномен, знаменующий утрату договором характера длящейся зависимости, и замена этой личной зависимости вещным эффектом, одно из главных свойств которого — *независимость*.

ее группами, будь то род, племя, коллегия или соседская община¹, а *пехум* — отношение только между частными лицами в форме купли-продажи (условного отчуждения) основных средств производства (*res mancipi*)².

Не обсуждая тонкостей вопроса, принадлежащего романистике, отметим, что «коллективные» черты манципации, конечно, мало способствуют формированию в ее рамках абсолютного права индивида.

Общим для манципации, а также виндикации и производной от нее формы *in iure cessio* (а эта общность весьма важна, раз мы говорим об общих чертах возникающего из этих актов права на вещь) было наложение руки на вещь (*manu capere*). В этом жесте демонстрировалось «отсутствие границ между собой и вещью», а его результатом становилось «единство *persona* контрагентов». «Акт *manu capere* устанавливает непосредственный контакт виндиканта с вещью так, что предшествующий остается связанным с нею в общественном восприятии»³.

Но наложение руки являлось следствием либральной сделки по которой, как известно, с соблюдением строгого ритуала передается «чужая медь» (*aes alienum*), которая становится средством установления той или иной формы личной зависимости. Об этом пишет Д. Дождев: «Долг (в том числе и присужденный на основе *damnatio*) служит лишь контекстом <либральной> сделки, а ее предметом, которому в символическом плане соответствует *aes*, является личность должника».

С этой точки зрения получает объяснение и такая гипотеза *manus iniectio* (и последующей личной расправы), как неисполненное судебное определение — *iudicatio*. *Sacramentum*, которым связывают себя тяжущиеся, — это не *pecunia*, а *aes*... Предоставление *praedem sacramenti* в процессе *legis actio sacramento in rem*⁴, очевидно, тоже связано с утратой субъектом собственного социально релевантного лица в том объеме, который символизирует *aes*».

Передача *aes* была связана с утратой собственной субъектности, а акт *пехум* соответственно не приводил к переносу частной собственности, а означал утрату «новым (со)хозяином» личности, так как ассоциировался социумом с тем лицом, которое прежде выступало в обороте в связи с этой вещью. Не случайно Р. Фиори говорит о том, что «*fides* способствовала созданию иерархии... между сторонами договора»; «сама эта связь — чаще всего неравная, поскольку она возникает между

¹ Такой подход согласуется с утверждением Е.М. Штаерман о том, что процедура манципации показывает, что переход имущества «от одного гражданина к другому был поставлен под контроль» общины (Штаерман Е.М. Римская собственность на землю // Древние цивилизации: Древний Рим: [Избр. ст. из журн.] «Вестник древней истории». М., [1997]. С. 339).

² Кофанов Л.Л. Указ. соч. С. 100, 186.

³ Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. М., 1996. С. 93, 94, 95–96.

⁴ Л. Кофанов приводит толкование вытекающего из *manus iniectio* (наложения руки) умерщвления посвященного в жертву богам (*sacratum*) как проявление «права собственности (*mancipium*) богов» (Кофанов Л.Л. Указ. соч. С. 72). Тогда применение *sacramentum*, смысл которого состоял в искупительном жертвоприношении, позволяло избежать принесения нарушителя клятвы в жертву богам, в чем выразилась общая тенденция смягчения раннеримского права (Там же. С. 76).

Ж. Бодрийяр выявляет эквивалентную связь между смертью в жертвоприношении, трудом («гомеопатическим жертвоприношением») и платой за труд как эквивалентом смерти: власть проявляется во власти предать смерти, принести в жертву; труд — лишь протяженное во времени жертвоприношение. «Единственная альтернатива труду — не свободное время и даже не труд, а жертвоприношение» (Бодрийяр Ж. Символический обмен и смерть. М., 2000. С. 102–104). Нетрудно заметить связь этих выводов с юридической конструкцией *manus iniectio*.

субъектами, из которых один переходит в подчинение, а другой занимает положение превосходства»¹. (Связь между продавцом и покупателем в архаичной купле-продаже можно, кажется, назвать своеобразным «тандемом», используя удачный термин, примененный Э. Аннерсом для характеристики древних форм аренды².) В основе этих выводов лежит трудная для современного читателя истина, что любая передача вещи не проходила бесследно, *даром*. Да и что такое дар?

«Дар — это *наш* миф, наш идеалистический миф, соотносящийся с нашим материалистическим мифом; под ними обоими мы и погребаем первобытных людей. Первобытный символический процесс не знает бескорыстного дара, ему известны лишь дар-вызов и обращение обменов. Когда эта обратимость нарушается... то собственно символическое отношение гибнет и возникает власть; в дальнейшем она лишь разворачивается в экономическом механизме договора³... Фикцией является наша идея накопления, равно как и идея, что от накопленного можно полностью отречься (в дарении). Первобытным людям известно, что так не бывает, что зафиксировать ценность на одном из членов структуры, вообще изъять некий сегмент из обмена, выделить в обмене лишь одну сторону — все это немыслимо; *ничего не бывает без возмещения*»⁴.

Эти формы зависимости и связи Д. Дождев вводит в более широкий контекст и заключает, что установление на почве либеральной сделки связи *usus auctoritas* — «особого отношения... сразу двум господам» — означает возникновение «не вещного права, но права личного и относительного»⁵, что не мешает его защите.

Установление личной связи, ведущей к утрате приобретателем собственной субъектности, — результат не активности или даже присутствия другой стороны сделки, а именно получения имущества, подпадания под его силу. Это видно, например, из того, что владелец чужим наследством (*pro herede*), «овладевая чужой *familia* и действуя в качестве ее главы, утрачивает в отношении внешнего мира свое

¹ Челинцева М.Н. Указ. соч. С. 239–240.

² Автор пишет, что нахождение «взвешенности в соблюдении тандема землевладельца — арендатора, по всей вероятности, представляло собой одну из труднейших и важнейших юридических задач» (Аннерс Э. История европейского права. С. 31). Если следовать этой логике, то развитие тандема «продавец — покупатель» состояло в их постепенном и сбалансированном обособлении.

³ Отметим выражение власти в договоре, очевидное для Бодрийяра.

⁴ Бодрийяр Ж. Символический обмен и смерть. М., 2000. С. 98. Выявление роли дара в развитии общества, о которой уже говорилось, является заслугой французской антропологии. К сожалению, отечественным обществоведением, которое во многом еще без обсуждения придерживается теории первичности обмена, все выводы из феномена дара далеко не сделаны, если не говорить о А.Я. Гуревиче. О непонимании теории дара советскими историками А.Я. Гуревич рассказывает в своей книге в жанре мемуаров «История историка» (М.: Росспэн, 2004). Внимание советских юристов, насколько можно судить по опубликованной литературе, эта проблема вовсе не привлекла.

Некоторые источники, посвященные проблеме, даны в статье «Дары. Обмен дарами» в изд.: Словарь средневековой культуры / Под ред. А.Я. Гуревича. М., 2003. С. 134. См. также: Гройс Б. Под подопозрением / Пер. с нем. М., 2006. С. 105 и сл.

⁵ Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. С. 125, 126–127, 134.

Чисто юридическим выражением этой связи можно, видимо, считать известное архаическому укладу правило, в силу которого продавец, оказывая помощь покупателю в защите от притязания третьих лиц, получал для этого вещь назад в свое владение. Отмечается также право продавца «в древние времена» вернуть себе проданную вещь, уплатив покупателю полученные от него деньги (см.: Миттоков А.К. Ответственность продавца за эвизию в историко-сравнительном освещении. Киев, 1906. С. 149).

собственное лицо (во всяком случае насколько это касается захваченной familia), приобретая роль покойного домовладыки»¹.

Основой установления такого рода связи можно, по-видимому, признать содержащуюся в вещах силу, переносимую вместе с вещью на приобретателя. Попытки отыскать наименование, ясное осознание этой силы, несмотря на ее универсальное присутствие в обществе, видимо, бесполезны. Возможно, к этому случаю применимо наблюдение М. Мосса: «...это понятие могло существовать и в невыраженной форме: люди имеют не больше необходимости формулировать такие идеи, нежели излагать грамматические правила языка, на котором говорят... Одни народы не выработали четкого осознания этой идеи, другие уже миновали ту стадию интеллектуального развития, когда она могла практически функционировать. И в том, и в другом случае эта идея не может получить адекватного выражения»².

Сама по себе эта сила — отнюдь не источник идеологии обмена, купли-продажи, скорее, наоборот: «мистическое чувство собственности может в некоторых случаях сделаться препятствием к обмену. Дать что-нибудь из своего имущества — значит дать что-то от себя, следовательно, дать власть над собой. Обмен — операция, содержащая в себе мистические элементы... Покупка устанавливает своего рода братство между обеими сторонами, которые в дальнейшем называют друг друга *нарагуа*, между ними возникают отношения, почти похожие на те, которые существуют между *comrades* (кумовья, кунаки) у мексиканцев»³.

«Обмен вещами создавал тот же институт социальной близости», как и иные способы установления родственных (племенных) связей, такие как совместные трапезы и пр. В основе его лежала универсальная идея разрывания, разбивания, разламывания тотема: «...происходил дележ частей, и участники тем самым навеки связывались нерасторжимыми узами... Здесь лежит генезис таких великих по своим последствиям для всей будущей культуры явлений, как идеи договора и обмена»⁴.

Первоначально юридическая связь могла возникнуть только как следствие передачи вещи, которая продолжала нести на себе печать хозяина: *aes alienum* (чужая медь) одновременно означала долг, тогда как *debeo* в смысле «удерживать нечто в ущерб имуществу или правам другого... и при этом не было взято в долг в буквальном смысле... не является исконным обозначением «задолженности» в обычном смысле»⁵. ««*Deben*» («*uten*») есть прежде всего мерило стоимости и употребляется обычно как идеальное (а не действительное) орудие обмена (как первоначально и серебряный зекель в Вавилонии). В общем отношении *uten`a* как единицы веса к *uten`u* как единице ценности [денежной единице], по-видимому, еще совершенно не выяснено», — пишет о Древнем Египте М. Вебер⁶.

Эти представления, а точнее, основанные на них формы социальных отношений имели, конечно, повсеместное распространение, что позволяет конкретный тип связи, возникающей в силу архаичной манципации — *usus auctoritas*, — считать

¹ Дождев Д. В. Основание защиты владения в римском праве. С. 90.

² Мосс М. Указ. соч. С. 202.

³ Леви-Брюль Л. Сверхъестественное в первобытном мышлении. М., 1999. С. 266.

⁴ Фрейденберг О. М. Миф и литература древности. С. 38, 89.

⁵ Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов. С. 133.

⁶ Вебер М. Аграрная история Древнего мира. М., 2001. С. 198.

одним из их проявлений и следствий (потому существующие оттенки в оценках *auctoritas* не должны влечь пересмотра тех общих выводов об установлении личной связи из древней продажи, которые сделаны Д. Дождевым, считающим *auctoritas* «нематериальным аспектом принадлежности»)¹.

Например, К. Хюбнер пишет о данном Зевсом Телемаху даре — *kydos*, причем «кидос Телемаха находится не только в нем, а также в его имении, в его подданных, в его роде». Родственна кидосу и тиме, и она также «действует в имуществе, родственниках и подданных». Тиме — не просто сила, а сама суть человека (царя)².

Таким образом получает объяснение тот известный из мифа факт, что важно не только взять жизнь у врага, но и захватить его имущество, а «похищение оружия героя является похищением его сущности»³. По мнению Гомера, «не тот теряет достоинство, кто грабит, а тот, кто ограбил». «Субстанция тиме находится и в подарке». Можно лишить достоинства, взяв подарок (вместе с тиме), но «можно дать кому-нибудь тиме через подарок и этим даже привязать его к себе»⁴. М. Мосс приводит в «Очерке о даре» многочисленные факты, подтверждающие, что получение чужой вещи сопряжено с опасностями прежде всего для того, кто получает (он попадает в зависимость), но также и для того, кто отдает (хотя и в меньшей степени), кто передает часть собственной личности⁵.

Еще более отчетливо проявляется вещественно-личная связь в понятии «семья» (хорошо известном и по римской *familia*). «Семейство — это постоянная мифическая субстанция, которая однажды перелилась от божественного существа в человека и теперь передается из поколения в поколение. К поколению, по мнению греков, принадлежат не только родственники и их владения⁶, но нередко и все то,

¹ Дождев Д. В. Основание защиты владения в римском праве. С. 130.

Auctoritas образуется от *aucto* — лицо, производящее действие, отчуждение; в нашем праве мы можем так обозначить то лицо, от которого приобретается право получателем (*successor*) в правопреемстве (см.: Хвостов В. М. Система римского права. М., 1996. С. 140). Самые архаичные значения *auctoritas* связаны с властью творения, порождения, умножения, в том числе творения бытия, что предполагает наличие божественной силы (см.: Бенвенист Э. Указ. соч. С. 329—330).

Мнение О. И. Тогоевой (обоснованное ссылкой на Гоббса), согласно которому термин «астор» (истец «во французских текстах») перешел в право из театра (см.: Тогоева О. И. Пытка как состязание: преступник и судья перед лицом толпы (Франция, XIV век) // Право в средневековом мире. Вып. 2—3: Сб. статей. СПб., 2001. С. 71), кажется сомнительной этимологией, которая, вероятно, может быть оправдана общим источником — ритуалом жертвоприношения, тем более, что речь идет о пытке и участии толпы — несомненных реликтах принесения жертвы. Впрочем, едва ли Гоббс имел в виду этот общий источник театра и суда.

² Хюбнер К. Истина мифа. М., 1996. С. 106—107.

Тиме находится и в царском скипетре, который не подлежит обмену.

³ Там же. С. 239.

⁴ Там же. С. 107.

Можно привести пример, знакомый самому широкому современному читателю (все же не зрителю). Вспомним, как мудрые герои толкиеновской трилогии (а «Властелин колец» вдохновлен, как известно, представлениями, свойственными кругу северных саг) опасались пользоваться кольцом Врага, полагая, что так они попадут в зависимость и утратят свою личность.

⁵ Мосс М. Указ. соч. С. 98, 99, 147 и др.

⁶ Применительно к Египту Э. Матье пишет, что «оба египетские термина, которыми обозначалась семья, имеют общие корни со словами, так или иначе относящимися к скоту или владению им» (Матье М. Э. Из истории семьи и рода в Древнем Египте // Древние цивилизации: От Египта до Китая: Сб. ст. из журн. «Вестник древней истории» / Сост. А. И. Павловская и др. М., 1997. С. 75). Ср. со стихом Гесиода: «Дом прежде всего и супруга, и бык-землепашец». Аристотель приводит его для обозначения понятия «семья» (*Аристотель*. Политика. Соч. В 4 т. Т. 4. М., 1983. С. 377).

что стоит в тесной связи с ними, особенно через обмен подарками». «Владение семьи защищается как жизнь, потому что члены семьи идентифицируются с ним... Так неразрывно были связаны друг с другом имущество и человек, так сильно жила в обоих одна и та же мифическая субстанция, что их даже хоронили вместе... Тесная, почти родственная связь возникает через обмен подарками и собственностью»¹.

А.Я. Гуревич отмечает, что «термин *eigen* (в современных германских языках — корень слова «собственность». — *К.С.*) первоначально обозначал не собственность на предметы, но принадлежность человека к коллективу». Касаясь семейного владения, он отмечает: «...подобно тому, как человек владеет усадьбой, так и она им «владеет»»². Замечательно буквальное совпадение с феноменом из африканской культуры: по мнению племени агни, «не человек владеет землей, а земля владеет человеком»³.

«Не иметь рода — ... значит вообще не иметь собственного лица... а род живет в доме и собственности, как и в принадлежащих к нему людях»⁴. Не только первобытный австралийский абориген, оторванный от «своей земли», «перестает быть личностью»⁵, но и человек европейского Средневековья находится со своим вещным окружением, прежде всего с землей, двором, домом, в «еще не расчлененном единстве понятий, характеризующих наследственные признаки лица и его происхождение, принадлежность к роду и поземельные отношения»⁶.

Именно эти причины предопределяют подчеркнутую Д. Дождевым «принципиальную неотчуждаемость *familia*», которая является главной идейной основой подробно изложенного выше его вывода об установлении одной лишь личной связи в результате либральной сделки. Ведь отчуждение самого себя, передача части себя другому может привести только к усвоению, присвоению другого и ни к чему иному.

Понятно, что и присужденное в силу сделки имущество, т.е. долг, лишь следует за изменениями положения должника, тогда как именно его личная зависимость — непосредственный продукт сделки, а передаваемая «медь» (*aes*) играет роль не эквивалента имущества, а выступает как способ установления этой зависимости, в основе которой лежат сакральные отношения и представления, в частности установление взаимной связи, родства путем преломления или передачи металлического прута, жезла⁷. Важно также то, что, как отмечает автор, *sacramentum*, совершение

¹ Хюбнер К. Указ. соч. С. 108.

² Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. М., 1984. С. 60, 62.

³ Рулан Н. Указ. соч. С. 62.

⁴ Хюбнер К. Указ. соч. С. 109–110.

⁵ Артемьева О.Ю. Личность и социальные нормы в ранне-первобытной общине. М., 1987. С. 38.

⁶ Гуревич А.Я. Указ. соч. С. 60.

Историческая длительность явления — свидетельство его колоссальной устойчивости, а это заставляет заново оценить мощь римского права, нашедшего силы противостоять этой инерции; впрочем, с позиций консервативной критики катоновского толка эта мощь оказалась фатальной.

⁷ Д. Дождев ссылается на соответствующие выводы О. Фрейденберг, Леви-Брюля и др. (см.: Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. С. 123).

Особенно детально активная, поработавшая роль меди исследована М. Моссом, который указывает на вытекающее из передачи меди действие *pexum*, состоящее в том, что «индивид, который не смог вернуть долг, теряет свой ранг и даже ранг свободного человека» (Очерк о даре // Мосс М. Общества. Обмен. Личность: Труды по социальной антропологии / Пер. с фр. М., 2003. С. 154. Применительно к римскому праву см. С. 173).

Ср. также с сообщением И.М. Дьяконова о том, что в Вавилонии жезл был символом власти на землю и передавался при передаче земли в другие руки. На это сообщение опирается М. Матье, по-

которого требуется в первом известном процессе о вещи (виндикационном) — *legis actio sacramento in rem* (l.a.s.i.r.), — также выступает как *aes*, а следовательно, основа присуждения в этом архетипе вещного процесса та же, что и в процессе о долге. На этом этапе мы можем, следовательно, заметить единство оснований вещного и личного (обязательственного) исков, хотя само различие исков говорит о начавшейся дифференциации. Еще более важный вывод состоит в том, что главные гражданские юридические средства — либеральные сделки создают различные формы личной зависимости и не дают оснований для возникновения прав исключительного, абсолютного значения. В этом плане следует указать также на проводимые Е.М. Штаерман с большой настойчивостью взгляды о меньшей, чем это было принято считать, «связи собственности с правом отчуждения», в том числе и путем манципации¹.

нимая под жезлом в египетских надписях «право, силу» (*Матье М.Э.* Из истории семьи и рода в Древнем Египте. С. 76).

В другой работе Д. Дождев пишет: ««Sacramentum» означает «священная клятва»; в древности она сопровождалась выдачей символической сущности лица — медного бруска (*sacramentum aes*), — что означало утрату свободы личности и определяло полную психологическую зависимость от авторитета храма. Сходную функцию *aes* играл в актах *per aes et libram*» (см.: *Дождев Д.В.* Римское частное право. С. 173).

Л. Кофанов отмечает особую роль царского жезла в совершении правосудия (см.: *Кофанов Л.Л.* Роль коллегии авгуров в разработке римского архаического права // Древнее право. 1997. № 1 (2). С. 19–20).

В германском праве жезл вручался при договоре залога (*Берман Г. Дж.* Указ. соч. С. 70. Автор ссылается на «Историю германского частного права» Р. Хюбнера).

О. Фрейденберг обращает внимание на то место «Илиады», которая вообще уделяет немалое внимание жезлу, где описывается обычай выступления: «...каждый гомеровский оратор, начиная говорить, берет в руки деревянный жезл» (*Фрейденберг О.М.* Миф и литература древности. С. 77). Этот обычай позволяет увязать сакральную силу жезла с другим, еще более важным для права сакральным актом говорения, а также внимания слову, которое — тоже акт, что особенно подчеркивает там же О. Фрейденберг.

¹ *Штаерман Е.М.* Римская собственность на землю. С. 343. Автор противопоставляет праву, возникающему из сделки, право собственности, основанное на обработке земли, как более сильное. Такой подход, продиктованный, конечно, самим предметом статьи, не может быть универсальным уже из-за ограничения темы только землей, вовлеченной в оборот, как известно, в последнюю очередь и потому не всегда удобной при обсуждении проблем раннего генезиса. Однако те идеи Е.М. Штаерман, которые связаны с критикой представлений о происхождении права собственности исключительно из обмена, конечно, заслуживают внимания и поддержки. При этом нужно иметь в виду, что при строгом проведении в трудовой теории заложен сокрушительный потенциал, который в состоянии не только поколебать взгляды на ведущую роль обмена в становлении собственности, но и практически разрушить весь оборот: ведь если единственным оправданием права на вещь становится труд, то продажа и приобретение по сделке утрачивают основания и становятся вне права, восходящего к труду. На самом деле такие ригористические взгляды, объявлявшие полученное путем торговли, откупов и другими подобными путями имущество бесчестным, позорным, не доходило, однако, до того, чтобы считать его полученным не по праву. Историки любят отмечать, что самый знаменитый пропагандист отеческой простоты и преимуществ аграрного труда Катон был известным скрытой, накопителем денежного богатства и постоянно сутяжничал.

Представляется, впрочем, что трудовая концепция Е. Штаерман может быть в известной мере совмещена с предложенным в этой главе объяснением, предполагающим значительную роль захвата и войны в раннем генезисе собственности, если исходить из того, что война — древнейший вид труда общины, направленный как на удержание, так и на приобретение собственности (*Румянцев А.М.* Первобытный способ производства. М.: Наука, 1987. С. 165. Автор ссылается здесь на Маркса).

Д.В. Дождев, обстоятельно проанализировавший концепцию Е.М. Штаерман, приходит к выводу о небесспорности приводимых ею аргументов и показывает, что цитированные Е.М. Штаерман источники могут толковаться совсем не в том смысле, как это сделано автором (*Дождев Д.В.* Методологические проблемы изучения римского права: индивид и гражданское общество // Вестник древней истории. 2003. № 2).

Нет смысла обсуждать предположение, что процесс *l.a.s.i.g.* использовал форму *sacramentum* искусственно и она, следовательно, не отражала его сути. Ведь это означает, что спор о вещи не имел собственных юридических форм (такое суждение, в частности, может вытекать из замечания Гая, что сакраментальная форма применялась для тех дел, относительно которых закон не определял специальной исковой формулы)¹, что само по себе уже достаточно содержательное суждение в нашем контексте, означающее, что вещные права и иски не могли предшествовать архаичным сакральным формам права. Однако процесс *l.a.s.i.g.* уже имеет свое лицо, ему присущ собственный ритуал, символика которого позволяет обнаружить своеобразие спорного права, его несомненные отличия от обязательственных прав, возникших из манципации (или *pehūm*). Хотя сохранение *l.a.s.i.g.* сильного относительного (что характерно для личных прав) элемента и позволило М. Казеру выделить «относительную собственность»². Не обсуждая обоснованности этой широко известной среди романистов теории, отметим этот пункт как период начавшегося разделения прав при сохранении ими еще черт единства. Необходимо, впрочем, отметить, что речь идет именно об относительной собственности, т.е. сопоставлении двух прав, а не об обязательстве, где праву противостоит обязанность. Можно заметить и иное: нынешнее понимание собственности как лучшего из всех возможных притязаний на вещь (его дает, например, Т. Оноре; но и понимание собственности как наиболее полного вещного права, почти общепринятое, по существу означает то же), лишь количественно отличается от «относительной собственности», известной, кстати, не только римскому праву.

М. Вебер отмечает, что такой «односторонний петиторный иск» о земельной собственности и наследстве существовал и в греческом праве. «Эти вопросы, как и вопросы о публичных правах и обязанностях отдельного лица — поскольку они могли быть предметом процесса (литургии, права на имя, принадлежность к фратрии), — решались больше путем покоящегося на контрвиндикации процесса, так называемой диадикасии, досудебным порядком по принципу *относительно* лучшего права (и на совершенно одинаковом во всех случаях основании)... (по-моему, очень правильно Г. Лейст видит причину отсутствия абсолютного иска о собственности в греческом праве в отсутствии в нем римской *usucapio*. — К. С.)»³.

Если это так, то дальнейшее разделение прав на вещные и обязательственные должно было разворачиваться на следующем этапе, для которого характерны ослабление ар-

¹ Гай. Институции. С. 259.

Т. Моммзен объясняет широкое употребление римлянами пари для разрешения самых разных конфликтов, прямо законом не предусмотренных, тем, что «человек растворился в купце», и вследствие этого дуэль заменилась спором об заклад и иском (Моммзен Т. История Рима. Т. 1. Кн. 3. М.: Фолио, 2001. С. 419).

² Как это обычно подчеркивается (см., например, работу Диюшди: *Diosdi G. Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law. Budapest, 1970*), сам процесс о вещи в условиях небольшой соседской общины проходил в условиях тесных личных связей и непосредственной публичности, а это не позволяет считать, что уже в это время он мог приобрести те вещные черты, суть которых в исключении личного момента из сути этого права.

Аналогичные выводы могут быть сделаны и из известного Русской Правде правила о заклички как предварительном условии свода. Придание отысканию вещи посредством публичного акта заклички (после которого незаконный владелец вещи, отказавшись выдать вещь, становился уже нарушителем и частного права, и публичного порядка, как и при нарушении клятвы) в известной мере личного характера также не позволяет говорить (применительно к этой процедуре) о чисто вещном, безличном характере права.

³ Вебер М. Аграрная история Древнего мира. С. 222–223.

хаичных форм общности¹ и отказ от идеи обращения силы права на само лицо. И происходило это, как следует из суждения Г. Лейста, в значительной мере через *usucapio*.

Перед нами стоят проблемы обнаружения источника таких понятий, как вещное право, с его характерными качествами, а также и владение, выделение которого в отдельный институт не могло не повлиять на складывание вещных прав.

Как эмпирически очевидное высказывается суждение о насильственном происхождении собственности: «Практически любой собственник является прямым или косвенным преемником людей, которые приобрели собственность либо путем самовольного присвоения бесхозных вещей, либо путем насильственного ограбления своих предшественников»². Но это суждение противоречит содержанию современных законов о собственности, объясняющих их теории, как можно видеть хотя бы из гегелевской «Философии права». Это противоречие заставляет, конечно, обратиться к генезису.

Сначала придется вновь вернуться к процессу *l.a.s.i.r.*³ Согласно описанию, стороны, делая торжественные заявления о принадлежности им вещи, возлагали на нее древко (прут, фестуку), которое «употребляли вместо копья⁴, как символ законного доминия, так как полагали, что самая бесспорная собственность та, которую захватили у врага»⁵. «Символом собственности было копье», — подтверждает Р. Иеринг⁶.

¹ Можно заметить и иное: право феодализма с его опорой на системы личной зависимости вновь почти утрачивает понятие вещного права.

² *Мизес Л. ф.* Человеческая деятельность: трактат по экономической теории / Пер. с англ. Челябинск, 2005. С. 641.

³ Древнее происхождение обычая спора в форме пари видно хотя бы из того, что уже на шите Ахилла в «Илиаде» изображен спор (вызвавший, как говорит Гомер, большой интерес зрителей) с применением жребия. Причем спор не о собственности, а об обязательстве.

Спор через пари был известен и русскому праву (заклад) (см.: *Владимирский-Буданов М. Ф.* Обзор истории русского права. Ростов н/Д, 1995. С. 587 и др.), имеются и некоторые другие общие признаки, что позволяет допустить достаточно широкий контекст проблемы.

В. М. Хвостов отмечает такое свойство процессов с применением жребия (в классическом праве жребием устанавливался истец в иске о разделе), как одинаковость положения сторон (*iudicium duplex*) (см.: *Хвостов В. М.* Система римского права. С. 72).

Детальное исследование универсального обычая применения жребия в архаичном судопроизводстве предпринято Й. Хейзингой в развитие тезиса: «И судопроизводство, и обычаи божьего суда коренятся в практике агонального решения споров вообще, будь то с помощью жребия или испытания силы». Он же отмечает, что английское право вплоть до 1833 г. знало форму *wager* (спор об заклад) (*Хейзинга Й.* *Notio Ludens*; Статьи по истории культуры / Пер., сост. и вступ. ст. Д. В. Сильвестрова. М.: Прогресс-Традиция, 1997. С. 85–94).

⁴ Ссылка на копье вводит также круг представлений, связанных с сакральным соревнованием (агоном); условия торжественной битвы, зафиксированные в греческой истории VII в., позволяли использовать только мечи и копья, а метательное оружие — дротик, лук и праща — было запрещено (см.: *Хейзинга Й.* Указ. соч. С. 101).

⁵ *Гай.* Институции. С. 261.

Значение такого начала спора возрастает, если учесть присущую римскому праву (и не утраченному вполне и современному) симметрию правовых формул. Согласно такой логике (демонстрируемой в установлении власти (манципации) и освобождении от власти (эманципации), в установлении обязательства (стипуляция) и освобождении от обязательства (акцептиляция) и др.), качества спорного права, продемонстрированные в начале процесса, должны оказаться теми же и в его результате. То же вытекает и из соображений о тождественности предмета спора.

См. также замечание Д. Дождева о «свойственном римскому праву принципе зеркальности акта установления и акта прекращения» (*Дождев Д.* Основание защиты владения в римском праве. С. 102).

⁶ *Иеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития. Часть первая. СПб., 1875. С. 98.

В.Н. Александренко писал, что многими исследователями отмечается «аналогия в ведении войны с вызовом на суд ответчика в *legis actiones*»¹. Л. Кофанов, комментируя это место у Гая и ссылаясь на Цицерона, отмечает, что «военная сила всегда признавалась римлянами основным источником приобретения собственности»².

Цицерон приводил опиравшиеся, надо полагать, на устойчивую традицию заявления оптиматов, которые «оправдывали свои права на имущества тем, что некогда их предки заняли эти земли как оккупированные, а собственность на такие земли для наследников более законна, чем собственность, приобретенная покупкой или иным путем»³.

Ссылаясь на высказывание Гая, Р. Иеринг пишет, что «главным случаем насильственного присвоения была военная добыча». Развивая эту идею, автор указывает на общее исходное значение *emere, capere, gerere* и делает вывод (вообще широко представленный в романистике), что «манципация основывается на той идее, что тон перенесения собственности покоится на деятельности получателя»⁴.

М. Вебер выделяет «стадию развития, когда землевладельцы организовывались в военную общину и земля ее считалась «приобретенной копьем»⁵.

Вспомним, что Т. Моммзен неоднократно подчеркивал военно-землевладельческий характер римского общества, из которого он выводил едва ли не все достижения римской цивилизации.

Это объяснение, на наш взгляд, имеет ключевое значение для всей проблемы вещных прав. Устранение личного, относительного элемента из права на приобретенную вещь, явленного в непременном участии предшественника (например, через форму *usus auctoritas*) в процессе о вещи, полученной посредством манци-

¹ Александренко В.Н. Международное право Рима (признавал ли Рим существование международного права? Каковы внешние формы его проявления?) // Древнее право. 1999. № 1 (4). С. 216. Как известно, объявление войны и завершалось броском копья на землю противника.

² Кофанов Л. Указ. соч. С. 88.

Л. Кофанов уточняет, что возложение копья означало «ритуальное убиение жертвы», что позволяло установить манципий (Там же. С. 106 и др.).

Д. Дождев замечает, что «схватывание вещи связано с древними сакральными обрядами, выражающими установление личной связи, непосредственного контакта с объектом. Захват (или господство) — это... частное и производное значение жеста» (Дождев Д. Основание защиты владения в римском праве. С. 98). Можно заметить, что такое объяснение противоречит предыдущему истолкованию.

Обращаясь к работе О.М. Фрейденберг, мы видим, что «орудием разрезания служит копье, и священник «пронзает» им «тело» хлеба», имитируя «разрывание, расчленение, разнятие по частям, с целью вкушения, тотемного бога-животного» (см.: Фрейденберг О.М. Поэтика сюжета и жанра. С. 59). Убиение тем самым предстает не только в естественном (впрочем, остается вопрос, когда установилась эта «естественность») значении борьбы «на смерть» и отчуждения, но и в значении усвоения, присвоения, особенно если учесть, что вкушение жертвы понималось как установление личной связи с тотемом, а «рука служила главным производственным орудием», что выражено в обряде «совокупного разрывания» тела жертвы (Там же. С. 60).

Хорошо заметная здесь двойственность значений, даже если они возникли не одновременно, затрудняет, как мне кажется, абсолютизацию любой из версий генезиса.

³ Штаерман Е.М. История крестьянства в Древнем Риме. М., 1996. С. 180. В этом сочинении Е. Штаерман показывает, что предметом оккупации были земли, захваченные у врага.

⁴ Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. СПб., 1875. С. 96–97.

⁵ Вебер М. Аграрная история Древнего мира. С. 220. Для подтверждения того, что это воззрение отразилось в процессе, можно сослаться на то, что «при всяком споре о собственности водружалось копье» (Моммзен Т. История Рима. Т. 2. Кн. 4. М., 2001. С. 394).

пации, оказалось возможным только указанием на получение вещи военной силой (таким образом обозначена и снята оппозиция «получение у своего, не приводящее к «бесспорному» праву, — получение у чужого»). Приобретенная у врага собственность действительно «самая бесспорная» уже потому, что юридический спор с врагом невозможен. Возникает абсолютная сила права, его независимость от всех других прав и лиц.

Видимо, невозможно при обсуждении этого вопроса выйти за качественные рамки и дать какие-то количественные оценки хотя бы потому, что на такое соотношение никогда не обращалось внимания (что само по себе тоже существенно). Впрочем, Е. Штаерман, обсуждая источники имущества для формирования крестьянского хозяйства, полагает, что «ветеран за время службы набирал достаточно средств, чтобы наладить крестьянское хозяйство», причем «и инвентарь, и скот могли быть взяты с добычей»¹.

Выпадение из права новейшего времени такого способа приобретения, как захват силой², несколько затрудняет восприятие этого обстоятельства, но среди идейных оснований архаичного права, в том числе и римского, оно занимало одно из ведущих мест.

Одной из главных мифологем любого архаичного общества является, как известно, представление о «первом космогоническом акте как акте насилия»³. Идея творящего акта насилия была настолько универсальной, что отрицать ее влияние на право было бы возможно только в том случае, если бы мы имели основание вывести право за пределы сознания человека, что, по-видимому, лишено смысла.

Чужие (*hostes*)⁴ воспринимались за пределами права (вне закона)⁵ и, следовательно, не могли считаться ни стороной в договоре, ни вообще субъектом, лицом (или иным аналогом этого понятия), а были равны предмету природы, т.е. подлежали захвату, как и охватываемое ими их вещное окружение⁶.

¹ Штаерман Е.М. История крестьянства в Древнем Риме. С. 60.

² В новое время оно редуцировалось до права военной добычи, которое, как справедливо отмечает Д.И. Мейер, принципиально отличается от военного захвата в античности, поскольку по современным представлениям иностранцы являются субъектами права.

³ Маковский М.М. Сравнительный словарь мифологической символики в индоевропейских языках: Образ мира и миры образов. М., 1996. С. 99.

⁴ Р. Иеринг пишет, что первоначально слово *hostis* означало гостя, чужого и врага, приводя этимологические выкладки. В связи с этим выводом находится и относящееся к архаике утверждение, что «военное положение считается... данным с самого начала международно-правовым положением; мир, рах есть только результат *pacisci*» (Иеринг Р. Дух римского права на разных ступенях его развития. С. 194–195). Автор увязывает происхождение слова «мир (рах)» с заключением договора (*pacisci*).

Л. Кофанов приводит толкование *hostis* Цицероном: «Ведь прежде этим словом называли peregrina, который пользовался своими законами, теперь же так называют того, кого раньше звали *perduellis* (воюющий враг)» (см.: Кофанов Л.Л. Обязательственное право в архаическом Риме. С. 55).

⁵ В отношении чужеплеменников никакие законы не действовали // История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины. М.: Наука, 1986. С. 475 (автор главы — В.А. Шнирельман).

По замечанию М. Монтеня, чужеземец для человека иного племени не является человеком (Монтень М. Опыты. Т. 1. М.: Наука, 1981. С. 36).

⁶ Характерно, что «имение, иметь — значит владеть по праву захвата». Имение в этом смысле противопоставлялось собственности (собине) как тому, что возникло в силу принадлежности к общности, к роду, причем очень важно, что имение первым начало выделяться в смысле собственности (см.: Колесов В.В. Мир человека в слове Древней Руси. Л.: Изд-во ЛГУ, 1986. С. 106).

Этот взгляд, конечно, идет из первобытности, являясь ее важнейшей идейной и практической основой: «...первобытные общества определяют границы человечества пределами своей племенной группы, вне которой они воспринимают себе подобных лишь как чужаков, то есть как грязных и грубых под-людей или даже как не-людей: опасных зверей или фантомов»¹.

Враг соотносится с понятием «потусторонний, находящийся на периферии» (в этом плане понятие «враг» совпадает с понятием «волк», которое также восходит к понятию «чужой», «находящийся на периферии», — речь идет о противопоставлении Центра и Периферии, Хаоса)². Чужой является источником страха. Р. Иеринг говорил, что общину пронизывал страх перед чужими, *horror alieni*³. Чужие не могли восприниматься нейтрально, как абстрактные лица. Р. Иеринг сравнивал саццетета, *homo sacer* с врагом, показывая, что саццетет, как и враг, вне закона, его участь — «быть изгнанным из общества к полевым зверям»⁴.

Г. Берман приводит высказывание К. Леви-Строса: «...наблюдателей часто поражает невозможность для дикарей иметь нейтральные отношения, точнее говоря, не иметь никаких отношений»⁵. У нас имеется ощущение, иллюзорное при этом, что отсутствие определенного родства порождает в нашем сознании такое состояние. Но предположение, что такова ситуация в первобытной мысли, не выдерживает критики. Всякая семейная связь означает определенную группу прав и обязанностей, в то время, как отсутствие семейной связи... означает вражду»⁶.

Б. Малиновский также отмечает у туземцев «смешение страха с сильным, почти агрессивным азартом и рвением — смешение запуганности и воинственности»⁷.

¹ *Леви-Строс К.* Первобытное мышление. С. 244. Далее автор, следуя своему пониманию тотемизма, показывает, что тотемизм не только фиксировал и отражал эту универсальную черту, но и создавал условия ее преодоления, в частности, тем, что для тотемов разными племенами использовались сходные термины.

² *Маковский М.М.* Сравнительный словарь мифологической символики в индоевропейских языках: Образ мира и миры образов. С. 87.

³ *Иеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития. С. 169.

⁴ Там же. С. 239. Эти высказывания весьма близки к выводам позднейших работ О. Фрейденаберг, показавшей архетипы казни и жертвоприношения как пересечение границы с потусторонним.

⁵ Это явление имело иные более системные последствия, отражаясь на способе устройства общества и прежде всего на роли в нем права. Право — это мера, а мера («мера — наилучшее», как говорили греки) — главная ценность античного полиса. Г.С. Кнабе пишет по этому поводу: «Принцип этот был в Риме осознан и положен в основу противопоставления античного мира миру варварства. Варварство — это всегда «либо-либо»: либо безоговорочное господство целого над частью и личностью, либо его изнанка — ничем не сдерживаемое бесчинство частного интереса, племени, клана, вождя, отдельного человека. *Varbarogum libertatis*, варварская свобода, называл это состояние Тацит» (*Кнабе Г.С.* Древо познания и древо жизни. М., 2006. С. 580). Нельзя попутно не заметить (хотя этот предмет обсуждался ранее), что именно так понимают свободу иногда и сейчас, тем самым выдавая и неприятие меры, и шире — отсутствие цивилизованности.

⁶ *Берман Г.* Указ. соч. С. 68. Этот вывод подкрепляется настойчиво отмечаемым Э. Бенвенистом фактом аффективной окраски всех архаичных обозначений принадлежности к группе или классу.

⁷ *Малиновский Б.* Избранное: Аргонавты западной части Тихого океана / Пер. с англ. М., 2004. С. 62. В связи с общей направленностью исследований Б. Малиновского, изучавшего туземную систему даров *кула*, этот факт может быть увязан и с иным его наблюдением: партнеры из разных племен, связанные обменом дарами, относятся один к другому не воинственно, хотя и не так тепло, как относятся к своим соплеменникам. Вообще участие в обмене дарами приводило к отношениям типа гостеприимства. «Партнерство в *кула* обеспечивает каждого из его участников несколькими друзьями из ближайшего района и несколькими дружественными союзниками в далеких, опасных и чу-

«У некоторых племен «человек» значит «из моей деревни». Первоначальное значение человека — «соплеменник», и племена в целом только это и означают своими наименованиями. Люди вне племени... представляются потом дьяволами, чертями (античное понятие «варвара» — чужеземца, лингвистически означающего «жителя преисподней»)»¹.

Не только у дикарей, но и в античном обществе наблюдалась похожая картина. И. Суриков, исследуя правосознание греков, отмечал, что «дурное отношение к врагам, ненависть к ним, мщение им — все это рассматривается ораторами² как однозначно позитивная ценность... Утверждения о пользе мести и ненависти чрезвычайно многочисленны...»³.

И еще «в средние века, — отмечает Г. Шершеневич, — положение иностранцев в Западной Европе было почти бесправное. Иностранец, как дикий, мог быть обращен в рабство...»⁴.

Захват врагов в качестве добычи можно считать известным прогрессом по сравнению с предшествовавшей эпохой, когда допускалось только их уничтожение (это соответствует тому периоду, следы которого почти утрачены, когда с чужим не могли устанавливаться никакие отношения, в том числе отношения присвоения). Вспомним библейское предание о том, как израильтяне, победив мидианитян, перебили воинов, но оставили себе женщин и детей. Узнав об этом, Моисей велел убить также мальчиков и женщин, оставив только девушек. Объяснение этого распоряжения видится в том, что «превращать врага из объекта мести в ценность, в товар казалось безнравственным»⁵. При сомнительной исторической достоверности события здесь, по-видимому, передана рефлексия на переход от уничтожения врагов к их пленению.

Захват, охота — это внешне направленная деятельность, которая не имела правового характера, однако рассматривалась как имеющая несомненный вещный результат: охоту и войну «можно рассматривать до известной степени как естественное средство для приобретения собственности»⁶.

жих районах» (Там же. С. 108). Разница состоит, как кажется, в том, что система даров именно систематичностью и отличается от гостеприимства, которое, как оно описано, — результат случая. Но систематичность сопоставима по своей тотальности с правом и потому может быть принята как вероятная модель установления правового, т.е. нейтрального, невраждебного и неагрессивного отношения к чужим. Интересно, что право невозможно в условиях открытой вражды и насилия (средством устранения которых оно и служит), но оно также не сочетается и с отношениями аффектированной, эмоциональной близости.

¹ Фрейдберг О.М. Миф и литература древности. С. 37.

² Известно, что ораторы стремились следовать наиболее распространенным, массовым представлениям.

³ Суриков И.Е. О некоторых особенностях правосознания афинян классической эпохи // Древнее право. 1999. № 2 (5). С. 39.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 78.

⁵ Дьяконов И.М., Янковская Н.Б., Ардзинба В.Г. Страны Восточного Средиземноморья в IV–II тысячелетиях до н.э. // История Древнего Востока. Часть вторая: Передняя Азия, Египет / Отв. ред. Б.Б. Пиотровский. М., 1988. С. 276.

⁶ Аристотель. Соч. В 4 т. Т. 4. М.: Мысль, 1983. С. 389.

«Артхашастра» также устанавливает: «То, что добыто из чужого (вражеского) имущества собственной доблестью, добывший получает в свое пользование» (Артхашастра, или Наука политики / Изд. подготовил В.И. Кальянов. М.: Наука, 1993. С. 207).

«Первоначально значение «война» соотносилось со способом добывания пищи первобытным человеком и потреблением этой пищи («хотеть», «съесть, получить удовольствие, наслаждение»).

...Значение «война» может соотноситься со значениями «желать, стремиться; достигать, получать, побеждать; наслаждаться; есть, питаться, любить... — *корм* букв. «то, что добывается с трудом, на охоте, на войне»¹.

«Ранг, власть, религиозная и эстетическая функции, танец и владение, рагар-негналиа и медь в форме щита, настоящие медные «экю»... завоевываются в результате войны: достаточно убить их обладателя — или завладеть одной из принадлежностей ритуала, одеждой, — чтобы унаследовать его имена, имущество, должности, предков, его личность»².

По мнению Леви-Строса, война и обмен выступают в обратимой связи: «...различного рода обмены представляют собой не что иное, как войны, имеющие мирное разрешение, а сами войны как таковые являются ничем иным, как результатам неудачных сделок»³.

«Первоначально торговля мыслилась как сражение, как битва». Это подтверждается очевидными связями таких слов, как меч (sword) и стоимость, ценность (worth, Wert); копьё (spear) и торговать; стоимость, цена (индоевропейская морфема *per). Вообще «меч связан с понятием божественного творения»⁴.

В развитие этих взглядов, опирающихся как на универсальность ситуации насильственного столкновения⁵, так и на вытекающие из такого столкновения имущественные последствия, можно привести также наблюдение В. Колесова, отмечающего в «Русской Правде» и текстах других жанров использование слова «чужой» применительно только к имуществу: «...русская форма слова «чужой» выражает обычно имущественные отношения»⁶. Хотя смысл высказываний и не сводится к поощрению захвата чужого, но появление на первом плане имущества, а не самих чужаков не только как субъектов права, но даже и просто людей, сколько-нибудь дифференцированных, выделенных из тайного, кромешного мира, подтверждает универсальность архаичной парадигмы, в рамках которой присвоение чужого имущества в неправовых формах определенно предшествует установлению любого неантагонистического общения с внешним миром.

Такие ключевые категории римского права, как *fides*, *sacer esto*, *terminus*, также имеют несомненную связь с идеологией деления мира на внутренний космос и внешний хаос, преисподнюю. Сама процедура *consecratio* (посвящения подземным богам), следующая за нарушением *fides*, «представляется действием, отделяющим что-либо или кого-либо... предмет *consecratio* становится только лишь

¹ *Маковский М.М.* Сравнительный словарь мифологической символики в индоевропейских языках: Образ мира и миры образов. С. 85–86.

² *Мосс М.* Об одной категории человеческого духа // *Мосс М.* Общества. Обмен. Личность: Труды по социальной антропологии / Пер. с фр. М., 1996. С. 272.

³ *Рулан Н.* Указ. соч. С. 145.

⁴ *Маковский М.М.* Указ. соч. С. 220–221.

⁵ Весьма подробно эта проблема рассмотрена Н. Руланом, вынужденным признать, что «какое бы значение войне ни придавали и какое бы будущее ей ни предсказывали, она в определенные исторические эпохи является распространенной формой отношений между обществами» (*Рулан. Н.* Указ. соч. С. 149 и сл.).

⁶ *Колесов В.В.* Мир человека в слове Древней Руси. С. 68.

«иным» по отношению к «космосу»...»¹. Известно, что homo sacer мог быть убит, и это не влекло никакой юридической реакции; такое убийство было не проступком, не казнью, а «простым актом насилия»². Нетрудно заметить, что в таком же положении находился чужой, враг. Стало быть, процедура удаления лица или вещи за пределы (terminus) упорядоченного мира, где он не имел юридической защиты, опиралась на ту же парадигму универсального разделения. Если следовать постоянно обнаруживаемой в архаике логике зеркального отображения, то насилие против своего так же невозможно, как и приятие чужого, поэтому своего приходится превращать в чужого, отселять его за границу, предел, чтобы насилие оказалось допустимым³.

Развитие оборота привело к дифференциации этого отношения. Наряду с сохранением любого не включенного в правовую среду чужаком положения врага, подлежащего захвату, что продолжало оставаться не только одной из материальных основ римского могущества, но и питало правовое сознание в указанном выше смысле, появилась другая сторона того же феномена — чужеземцы-медиаторы, прежде всего — торговцы, вокруг которых возникло мощное эмоциональное, религиозное, а также юридическое напряжение. Одним из ранних проявлений этого напряжения было возникновение ius commercium, позже оно юридически разрешилось в распространении римского гражданства на всех поданных империи Каракаллой. Разделяющий эти этапы многовековой период может рассматриваться как срок преодоления кардинального отчуждения, срок, почти равный всему времени существования римской цивилизации. Но даже и для завершающего периода характерны идеи, аналогичные высказанному Адрианом по частному поводу, связанному с попытками обойти интересы фиска и кредиторов путем расширения площади могильников, изъятых из оборота: «...в отношении римлян ничто не бывает неотчуждаемым»⁴.

Этапы этой метаморфозы отражаются в развитии значений понятия hostis, известного во время Цицерона как «враждебный», связанного также с терминами гостеприимства⁵. Э. Бенвенист замечает, что самые первые значения hostire, hostus, hostia связаны с воздаянием, равной компенсацией, выкупом, выравниванием⁶. Если это так, то можно, видимо, предположить, что здесь отражено исходное условие самой возможности контакта с чужаком, когда он даже не враг еще, а явившаяся преисподняя, пользуясь кругом понятий, предложенных О. Фрейденберг. Тогда обмен вещами, трапеза приводят к признанию чужого, с которым без этого

¹ Челинцева М.Н. Указ. соч. С. 236.

² Там же. С. 244.

³ Инерция этого универсального юридического и идеологического приема громадна, и ее сила легко может быть обнаружена и сегодня в самых различных сферах.

⁴ Ранович А. «Гномон идиолога» // Древние цивилизации: Древний Рим. [Изб. ст. из журн.] «Вестник древней истории». С. 74.

⁵ М. Маковский также отмечает двойственность значения понятия «враг»: кроме потустороннего, находящегося на периферии, явления хаоса, понятие «враг» соотносится также со значением «делать», «производить культовое («магическое») действие, в результате которого может вызываться как зло, так и добро, как проклятие, так и благословение» (Маковский М.М. Сравнительный словарь мифологической символики в индоевропейских языках: Образ мира и миры образов. С. 87).

⁶ Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов / Пер. с фр.; Под ред. Ю.С. Степанова. М., 1995. С. 78.

никакое общение вообще невозможно. А сам этот обмен вещами, лишенный экономического значения, становится способом сакральной компенсации, возмещения. М. Маковский подчеркивает связь значений «быть, существовать» и «менять»; «жизнь» и «расплата, искупление, торговля»¹.

Последующее развитие, когда чужеземцы приобрели некий статус, отнюдь не исключаящий еще кардинального деления на своих и чужих, сделало уже неактуальным и излишним сложный процесс установления отношений с чужим через ритуальный обмен. *Hostis*, «как и *xenos*, обозначая у Гомера «гостя», позже стало значить просто «чужестранец»².

В истории средневекового права можно отметить осознание того, что надлежащая форма имущественных правоотношений с чужаками, медиаторами — именно вещная, а не личная. Например, Л.А. Кассо подчеркивает, что известное европейскому праву правило, согласно которому евреи могли кредитовать христиан не иначе, как через заклад (в этом случае должник, потеряв заклад, освобождался от взыскания долга), было направлено на исключение личного иска займодавца, влекущее возможность личной зависимости. Оставалась только вещная связь — заклад³.

Поскольку враги не могли не оставаться вне реакции права, мы можем судить об отношении к ним лишь косвенно, оценивая статус прежних, адаптированных врагов — гостей. Связь здесь, конечно, не вызывает сомнений и видна хотя бы из известной общности слов *hostis* (враг) и *hospes* (от этого корня производны слова, обозначающие гостеприимство). О. Фрейденберг подчеркивает связь таких явлений, как торговля и гостеприимство, причем основой последнего был обмен вещами: «...у греков *ксены* обменивались вещами, то есть своими сущностями... у римлян *ксены*, и гость, и хозяин, разламывали вещь на части, которыми делились»⁴.

Объединение под покровительством Гермеса (Меркурия) таких видов деятельности, как странствия, торговля, воровство, обнаруживает единство в их противостоянии оседлой, единой и сплоченной общине, которую они разрушали как идейно — через признание чужих (гостей) людьми, так и материально — через вовлечение прежнего лично-имущественного единства в обмен⁵, требующий разобщения. Это противостояние, конечно, вызывало энергичный отпор, подтверждением ко-

¹ *Маковский М.М.* Сравнительный словарь мифологической символики в индоевропейских языках: Образ мира и миры образов. С. 155 и сл.

П. Слотердаик не без публицистического пафоса, но все же как философское обобщение формулирует идею: выживание возможно только за счет жизни. Если добавить — за счет времени жизни, то мы переходим к идее денег (подробнее эта идея рассмотрена в следующей главе).

² *Маковский М.М.* Сравнительный словарь мифологической символики в индоевропейских языках: Образ мира и миры образов. С. 79. Автор приводит факт преследования в аттическом праве иностранца, который выдавал себя за гражданина.

³ *Кассо Л.А.* Понятие о залоге в современном праве. М.: Статут, 1999. С. 72, 216.

⁴ *Фрейденберг О.М.* Миф и литература древности. С. 88–90.

⁵ Если говорить о возможной конкуренции между обменом внутри общины, долго не имевшем ни экономического значения, ни юридических форм торговли, и внешней, купеческой торговлей, что в нашем контексте, конечно, немаловажно, то до тех пор, пока действуют различные табу для членов сообщества, всегда выступавшего прежде всего как религиозное единство, сохраняются серьезные препятствия для внутреннего обмена, дававшие преимущества внешней торговле; известны фикции, с помощью которых облегчался обмен внутри общности: М. Вебер приводит пример «индийского кастового табу «рука ремесленника всегда чиста»» (*Вебер М.* Социология религии. Типы религиозных сообществ // Избранное. Образ общества. М., 1994. С. 108).

того стало распространение на странников божественной защиты¹, а это означало, что в такой защите была острая необходимость, как и вообще степень гостеприимства подразумевает ту же степень ксенофобии.

Сила этой реакции должна, конечно, многократно возрастать при насильственном столкновении с врагом, достигая абсолютных значений. Эта абсолютность и оказалась впечатанной в понятие собственности, тяготившее изначально, как мы видим, к присвоению захваченного.

С таким подходом согласуется и суждение Ф. Ницше, полагавшего, что «именно война (включая и воинственный культ жертвоприношений) дала все те формы, в которых наказание выступает в истории»². Хотя автор говорит об уголовном праве, в описываемую эпоху разделения на отрасли еще не произошло³ (там же подробно разбирается знаменитая норма XII таблиц, которая позволяла кредиторам расчленивать должника в частях, соответствующих долгу). Война — это нормальная форма отношений с чужими, т.е. с врагами.

О. Фрейденберг близко к высказываниям Ницше на этот счет отмечает, что и самый древний акт обмена вещами с чужаками, исключаящий, конечно, всякий личный момент, сохранял черты враждебного противостояния: «...гость приходит в боевом вооружении, готовый к схватке, и начинает с боевых действий. Место, куда он приходит, расположено на границе двух кланов («горизонт»). Гости кладут вещи-тотемы и уходят. Им выносят другие вещи «взамен» тех. Так рождается будущая торговля, так «гость» одновременно становится «купцом»⁴.

Основной элемент этой до-торговли — вещи. Первобытная торговля знает не людей, а только вещи, которые обмениваются безмолвно и даже невидимо.

¹ «Странники находятся под покровительством Зевса», — считали греки. Отметим не только божественное покровительство, но и привлечение главного божества пантеона, что может служить свидетельством как сравнительно позднего происхождения явления, современного молодому поколению богов, так и его значимости, но и уязвимости, требующих усиленной защиты.

² Ницше Ф. К генеалогии морали // Соч. В 2 т. Т. 2. М., 1990. С. 451. Здесь вновь, хотя и без акцентирования автором, звучит важная тема связи архетипов права с участием богов в имущественном распределении, поскольку жертвоприношения первоначально имели, конечно, и такую функцию.

³ Ведь не будем же мы говорить, что разделение до того синкретичного права началось с того, что гражданское стало использовать для своего генезиса исключительно формы отношений внутри общины, а уголовное — с чужаками, тем более, что мы уже убедились, что общинные связи в целом сопротивлялись становлению права.

Более обоснованными кажутся иные представления, не имеющие в своей основе отраслевого деления. Например, Э. Бенвенист, разбираясь с понятием «долг», приходит к выводу, что первоначально оно было шире, чем теперь, охватывая все случаи, когда налицо ситуация, в которой виновный должен возмещать ущерб «чем-либо взятым от себя, от своей собственной персоны или из своего имущества» (Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов. С. 132).

⁴ Нельзя не заметить, что в договоре между своими купца быть не может, отношения с купцом — принципиально иные, только вещные, без всякого личного элемента. Выделение в Средневековье торгового права все еще отражает эту ситуацию; и только с утратой торговым правом свойств обособленности от гражданского, мы можем констатировать преодоление в позитивном праве глобального разделения на своих и чужих. Соответственно и современные призывы к воссозданию торгового права заново выдают приверженность идеологии разделенного мира, враждебного окружения.

В этой связи можно отметить высказывание, «что из всех разновидностей средневекового западноевропейского права торговое право в наименьшей степени испытывало на себе влияние римских правовых форм» (Томсинов В.А. Рецепция римского права в Западной Европе в Средние века: постановка проблемы // Древнее право. 1998. № 1 (3). С. 171).

Начало торговли лежит во враждебных актах. Торгующие – враги, которые грабят и убивают друг друга. При рыночной торговле остался обычай, совершенно алогичный, – торговаться, запрашивать, бить руки при сделке и т.д. Этнографы указывают на враждебный характер примитивной, до-денежной торговли: продажа – враждебный акт, при котором обе стороны ведут себя как заклятые враги, препираются и дерутся. Это говорит о том, что такого рода мена происходила некогда в форме поединка, где «покупателем» был «победитель»¹.

Очевидно, что эта торговля, как и лежащий в ее основе захват, всецело покоится на насилии, которое лишь в слабой степени санкционируется самими общими сакральными нормами², вынужденно подтверждающими неизбежное, – добыча достается сильнейшему. Выторгованное у врага юридически не отличалось от захваченного победителем, о чем так точно пишет О. Фрейденберг, хотя идея поединка, как об этом будет сказано ниже, отражаясь в форме суда, в конечном счете соединяет в единой основе право на вещь.

Эти наблюдения приводят к важному выводу, который кажется парадоксальным только современному юристу: торговля как род занятий, промысел ближе к войне, выпадающей из права, чем к правовым формам и представлениям, рожденным куплей-продажей и другими сделками, совершаемыми соплеменниками.

Э. Бенвенист убедительно обосновывает «принципиальное различие между покупкой и продажей, с одной стороны, и коммерцией в собственном смысле этого слова с другой». При этом «торговля, перепродажа не являлись делом полноправных граждан, ею обычно занимались люди низкого сословия, которые даже не были жителями данной страны... иностранцы, вольноотпущенные»³. Это значит, что торговля (коммерция) не могла служить юридическим источником права купли-продажи и вообще не могла оказывать серьезного влияния на генезис гражданского права.

Захват военной силой не являясь, конечно, правом, становится им в силу признания такого захвата обществом. Следующим, а для нас ключевым вопросом является то, каким образом приобретенные в захвате черты возникшего права, и прежде всего его абсолютный и исключительный характер, проникли в оборот между своими, ориентированный потому на относительные связи, и привели к созданию единого, универсального права собственности.

Иного, кажется, не могло быть уже в силу универсальности оборота. Но умозрительность этого суждения, равно как и отсутствие в римском праве единого юридического понятия собственности (хотя различия носят преимущественно стадийный или ситуационный характер, не отрицая в принципе позиции «мое–чужое

¹ Фрейденберг О.М. Миф и литература древности. С. 93–94.

Автор говорит о первобытной, изначально враждебной неденежной торговле с чужими, не упоминая о подобном феномене в отношениях между своими. При этом практика обменов вещами внутри племени, клана имела широчайшее распространение, и О. Фрейденберг, конечно, много пишет об этом, говоря, например, о том, что «архаический обмен вещами в быту не имел экономического значения и не имел ничего общего с торговлей» (Там же. С. 94). Здесь очевидно радикальное противопоставление внешне схожих, особенно для современного человека, актов в зависимости от того, совершаются ли они в рамках своей общности либо за ее пределами, на границе, как пишет О. Фрейденберг, преисподней.

² Из «Илиады», римских историков и др. источников можно видеть, что всякие договоры между враждующими сторонами состояли в клятвах своим богам, хотя это не всегда было достаточной гарантией их соблюдения; юридической связанности непосредственно между чужими, т.е. врагами, не могло быть.

³ Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов. С. 105–106.

по праву»¹), заставляет более детально рассмотреть и этот вопрос. Примером, в котором по необходимости должны совпасть права на захваченное у врага и приобретенное по *ius civile* имущество, может быть распродажа «под копьём» отбитого у врага, в том числе и включающего награбленное врагом у римских граждан. Здесь купленное имущество не может иметь различный статус в зависимости от прежнего обладателя. Для этого аукцион носил форму не продажи, а судебного разбирательства под руководством консула, а собственность приобреталась через виндикационную формулу «*meum esse ex iure Quiritium aio*»² (утверждаю, что вещь — моя по праву квиритов).

Но наиболее серьезным доводом служит, конечно, тот, что само по себе правомерно отчужденное имущество не должно различаться в обороте. Здесь нас, однако, поджидает еще один серьезный вопрос. Ведь если захваченное у врага будет отчуждено по манципации, полученное право приобретает форму *usus auctoritas*, т.е. скорее относительную.

Остановимся в этой точке и вспомним, что источником правовых понятий в архаике служат прежде всего применяемые сторонами в судебном процессе формы защиты.

Можно чисто умозрительно представить, что приобретатель вещи имел альтернативу между утверждением «вещь — моя», которое, как видно, опирается на представление о насильственном³, т.е. первичном и «бесспорном» ее приобретении, и утверждением «вещь получена с применением меди и весов», что также дает прочное право, однако едва ли вещное. Если бы это предположение было верным, мы бы получили два типа процессов о вещи и два права принадлежности⁴, по крайней мере одно из которых было бы уж точно вещным. Но в реальности сложилась, как известно, один тип, причем его единство оказалось само по себе важнейшим обстоятельством. Именно поэтому многократно подчеркивалось, что «еди-

¹ В. Савельев, например, отмечает, что Гай отдавал предпочтение притязательным местоимениям: вещь «моя» — «твоя» либо указаниям на хозяина (*dominus*) для обозначения права собственности (см.: *Савельев В.А.* Власть и собственность: юридические аспекты собственности в праве классического периода // *Древнее право.* М., 1996. № 1. С. 114).

² *Кофанов Л.Л.* Указ. соч. С. 89.

³ М. Казер отмечает, что сама формула виндикации (*meum esse* — это мое) указывает на насилие (*Diosdi.* Op. cit. P. 68).

А.П. Сергеев в согласии с традиционными взглядами пишет, что и *vim dicere* означает «объявлять о применении силы» (*Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого.* 2-е изд. Ч. 1. М., 1997. С. 444).

⁴ Учитывая казуистический способ рассуждения римских юристов, исключить такой вариант, может быть, и нельзя. Ведь говорил же Цицерон, доказывая, что по природе вещь не может оказаться в частной собственности: все становится частным либо вследствие древней оккупации, либо если кто пришел на пустующие места, либо вследствие победы, либо по условию, договору, закону, жребью. Здесь мы к двум нашим формам — вследствие победы и по договору — получаем еще и третью — по оккупации. Тем более замечательно, что победило единое понятие собственности, а различия оснований были перенесены в способы приобретения этого единого права.

Интересно, что более позднее обобщение способов приобретения доминия, данное Д. Ульпианом: «*Dominium* на отдельные вещи приобретается нами путем манципации, традиции, давности, *in iure cessio*, присуждения, закона» (*Юлий Павел.* Пять книг сентенций к сыну. Фрагменты Домиция Ульпиана / Отв. ред. Л. Кофанов. М., 1998. С. 190–191), уважительно повторяя эмпирически находимый Цицероном монизм собственности, в то же время показывает вытеснение внеоборотных способов получения собственности оборотными.

ная форма виндикации внесла громадный вклад в формирование классического понятия собственности»¹.

Если ранняя форма виндикации – *legis actio sacramento in rem* – использовала идею захвата, то непосредственно выросшая из нее и имитирующая ее форма *in iure cessio* (уступка вещи в форме инсценированного виндикационного процесса) обнаруживает уже идею, вполне применимую к договору: «...перед магистратом... тот, кому вещь переуступается, держа ее, произносит: «я утверждаю, что этот человек мой по праву квиритов». Затем, после того, как он заявил такую виндикацию, претор спрашивает отчуждающего, не имеет ли он какой-нибудь претензии? Когда этот последний скажет, что нет, или молчит, тогда претор присуждает предмет виндицирующему (приобретающему); эта форма, которую можно совершать также в провинциях перед наместником, называется *legis actio*»².

Хорошо видно, как договор поглощен формой виндикации, а это значит, что результат договора не может формально отличаться от результата виндикационного процесса.

Как представляется, право принадлежности, возникающее из договора, следует за правом, устанавливаемым захватом. Такое, не только хронологическое (можно, согласившись с Д. Дождевым, говорить и о развертывании института в иной сфере) отставание объясняется прежде всего, конечно, тем, что пока непоколебима позиция *familia*, существует «принципиальная неотчуждаемость семейного имущества»³, идеологические основания и конкретные юридические следствия которой обсуждались выше. И только по мере распада фамилии, равно как и других форм архаичной общности, и установления автономии лица слабеют и препятствия к отчуждаемости имущества. Важнейшим обстоятельством, связанным, кажется, именно с таким отставанием, оказывается то, что порожаемое договором (в том числе и главным образом – купли-продажи) право на вещь не всегда оказывалось абсолютным, а первоначально и вовсе «перенос собственности не является нормальным эффектом передачи вещи (будь то посредством манципации или *traditio*) на основании договора купли-продажи»⁴, причем – и это самое важное – оборот об-

¹ *Diosdi*. Op. cit. P. 104 и др.

² *Gai*. Институции. С. 91.

³ *Дождев Д. В.* Основание защиты владения в римском праве. С. 50.

⁴ Там же. С. 110.

Автор пишет не об отставании, а, пожалуй, еще более решительно, о том, что купля-продажа «(emere) оказывается вне плана собственности и сделок с реальным эффектом».

Эта идея пребывания купли-продажи в иной плоскости, чем собственность, позволяет удачно объяснить некоторые не вполне логически согласованные нормы современного права, например обязательность права собственности на стороне продавца (или во всяком случае традента) при полагаемой в то же время вполне допустимой возможности отсуждения вещи у покупателя (ст. 461 ГК РФ).

Идея неродственности или даже чуждости собственности и оборота сама по себе, на мой взгляд, верна. Из нее вытекает ряд фундаментальных и более частных следствий. Одно из них – коллизия собственности и владения, о которой много говорится в этой книге. Фундаментальным является также деление прав на вещные и обязательственные. Характерно, что Л. ван Влит приводит объяснение выбора модели абстрактного перехода собственности (т.е. перехода независимо от действительности основания), данное германскими цивилистами в мотивах к первому проекту ГГУ, именно необходимостью проведения более четкой грани между правом собственности и обязательственным правом (*Van Vliet Lars Peter Wunibald*. Transfer of Movables in German, French, English and Dutch Law. *Ars Aequi Libri*. 2000. P. 192).

наружил достаточную пластичность и вполне приспособился к возможным несовершенствам полученного из договора права.

То, что виндикация и вытекающая из нее идея собственности сложились именно по модели, опирающейся на насильственный захват, можно объяснить по-разному: и слабым развитием обмена как источника оспоримого имущества сравнительно с захватом (особенно поскольку речь идет о рабах, которые обычно фигурируют в упоминаемых классиками формулах), и тем, что сама манципация, возможно, опиралась на ситуацию завладения силой (такие взгляды высказывались как на базе самой манципации, так и в силу ее близости виндикации), и, наконец, тем, что в публичной сфере, которой охватывалась и военная служба, индивидуализация, становление личности начались раньше, чем в *familia*, и поэтому именно отсюда проникали первые правовые импульсы, противостоящие имущественным формам общности, в том числе – собственности¹. Можно вновь сослаться на работу Е. Штаерман о римском крестьянстве, в которой постоянно сопоставляется и противопоставляется важная роль военной службы для римского простолюдина-земледельца. Автор также обращает внимание на такой характерный факт, как различный режим общинной земли и «земель, «отнятых у врагов» и предоставленных для оккупации (*agri occupatorii*)». Для захваченных земель не действовали ограничения по размеру, тогда как для общественных земель имелся максимум, ограничивающий надел таким размером, какой мог обработать владелец².

Решающим обстоятельством, видимо, стало то, что полученная из столкновения с врагами идея полного, исключительного господства над приобретенным, исключаяющим всякую возможность соучастия, оказалась в наибольшей степени отвечающей тенденции высвобождения личности из архаичного лично-вещного единства, тенденции, имеющей, конечно, не одно имущественное, но и гуманистическое содержание. Личность освобождалась не только от поглощения семьей, но и от подчинения вещам, их мистическим свойствам. (Как тут не вспомнить замечание Н. Бердяева, что собственность не лишена мистериозности.)³ Чужие, вражеские вещи, конечно, тоже не были лишены этой силы, за-

¹ Если стоять на позиции глубокой сакрализации имущественных отношений, то поглощение вещей *familia*, выступающей прежде всего как сакральное единство, исключает абсолютность всякого вещного права, пока вещи принадлежат богам (в том числе и обожествленным предкам) или также и богам. Тогда захват вещей, ранее принадлежавших чужим богам, повседневная зависимость-связь с которыми невозможна, создает принципиально иную ситуацию.

Впрочем, эта ситуация может быть представлена также через древнее противопоставление двух божественных явлений: волшебного (связывающего) и воителя. М. Элиаде пишет об «архаическом индоарийском противопоставлении «владыки-волшебника» и «владыки-героя», обладателей соответственно духовной и физической силы» (например, Уран и Зевс; имеется и вавилонский аналог: Мардук борется не силой, а с помощью сетей, заковывая врага) (*Элиаде М.* Трактат по истории религий. Т. 1 С. 167). Нетрудно заметить, что верховный бог, связывающий и карающий нарушителей договора, охватывает личные связи, тогда как движение вещей от него ускользает и доступно лишь силе, пусть и божественной.

² Штаерман Е. М. История крестьянства в Древнем Риме. С. 173.

³ Эта зависимость имела прежде всего религиозные формы, ведь наряду с универсальной «презупцией существования единого, неизменного собственника, которым признается юридическая фикция – божество или дух предка», вся архаичная религиозная и юридическая практика исходила также из «при-

частую вредоносной¹, но она не была прямо направлена на связь, а тем более — на подчинение, как в обряде манципации, ведь для победителя «боги неприятеля — не боги»². Захваченное имущество не могло поэтому создать какие-либо механизмы подчинения или любого типа зависимости, как не могли сложиться никакие иные формы юридического общения с врагами³: «...Всеобщий запрет на общение с другими племенами существовал с момента зарождения общества... на подсознательном уровне»⁴).

Противопоставление своего и чужого имущества лежало в самой основе архаичного сознания и имело прежде всего сакральную почву. Например, если по мере секуляризации быта возник запрет на запрещение дарения земли богам (юридической основой этого запрета был универсальный прием перенесения высшей собственности на землю от божества на римский народ, а впоследствии — на принцепса), то земли, взятые у врага, могли посвящаться римским богам, хотя такое право имели лишь главнокомандующие, замечал Цицерон⁵.

Э. Бенвенист приходит к важному выводу, что в основе понятия купли первоначально лежал акт выкупа захваченного человека из рабства или плена. А слово «продавать» означало сначала «приносить в жертву». Таким образом, первоначально значения «покупать», «освобождать» были связаны, «соотносились с человеком и были пронизаны представлениями о религиозных ценностях». При чем «право собственности берущего в плен на того человека, который попадает в плен, перепродажа пленников, продажа людей с торгов⁶ — таковы условия, в которых постепенно вырабатывались понятия «покупка», «продажа» и «стои-

знания существования сверхъестественных сил и их участия в юридическом процессе» (*Синицына И.Е. Человек и семья в Африке. М.: Наука, 1989. С. 122*).

¹ Отметим обычай прислуживания господ своим рабам во время Сатурналий, «чтобы на самом деле не попасть в рабство врагам из-за того, что случится что-либо, что может принести им вред» (*Кофанов Л.Л. Указ. соч. С. 156*).

А женскому соответствию Сатурна — Луа «посвящалось оружие убитых врагов, возможно, для искупления пролитой крови и для отвращения ее вредоносного влияния на посевы» (*Мифологический словарь / Гл. ред. Е.М. Мелетинский. М., 1990. С. 479*).

² *Александренко В.Н. Международное право Рима (признавал ли Рим существование международного права? Каковы внешние формы его проявления?) // Древнее право. 1999. № 1 (4). С. 217.*

³ Отражение этого феномена можно наблюдать в некогда универсальных и частично сохранившихся до наших дней системах «персонального» права, когда подчинение некоторого сообщества определенной системе норм с одновременным исключением из нее «чужаков» не увязывается ни с территорией, ни с государственным суверенитетом. Например, в современном мусульманском праве сохраняются нормы «личного статуса», действующие для мусульман, причем «они занимают центральное место в системе мусульманского права... Данные нормы запрещают мусульманке выходить замуж за немусульманина. Институт вакуфного имущества исходит из признания верховного права собственности на такое имущество за Аллахом и использования его на религиозно-благотворительные цели» (*Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право: Вопросы теории и практики. М.: Наука, 1986. С. 9–10*).

⁴ *Кашанина Т.В. Происхождение государства и права: Современные трактовки и новые подходы: Учебное пособие. М.: Юрист, 1999. С. 32–33.*

⁵ *Штаерман Е.М. История крестьянства в Древнем Риме. С. 36.*

⁶ Различие между приватной продажей и продажей с торгов (впрочем, коллективность манципации несколько ретуширует резкую грань между этими двумя процедурами), может быть, вероятно, объяснено наряду с иными причинами и влиянием на акт первой продажи (не случайно приобретение с торгов квалифицируется как первоначальное приобретение) стоящего за ней акта насилия (таким образом находится общее основание у продажи под копьём и продажи имущества неисправного должника, который подвергнут акту наложения руки).

мость»¹. Замечательно, что здесь подчеркнуты сразу два момента, которые необходимо доказать для подтверждения наших представлений о генезисе собственности: тесная связь между куплей чужого и актом религиозного освоения, присвоения (причащение — наиболее устойчивое значение жертвоприношения) через жертву и ведущая роль захваченного силой для формирования исходных представлений о собственности. А совпадение этих источников, избавляющее от сомнений в наших выводах, в том, что «принципом жертвоприношения является насилие»².

Ж. Батай размышляет над имущественным содержанием жертвоприношения: тот, кто пользуется трудом своего пленника, раба (выступавшего как жертва и как объект причащения), «разрывает узы, связывающие его с ближним. Недалек тот час, когда он будет готов продать его»³.

Противопоставление гражданского оборота насильственным отношениям с чужими содержало в себе и другой конфликт уже внутреннего происхождения, ведь насилие в имущественной сфере имело место и внутри общества. И это повлекло выделение специфических отношений, оказавшихся также в оппозиции обороту в гражданских формах.

Всякая вещь, полученная от собственника помимо его воли, считалась опороченной как ворованная. Вора можно, стало быть, рассматривать как врага среди своих, что прямо вытекает из приравнивания воров и чужаков в законе Атиния.

Ворованная вещь не могла быть приобретена в квинтскую собственность через приобретательную давность. Закон Атиния гласил: «Что будет украдено, если не вернется во власть того, у кого было украдено, пусть контроль над этими вещами будет вечным (*aeterna auctoritas*)». М. Мосс дает этому закону объяснение, исходящее из сохраняющейся у собственника власти над украденной вещью, «из силы самой вещи»⁴. Если в рамках манципации искались средства преодоления этой силы вещей, то кража, конечно, никак не давала повода для такого развития отношений. В то же время феномен кражи, отталкивание от нее были существенным импульсом развития форм права на вещь.

Прежде всего обращает на себя внимание чрезмерно, на современный взгляд, широкое понимание воровства, определяемое как «захват чужой вещи вопреки воле ее господина»⁵, — понятие по сути частноправовое.

Согласно Гаю, «воровство бывает не только тогда, когда кто-либо уносит чужую вещь, но вообще, когда кто присваивает себе чужую вещь вопреки воле хозяина». Примером воровства (*furtum*) Гай считает даже пользование (не присвоение) вещью, отданной на хранение.

Возможен и *furtum* собственной вещи — изъятие ее у залогодержателя или похищение у добросовестного владельца⁶.

¹ Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов. С. 99–101. С этими выводами можно соотносить, вероятно, и тот факт, что в римских юридических формулах предмет манципации часто обозначался как «человек» (*homo*).

² Батай Ж. Проклятая доля / Пер. с фр. М., 2003. С. 52.

³ Там же. С. 49.

⁴ Мосс М. Очерк о даре. С. 98, 176.

⁵ Смирин В. М. Римская *familia* и представления римлян о собственности // Быт и история в античности. М.: Наука, 1988. С. 32.

⁶ Гай. Институции. 3, 195, 196, 200. С. 243, 245. В связи с последней нормой не может не восприниматься как отдающий варварством контраст современного российского права (в этом отношении пере-

Надо полагать, что это воззрение возникло не без влияния идей Платона, заявлявшего в «Законах»: «Никто не должен похищать ничего из чужого имущества, ни пользоваться чем бы то ни было из того, что принадлежит соседям, без разрешения на то со стороны владельца»¹.

Там же установленное основное правило в деловых взаимоотношениях людей: «...пусть никто по мере возможности не касается моего имущества и не нарушает моей собственности, даже самым незначительным образом, раз нет на то всякий раз моего особого разрешения. И я буду точно так же относиться к чужой собственности»², представляя собой убедительное обоснование vindikacji (как и владельческой защиты), исходит из того же понимания хищения.

Диосди, опираясь на Гая и других авторов, говорит о «широком понимании кражи (*furtum*), охватывающем любое сознательное распоряжение чужой вещью без согласия владельца»³.

Расширение сферы понятия кражи едва ли можно объяснить несовершенством понятийного юридического аппарата, ведь внутри *furtum* были достаточно разработанные разграничения (укажем, например, на открытое похищение — *furtum manifestum*, влекущее повышенную штрафную ответственность). Возможно, здесь есть определенная связь с начавшейся социальной дифференциацией и вытеснением прежних форм имущественных отношений из быта, что могло бы повлечь чрезмерное усиление реакции, в том числе и путем отнесения к краже иных, прежде обычных и правомерных форм реализации принадлежности, известных, например, из этнографии и истории права⁴. Ведь, как отмечал еще Фрейд, усиленная защита нужна против того, к чему имеется наибольшая склонность⁵.

Однако при расширении понятия кражи защита в целом оставалась частноправовой (возможно, что именно последующее перемещение ее в публичное право и вызва-

нявший отношение к владению у советского), никак не реагирующего на любые насильственные действия собственника по отношению к добросовестному владельцу.

¹ Платон. Соч. В 3 т. Т. 3. Ч. 2. М.: Мысль, 1972. С. 375.

² Там же. С. 410.

³ *Diosdi*. Op. cit. P. 146.

⁴ «Чем ближе были взаимоотношения между индейцами-кубео, — пишет, например, В. Шнирельман, — тем проще им было брать и использовать вещи родственников, причем случавшаяся при этом утрата вещи никого особенно не огорчала и не вызывала каких-либо ссор. То же самое зафиксировано у африканских тонга и некоторых других народов. Интересно, что при этом понятие «кража» было у кубео уже известно. Но это понятие связывалось только с использованием пищи с чужого огорода, что сурово наказывалось» (История первобытного общества. Эпоха первобытного родового общества / Под ред. Ю.В. Бромлея. М.: Наука, 1986. С. 351). Ср. с отмеченным М.В. Духовским строгим осуждением кражи (сравнительно с другими нарушениями) русской общиной: «вору мира нет» (см.: *Егоров С.А.* Пионер уголовной политики (О взглядах известного русского юриста М.В. Духовского) // Журнал российского права. 1998. № 7. С. 146).

Можно также заметить, что «в старом Китае сын, укравший имущество отца, не признавался вором» (*Кычанов Е.И.* Основы средневекового китайского права (VII–XIII вв.). М.: Наука, 1986. С. 195).

Павел отмечал, что по «природе вещей» невозможен иск из воровства к сыну и иному подвластному (*Дождев Д.* Основание защиты владения в римском праве. С. 88).

⁵ В. Латышев давал сходное объяснение: «...в обществе, стоявшем еще на низкой ступени интеллектуального развития, право собственности не пользуется еще особенно высоким уважением, воровство составляет обыденное явление и потому часто преследуется в законодательствах весьма суровыми мерами как страшный бич для населения» (*Латышев В.В.* Очерк греческих древностей. Государственные и военные древности / Под ред. Е.В. Никитюк; Вст. ст. Э.Д. Фролова. СПб.: Алетей, 1997. С. 138).

ло ограничение, а также и изменение предмета защиты, причем можно заметить, что понятия своего и чужого имущества не вполне тождественны в частном и публичном праве, поэтому говорить о согласовании этих процессов нет достаточных оснований).

Сохранение *furtum* в сфере частного права, конечно, не могло не сыграть важнейшей роли в становлении и собственности, и владения. Хотя здесь вор занимал позицию врага, но в отличие от врага настоящего вор находился в рамках права, а это давало возможность юридического освоения ситуации.

Диошди обращает внимание на то, что «в Древнем Риме — как и в других неразвитых правовых системах — средства защиты собственности были тесно связаны с преследованием за кражу»¹.

О том, что виндикации предшествовало судебное преследование за воровство, упоминают многие романисты².

В этом случае виндикация, особенно ранняя, в которой «не столько право истца на вещь, сколько деликт ответчика служит основанием иска»³, оказывается процессом истребования краденной вещи, поскольку ответчик не может сослаться на приобретение вещи от истца: ведь если вещь получена им помимо воли владельца, налицо кража (в ее классическом римском понимании).

Понятно, что если в основу процесса ставится получение вещи помимо воли истца и тем самым ссылки на эту волю исключены, то предоставляемая в рамках такого процесса защита, а значит, и защищаемое право не могут приобретать каких-либо форм относительности, если иметь в виду взаимоотношения сторон. Ведь если возможность повторения процесса *l.a.s.i.r.* (что исключается после петиторного иска) могла бы еще рассматриваться как свидетельство неокончателности, неполноты защищенного права, то против другой стороны в деле присуждение носит окончательный, абсолютный характер (эту особенность подчеркивают критики теории относительной собственности М. Казера). Эта абсолютность сама по себе еще не означает приобретения защищенным правом вещного характера, но то обстоятельство, что предполагаемым вором, а значит, и ответчиком может оказаться любое лицо, причем заведомо не связанное с истцом взаимоотношениями по поводу вещи (еще раз напомним понимание кражи как приобретения вещи без разрешения собственника), и придает этому праву те определяющие черты, которые превращают его в право вещное. Такому праву в наибольшей степени соответствует право, получаемое на вещь, насильственно захваченную у врага, что и воплощено, надо полагать, в ритуале возложения фестуки на спорную вещь⁴.

¹ *Diosdi*. Op. cit. P. 103.

² См. высказывания М. Казера, Диошди в кн.: Современные исследования римского права: Реферативный сб. / Под ред. В.С. Нерсесянца и др. М.: ИНИОН АН СССР, 1987. С. 104, 98. Ср. также: «Насильственное присвоение недвижимости влечет за собою наказание как за воровство» по «Артахашастре» (Артахашастра, или Наука политики. С. 182).

По Русской Правде свод — отыскание ответчика при обнаружении утраченной вещи — завершается признанием ответчика вором, а если свод прерван по известным основаниям, то последующие поиски вора все же предполагаются как завершение свода, который «кончается открытием преступника» (*Владимирский-Буданов М.Ф.* Указ. соч. С. 588—589).

³ *Покровский И.А.* История римского права. Пг., 1918. С. 248.

⁴ Сила ритуала требовала и материального присутствия этой вещи, что заставляло доставлять предмет спора в его натуральном виде в суд (если спор шел о земельном участке, приносились комья земли). Эти факты не позволяют недооценивать первоначальной значимости самого ритуала.

Таким образом, можно предположить, что источник вещного права коренится в идее насильственного захвата вражеского имущества и получает собственные юридические формы в виндикационном процессе¹, сначала ориентированном на исключающее личные имущественные отношения истребование краденой вещи. Тогда та радикальная грань, которая отделяет относительные права от прав вещных, — это та же грань, которая первоначально отделяла обмен взаимно признающих друг друга лиц как систему волевых актов от захвата вещей помимо и вопреки воле собственника².

Совмещение в вещном праве взаимоотношений с чужими и ворами косвенно подтверждается не только тем, что они «просвечивают» в виндикационном процессе: предполагаемый враг³ как объект захвата и предполагаемый вор как ответчик, — но также и тем, что и против чужого, и против вора (впоследствии украденной вещи) равно действует «вечная власть» правопредшественника — *aeterna auctoritas*⁴; *auctoritas*, возникающую из манципации, можно в данном контексте понимать как способ пребывания в сфере сделок, оборота, волевых отношений в их гражданских (т.е. отвечающих требованиям *ius civile*) формах, а *aeterna auctoritas* тогда свидетельствовала о выпадении из гражданского оборота. Это совершенно естественно, ведь первейшим антиподом права выступает всегда насилие, и поскольку право как феномен идеальным становится через волевые отношения людей, постольку материальное насилие оказывается противопоставленным праву (применительно к воровству эта идея выражена через негативное определение — приобретение против воли).

Здесь проблема получает большую глубину: каким образом насилие или связь против и помимо воли, т.е. явления по определению неправовые, привели к образованию права, хотя бы (здесь кажется уместной и даже содержательной эта уступительная формула) и вещного? Именно в этой точке нас оставляет Гегель, объяснивший вещные права недоразумением, но именно здесь его логика становится в наибольшей мере ясна. Ведь если право выступает как волевое, идеальное отношение (разворачивание его в обмене — лишь конкретная форма его бытия, дающая ему непосредственное содержание), то за пределами воли права быть не может.

¹ Об изначальном сакральном единстве спора о вещи через жребий и войны говорит и Хейзинга: «В фазе культуры, когда отправление правосудия, жребий, игра на удачу, спор об заклад, вызов, единоборство и суд божий, как вещи священные, располагались рядом друг с другом в одной сфере понятий, война, по роду ее, неминуемо должна была попасть в тот же самый круг представлений» (*Хейзинга Й. Homo Ludens*. С. 96).

² Здесь правомерно возникает вопрос о возможности систематического обмена насильственным образом, который исторически возникает лишь между сообществами, а не лицами и чаще всего принимает формы разбоя, грабежей, пиратства, хищнических набегов. Эти явления в силу их неправового характера не могут повлиять на складывание права, как об этом говорилось выше.

³ Характерно, что Цицерон различает в терминологии XII таблиц два обозначения тяжбы: общее, подчеркивающее враждебность сторон (тяжба, ссора врагов, недругов), и более мягкое, специально для соседей (спор). Нам здесь кажется важным подчеркнуть применимость терминов, обозначающих вражду, врагов, для обозначения архаичного процесса. (При расхождениях в переводе смысл высказывания не затрагивается: см.: Цицерон. О государстве // Цицерон. Диалоги / И.Н. Веселовский, В.О. Горенштейн, С.Л. Утченко. М.: Наука, 1994. С. 73; Штаерман Е.М. Римское право // Культура Древнего Рима. Т. 1 / Отв. ред. Е.С. Голубцова. М.: Наука, 1985. С. 217.)

⁴ В классическом праве *auctoritas* означала невозможность приобретения вещи по давности (см.: Бартошек М. Римское право: Понятия, термины, определения. М., 1989. С. 36). Л. Кофанов дает иные значения *auctoritas* (Кофанов Л.Л. Указ. соч. С. 54).

Настала, видимо, пора вспомнить о том онтологическом противоречии, явственным ощущением которого никогда не покидает юриста при решении эмпирической задачи определения вещной или обязательственной природы конкретного права.

Всякое имущественное право так или иначе связано с вещью, но вещь обладает собственным бытием, которое с момента отделения мира вещей от мира людей (а это — другая сторона ухода Бога в чисто идеальную сферу) оказывается внешним, только материальным, лишенным всякого идеального, а значит, и правового содержания. Следовательно, поскольку воздействие на это внешнее, материальное бытие остается таким же внешним, неправовым, механическим, постольку оно лишено положительного правового содержания. В то же время, когда материальная деятельность осуществляется в силу сложившейся волевой связи, она наполняется идеальным содержанием и становится правовой, а материальные предметы, вещи вполне поглощаются этой деятельностью, оставаясь, однако, по-прежнему уязвимыми для внешних воздействий, лишенных идеальной санкции¹. Это кардинальное размежевание природы любого воздействия на волевое, идеальное, внутреннее, дозволенное и внешнее, механическое, недозволенное не может быть устранено, пока не устранена сама материальность вещи, ее собственное бытие вне права.

Соответственно этому кардинальному качественному разделению способов воздействия на вещь возникают и качественно различные ситуации их юридического выражения, фиксируемого в ключевом юридическом феномене права. Если воздействие происходит в рамках волевой, идеальной связи (а содержательная идеальная связь возможна лишь с конкретным лицом), право обращено к лицу, и это — личное право. Если вещь испытывает воздействие внешнее, не имеющее волевого основания, право обнаруживает себя как лишенное личной силы, как право вещное².

¹ М.М. Агарков пишет: «Вещные права направлены против всякого и каждого и поэтому могут быть нарушены всяким и каждым» (*Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву // *Избранные труды по гражданскому праву.* В 2 т. Т. 1. М., 2002. С. 199).

На самом деле — как раз наоборот: потому, что вещное право может быть нарушено всяким и каждым (в силу материальности владения), оно и имеет защиту против всех и каждого. По этой же причине оказываются защищены и обладатели прав обязательственных, поскольку они владеют, и владельцы вовсе без прав, незаконные владельцы. Отсюда вытекает трудная для многих проблема примирить абсолютную защиту условных и незаконных владельцев с очевидным отсутствием у них вещного права. Как можно видеть, источник трудности — в ненужном переворачивании исходного силлогизма. Если его строить в обратном порядке, затруднения исчезают. Но возникает другая проблема — в чем же тогда суть вещного права? Конечно, не в способе защиты, как я и пытаюсь показать. (В цитате из труда М. Агаркова я опустил указание на «иные абсолютные права», не имеющее отношения к нашей проблеме.)

² Вытекающую отсюда возможность снабжения обязательственных прав в известных случаях защитой вещного типа невозможно объяснить, оставаясь только в рамках права: ведь сама ситуация возникает вне права, и, как справедливо замечает Л. Ефимова, если «в конечном счете законодательство имеет дело только с правом», то защита обязательственных прав с помощью абсолютных исков поставлена в «зависимость от конкретных обстоятельств и потребностей» (см.: *Ефимова Л.Г.* О соотношении вещных и обязательственных прав. С. 38). При этом попытки найти для этого феномена определенные юридические основания сталкиваются с едва ли разрешимыми трудностями.

Е. Баринаова пытается обосновать абсолютную защиту, даваемую независимо от характера права (автор поддерживает идею деления прав на вещные и обязательственные), тем, что «вещи — обособленные в пространстве материальные предметы, следовательно они наиболее уязвимы, а потому закон и берется их охранять. Вот и все, защита предоставляется исключительно исходя из практических потребностей управомоченных лиц» (*Баринаова Е.* Вещные права — самостоятельная категория // *Хозяйство и право.* 2002. № 8. С. 31). Хотя Е. Баринаова, кажется, подчеркивает, что ее вывод не претенду-

Тот исторический материал, который изложен ранее, позволяет увязать это кардинальное различие с другим универсальным разделением всего окружающего мира на своих и чужих: внешний, вещный контакт с собственником восходит к архетипу столкновения с чужим, которое когда-то выступало и этот след не исчез, как отношение с вещью, а не с лицом. Изначальная и неистребимая, как свидетельствует неудавшийся недавний опыт, ситуация отчуждения¹ остается прочным историческим и онтологическим фундаментом собственности.

Наконец, нужно ответить на вопрос: почему воздействия неправового и прежде всего насильственного характера не могут быть защищены такими же неправовыми, насильственными средствами (в этом случае нужды в праве не возникает)?

Во-первых, в принципе и особенно на первых порах такая защита не исключена, ей придана имеющая вторичное, последующее, надо полагать, обоснование в юридической форме самозащита (особенно в сфере владения)².

ет на глубину, а отражает очевидность (отсюда оборот – «вот и все»), на мой взгляд, удовлетворительным его назвать нельзя. Во-первых, непонятно, что все же защищается правом: оказавшиеся вследствие обособления уязвимыми вещи или имеющие потребности управомоченные лица. Следующий вопрос: от кого обособились вещи? Наверное, от управомоченных лиц, но как тогда эти лица удовлетворяют свои имущественные потребности, если они утратили физическую, телесную связь со своими вещами? Или только вещи обособились от людей, а люди от вещей не отделились? Если же вещи обособились от других вещей, то, наверное, нужно говорить о всех вещах, перешедших из хаоса континуума в обособленное, дискретное состояние.

Другой аргумент Е. Бариновой, состоящий в ссылке на потребности управомоченного лица как основание защиты, не более убедителен. Сама по себе потребность, как бы ни казалась она важна лицу, пусть и управомоченному, еще не дает ему права на защиту. Конечно, право имеет своим основанием интерес, а интерес – потребность, но ни потребность, ни интерес отнюдь не всегда дают право, в том числе – право на иск или иную защиту.

Полагаю, что попытка Е. Бариновой при объяснении феномена абсолютной защиты отказаться от классического понятия владения как физического господства, а значит, и связи владельца с вещью не привела к успеху. А классическое понятие владения означает, что нарушение владения невозможно без насилия по отношению к владельцу (а никак не вещи). Следующий вывод очевиден и давно известен: поскольку фактическое владение (=физическое господство над вещью) осуществляется как субъектом вещного права, так и субъектом права личного, а также и лицом, вовсе никакого права не имеющим, то такое владение может быть нарушено насильственным, т.е. неправовым, образом любым лицом.

Соответственно защита от насилия дается от любого нарушителя независимо от характера права на вещь, находящуюся во владении потерпевшего, и даже независимо от того, имеется ли такое право. А защищаемая потребность состоит, как выясняется, в отражении всякого насилия и самоуправства. Сомневаться в такой потребности, конечно, не приходится, но очевидно, что она равно присуща любому лицу в качестве интереса, никак не составляет однако особенностей субъективных прав отдельных лиц, потому вовсе не пригодна ни для классификаций, ни для любых юридических противопоставлений. И потребность в отражении самоуправного насилия – не только частная, но и общая, публичная.

Тот факт, что к насилию приравнивается кража, обман, психическое насилие, не вносит существенных коррективов в генезис и конструкцию абсолютной защиты, ведь все эти формы имеют то общее, что направлены на подавление воли владельца, воли, которая составляет содержание всякой власти, в том числе – власти над вещью.

¹ Не случайно все утопии, ставящие целью искоренение отчуждения людей, начинают с уничтожения собственности. Но заканчивают они уничтожением людей, тем самым признавая неотделимость человека от собственности.

² «Того, кто овладел моим имуществом насильственно, тайно или прекарно от меня, я безнаказанно изгоняю (могу лишить владения)», – пишет Гай (Институции. С. 319).

Не случайно В.П. Грибанов полагал, что самозащита гражданских прав распространяется на личность гражданина и собственность (а также иные вещные права), т.е. разворачивается вне относительно-

Здесь проявляется то, что «возникшая государственная власть вынуждена была не отменить, а лишь ограничить остатки правовой самостоятельности населения и на первых порах поддержать их своим авторитетом»¹.

Не случайно, кстати, самозащита свойственна именно вещным правам, а когда таким образом защищаются иные права (арендатора и др.), то предметом защиты являются содержащиеся в них вещные качества (сфера соотношенной с вещью самостоятельности лиц; иными словами — осуществление в той или иной форме владения). Чисто личные, лишенные всяких признаков владения права (например, право из займа) едва ли могут быть предметом самозащиты.

Во-вторых, нерегулируемое насилие в имущественной сфере в рамках архаичной общности, особенно в тот период, когда разграничение «моего» и «чужого» не завершено и достигло кульминации, конечно, грозит самим основам бытия этого общества и настоятельно требует ввести процесс имущественной дифференциации в ненасильственное, т.е. юридическое, русло. С этих позиций можно объяснить также и вызывающее недоумение современного читателя предоставление владельческой (т.е. исключающей признание права на вещь) защиты вора и грабителям. Но расширение понятия воровства означает вместе с перемещением этого отношения в сферу частного права предоставление самому вору² защиты до тех пор, пока не поставлен вопрос о санкции собственника на его владение, ведь воля собственника, равно как и ее отсутствие, не может быть, по определению, очевидна для всех. А по понятиям частного права это само по себе требует невмешательства и соответствующей защиты предварительного характера, гарантирующей такое невмешательство до появления собственника.

Здесь уместно привести обобщение, сделанное Д. Дождевым: «Защита владеющего несобственника против частных лиц (в пользу вмешательства публичной власти в спорных случаях) — это не неизбежное зло, как полагал Иеринг³, а говоря словами И.А. Покровского, кульминационный пункт идеи личности»⁴.

Если иметь в виду, что владельческая защита противостояла насилию независимо от права на вещь, то ее широта должна пониматься как признание приоритета

ных правовых связей (*Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 1970. С. 186–187). Оспаривая это суждение как недостаточно широкое, Г. Свердлов и Э. Страунинг приводят примеры самозащиты обязательственных прав: удержание, одностороннее вселение взыскателя в свое помещение (см.: *Свердлов Г.А., Страунинг Э.Л.* Понятие и юридическая природа самозащиты гражданских прав // Государство и право. 1998. № 5. С. 18–21). Авторы, вообще больше уделившие внимание теории вопроса, чем его историческому аспекту, кажется, не замечают, что приведенные ими примеры скорее высвечивают неурегулированные, фактические стороны владения, в генезисе которого и коренятся, как мне представляется, истоки самозащиты.

Далее я постараюсь показать, что проблемы удержания, равно как и исполнения судебных решений, — это прежде всего проблемы владения.

¹ История первобытного общества. Эпоха классового образования / Под ред. Ю.В. Бромлея. М.: Наука, 1988. С. 519 (автор главы — *А.И. Першиц*).

² Снова напоминаем, что античное право понимало воровство гораздо шире, чем это привычно современному юристу.

³ «...Нужно различать между сознательными целями института и его неизбежными, хотя и нежелательными последствиями», — считал Иеринг (цит. по: *Черепанов Б.Б.* Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя // Уч. зап. Свердловского юрид. ин-та. Т. 2. Свердловск, 1947. С. 76).

⁴ *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 228.

неприкосновенности личности перед неприкосновенностью имущества¹, поскольку такое столкновение правовых ценностей фактически неизбежно.

В-третьих, защищенность права, сама по себе важная при захвате и распределении, оказывается недостаточной в процессе дальнейшего усложнения материальной и духовной жизни индивида, для которого вещное окружение становится сферой и условием его существования и развития, выступая и способом коммуникации с социумом, и это содержательное наполнение приводит к соответствующим изменениям вещной связи, приобретающей положительное содержание, выходящее за пределы одной только защиты от внешних посягательств. Именно этим, по-видимому, объясняется то, что публично-правовые средства (в конечном счете тяготеющие к насилию) оказываются всегда недостаточными для юридического бытия вещного права.

Эта логика усложнения развития, можно заметить, отражена в тех взглядах, согласно которым первичными являются деликты и нормы уголовного права. Например, Р. Кросс полагает, что «нормы уголовного и деликтного права главным образом первичные»².

Независимо от того, в какой мере этот взгляд обоснован конкретным историческим материалом³, он отражает идею развития и усложнения права от публичных форм к частным вслед за развитием личности, а этот процесс, безусловно, имел для права формообразующее значение.

Оценивая динамику вытеснения публичного права частным и наоборот, нужно иметь в виду, что вообще в архаике отмечается два этапа: на раннем публичная юридическая реакция (главным образом религиозно мотивированная и оформленная) выражает нерасчлененность индивида и общности, причем направлена прежде всего на сохранение этого единства против любой формы личного обособления⁴; затем, по мере имущественной и личной дифференциации, заменяется в значительной мере системой частных прав. Например, в ассирийском праве этот процесс описан так: пока в архаичном Ашшуре «внутриобщинные связи были еще очень сильны, многие правонарушения (особенно в области земельных отношений и задевающие честь и достоинство свободных граждан)⁵ рассматривались

¹ «Если дело идет о насилии и о владении, то божественный Адриан... указал, что вопрос о насилии должен быть разобран раньше, чем вопрос о собственности (*proprietas*)» (Дигесты. 5.1.37. С. 113).

² Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 207.

³ Э. Аннерс, например, говорит, что первоначально возникло «примирительное право», которое «не представляло собой ни гражданского, ни уголовного права» (Аннерс Э. История европейского права. С. 14). Н. Рулан отмечает, что «в традиционном праве не проводится различие между натуральными, гражданскими, уголовными, договорными и внедоговорными обязательствами... предпочтение отдается единственному типу обязательства — обязательству перед обществом» (Рулан Н. Указ. соч. С. 139). В таком понимании удачно, на мой взгляд, соединены как идеи нерасчлененности права, так и первоначальная «публичность».

⁴ Очевидно, что сама по себе возможность деликта, т.е. отклонения от принятого и должного поведения, уже означает появление альтернатив, но эти альтернативные возможности, первые формы свободы — следствие начавшегося процесса обособления, выделения индивида из общности. Понятно, что среди форм этого обособления присутствует, если не первенствует, обособление имущественное, т.е. собственность. Следовательно, у нас нет почвы для предположения, что в генезисе права был период, скажем, публичной реакции на деликты, когда еще «не было собственности». Напротив, везде, где появляется в любой форме право, собственность уже разворачивается.

⁵ Ср. с применением смертной казни среди «небольшого числа преступлений» за сочинение и исполнение песни, содержащей клевету или опозорение другого, по Законам XII таблиц (VIII, 16). Хейзинга

как затрагивающие интересы всей общины, а не только потерпевшего». «Публичность» здесь — проявление общинной солидарности. По мере развития частно-собственнических отношений и вытеснения общинного принципа административным ощущение солидарности утрачивалось; оно возникло вновь тысячелетия спустя уже на совершенно другой исторической основе¹.

Развитие и углубление содержания частного права приводит к выделению из него некоторых отношений, в которые вмешивается не совпадающая более с обществом публичная власть. Это, стало быть, уже вторичное публичное право, противостоящее частному.

При этом между публичным и частным правом не существует, как уже отмечалось, точной корреляции. Например, при расщеплении владения и собственности, когда каждая из этих позиций имеет частную защиту, в значительной мере утрачивается публично-правовой смысл понятия «посягательства на чужое имущество». Для сравнения предложим квалифицировать средствами уголовного права насильственный захват собственником вещи у добросовестного приобретателя от неуправомоченного лица (чтобы избежать ничего не решающего обращения к самоуправству, представим, что имеется решение суда об отказе в виндикационном иске собственнику)². Интересно, кстати, что именно этот институт ГГУ был подвергнут резкой критике известным криминалистом Биндингом, изложение взглядов которого Б.Б. Черепахин сопроводил не лишними иронии замечаниями³.

Между тем источник этой иронии — трезвый вплоть до цинизма товарный оборот, всегда готовый продемонстрировать наивность пафоса защиты священности собственности и свести его до резонерства, — не должен слишком увлекать: собственно правового оправдания он не имеет, и, всегда противостоя праву, он способен лишь показывать его пределы и заставлять его напрягаться в попытках самозащиты.

Впрочем, такая, по форме и по сути преимущественно публично-правовая, внешняя, механическая защита, почти лишенная правового содержания, получила самостоятельное существование в виде посессорной (владельческой) защиты индигнитными (административными) средствами⁴. Ее соотношение с виндикацион-

пишет о том, что поношение и брань влекли последствия религиозного характера, а «какую весомость придавали такого рода обидам, можно видеть из случая с Харольдом Гормссоном, который всего лишь за одну охульную песнь в отместку хочет выступить против Исландии» (*Хейзинга Й.* Homo Ludens. С. 79).

Однако, если учесть, что кого проклинают или бранят, того тем самым «подвергают умиранию» (см.: *Фрейдберг О.М.* Миф и литература древности. С. 79), то реакция, пожалуй, становится, понятной.

¹ *Дьяконов И.М., Янковская Н.Б., Ардзинба В.Г.* Северная периферия Нижнемесопотамской цивилизации // История древнего Востока. Часть вторая: Передняя Азия, Египет / Отв. ред. Б.Б. Пиотровский. М., 1988. С. 111.

² См., например: *Жалинский А.Э.* О соотношении уголовного и гражданского права в сфере экономики // Государство и право. 1999. № 12. С. 47–52. Автор, не касаясь, впрочем, именно этого примера, отмечает возникновение ряда коллизий, возникающих при оценке средствами уголовного права последствий недействительных сделок.

³ *Черепахин Б.Б.* Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. С. 74.

По воспоминаниям современников, Биндинга отличал сильный темперамент, что можно заметить и по тону полемики.

⁴ Можно заметить, что выпады Гегеля, а также иных мыслителей против вещных прав как лишенных разумных оснований гораздо с большей степенью основательности могут быть направлены против владения, поскольку за ним признаются качества права. Например, если учесть, что для владения

ной защитой собственности, наиболее емкая характеристика которого обозначена знаменитым высказыванием Ульпиана: «...между собственностью и владением нет ничего общего»¹, позволяет убедиться, что к моменту провозглашения этого различия между владением и собственностью развитие идеального содержания вещного права прошло уже немалый путь с того времени, когда оно могло сводиться к простой защите от грубого насилия. Тот факт, что превращение посессорной защиты в достаточно эффективный инструмент противодействия внешнему насилию² в сфере вещных отношений не только не замедлило, а ускорило развитие собственности и иных вещных прав, не позволяет более сводить собственность лишь к особенному способу защиты (т.е. только к вещному иску)³. Действительно, если природа владения представляет собой объективную, фактическую, материальную связь лица с вещью и «нарушение такой связи неминуемо сопровождается физи-

необходимо «установление непосредственной <телесной> связи, квалифицирующей владение как режим принадлежности» (*Дождев Д.В.* Основание защиты владения в римском праве. С. 20), то это условие, известное как *corpus* владения, конечно, мало согласуется с идеальной природой права. (Интересно, что и гегелевская конструкция приобретения собственности через признание скорее описывает приобретение права по доброй совести, чем по титулу.)

Подходя к проблеме с этой стороны, следует ожидать, что смысл собственности как вещного права должен обнаружиться в ее противопоставлении владению как праву (владение, взятое как состояние фактической принадлежности вещи, вообще не является правом, имея иную – материальную – природу, тогда как право – идеально).

¹ Это изречение, высказанное по поводу владельческого интердикта, в целом обосновывает право истца, имеющего доминий и начавшего виндикацию, иметь также и владельческую защиту, поскольку между владением и собственностью (*proprietas*) «нет ничего общего». В.А. Савельев подчеркивает частный смысл высказывания, тем более, что *proprietas* не имеет смысла «собственности вообще» (с несколько бóльшим основанием в этом качестве можно употреблять *dominium*, но универсального термина и понятия, как известно, не было) (см.: *Савельев В.А.* Власть и собственность: юридические аспекты собственности в праве классического периода. С. 119–120).

Но даже с учетом этих замечаний, лишаящих высказывание Ульпиана значения широкого обобщения, разграничение между разными формами права и владением как фактической принадлежностью проводилось вполне последовательно.

² Ограничение целей посессорной защиты исключительно «заботой об общественном порядке» нередко считается «поверхностным взглядом» (*Дождев Д.В.* Основание защиты владения в римском праве. С. 5), которым логика позднейшего развития (и вообще логика) подчиняет себе не столь однозначный исторический материал. Например, такому пониманию противоречит, как указывает там же Д. Дождев, непризнание классическим римским правом владельцами некоторых категорий держателей.

³ В.М. Хвостов, возражая против отнесения залога к вещным правам, замечает, что «главной опорой этого воззрения является то обстоятельство, что залоговое право, подобно другим вещным правам, пользуется абсолютной защитой... Более внимательное рассмотрение вопроса возбуждает, однако, сомнения в правильности такого воззрения на залог. Вещные права имеют еще и другие, общие им свойства, которых мы не находим в залоге. И собственность, и сервитуты, и другие им подобные *jura in re aliena* предоставляют своему субъекту возможность длительного господства над вещью... возможность продолжительного непосредственного (т.е. без посредства какого-либо иного лица) воздействия на вещь... <А> залог, так же, как и обязательство, исчерпывается иском» (*Хвостов В.М.* Система римского права. С. 329–330). Не обсуждая любимого цивилистами вопроса о вещной или обязательственной природе залога, отметим главное в аргументации: способ защиты оказывается недостаточным для определения природы права, суть которого – в «длительном господстве над вещью».

«Сущность собственности состоит главным образом в неограниченном и исключительном господстве лица над вещью, и если это господство выражается иногда в виде востребования вещи от нарушителя, то это явление случайно», – говорил великий цивилист (*Савиньи Ф.К.* Обязательственное право / Пер. с нем. СПб., 2004. С. 49).

Выше уже отмечалось, что защита владения не связана с характером права на вещь.

ческим воздействием на один из полюсов отношения: либо на предмет, либо на держателя», а «непосредственность связи с вещью в материальном плане обеспечивает абсолютный <действующий против всех>, erga omnes характер отношения»¹, значит, собственность (dominium, proprietas и др.) не сводится лишь к этим чертам и не может не иметь иной природы, раз она способна к собственному интенсивному развитию в действующем праве.

В рассмотрении вводится другая сфера бытия вещи — ее ненарушаемое пребывание в полной и всесторонней власти собственника. Если отождествлять область права с гражданским оборотом, то эта ситуация оказывается лишенной юридического содержания (здесь еще один источник гегелевского игнорирования вещных прав) как внеоборотная. Однако предметная деятельность, осуществляемая вне оборота, также не лишена правового наполнения.

Во-первых, именно здесь данная в праве свобода переживается наиболее непосредственным образом.

Аристотелем хорошо описана полнота этого переживания нераздельной, исключительной принадлежности вещи: «Трудно выразить словами, сколько наслаждения в сознании того, что нечто принадлежит тебе, ведь свойственное каждому чувство любви к самому себе не случайно, но внедрено в нас самой природой»². Это суждение Аристотеля мне не хотелось бы понимать как триумф (хотя некоторые высказывания этого философа и не лишены иногда тривиальности, может быть, приобретенной с веками), каким, несомненно, следует считать внешне схожее высказывание Д. Мейера: «...господство человека над вещью необходимо для удовлетворения его потребностей, а желание удовлетворять им до того свойственно человеку, что он в высшей степени дорожит служащими к тому средствами»³. Дело в том, что, по словам Аристотеля, наслаждение не только предшествует потреблению, не связано с ним, но и возникает в силу одного только сознания обладания. Наслаждение оказывается, следовательно, не физическим, природным, а социально обусловленным. Весьма решительно говорит об этом Ж. Бодрийяр: «...потребление не имеет ничего общего с личным наслаждением...»⁴

Полинезийцы говорили о получаемых в порядке священной циркуляции предметах, что обладание ими «само по себе веселит, ободряет, утешает»⁵. А. Платонов описывал, как под кофточкой «различные вещи, собственность» героини «согревали ей грудь» («Джан»). Экзистенциальная острота и сила высказывания, присущие А. Платонову, резко напоминают о том, обычно не артикулируемом, но постоян-

¹ *Дождев Д. В.* Основание защиты владения в римском праве. С. 30.

² *Аристотель.* Соч. В 4 т. Т. 4. С. 410.

³ *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. Ч. 2. С. 3. Когда Аристотель говорит о собственности как об орудии, средстве, он не говорит о чувственной стороне этого отношения, не видит здесь повода для наслаждения или удовольствия: «Собственность оказывается своего рода орудием для существования... орудием деятельности активной» (*Аристотель.* Соч. Т. 4. С. 381).

⁴ *Бодрийяр Ж.* К критике политической экономии знака / Пер. с фр. М., 2003. С. 11. Сама эта работа сосредоточена на критике выявления социального в собственности, которое, как уже говорилось выше, остается бессознательным, скрываясь за видимой и ошибочной гипотезой потребительской стоимости, понимания отношения к имуществу как только к средству «удовлетворения потребностей», понимаемых, в свою очередь как природные, физиологические потребности биологического человека.

⁵ *Мосс М.* Очерк о даре // *Мосс М.* Общество. Обмен. Личность: Труды по социальной антропологии. С. 121 (Мосс цитирует здесь Малиновского).

но ощущаемом, что и составляет суть собственности. Бедность вещей компенсируется силой исходящего от них тепла, что вызывает щемящее чувство сострадания (вообще сострадание бедности – это ведь манифестация необходимости собственности; «бедные люди» страдают от отсутствия собственности, а не от института собственности, как это пытались изобразить, отойдя от верного чувства в область идеи, политической спекуляции).

Ценность, важность свободного соединения личности с вещью, а значит и рамки этой свободы, положенные в вещи, не могут быть несущественны для субъекта, а поскольку речь идет о рамках, о границе, по другую сторону которой свобода ограничена другими, то и для общества. Е.М. Штаерман отмечает: «В древности собственность, в первую очередь земельная, обеспечивала бытие гражданина как члена общины и самой общины как основы существующих отношений»¹, схватывая сразу две черты собственности: и то, что суть ее – в обеспечении бытия лица, в соединении его с вещью, и то, что это соединение существенно важно для общины, а значит, должно иметь форму права (причем в этих отношениях оборот, по видимости, не участвует). Стало быть, сама область свободы и ее границы становятся правом.

То же у И.А. Ильина: «Человеку необходимо вкладывать свою жизнь в жизнь вещей: это неизбежно от природы и драгоценно в духовном отношении. Поэтому это есть естественное право человека, которое и должно ограждаться законами, правопорядком и государственною властью. Именно в этом состоит право частной собственности»².

Во-вторых, все содержание этой деятельности обусловлено социумом, оно заведомо направлено на коммуникацию, а значит, и сам процесс отношения к вещи – лишь часть обмена деятельностью, причем эта часть не может быть выделена и противопоставлена собственно акту обмена.

Если содержание собственности – в реализации творческих потенций свободного человека в вещном мире, то мы можем отождествить этот процесс (суть которого никак не в статичности) с тем наслаждением³ собственностью, которое, как за-

¹ Штаерман Е.М. Римская собственность на землю. С. 363. Нужно, впрочем, предостеречь от буквального понимания «обеспечения» в смысле источника пропитания. Об этом хорошо сказал С. Франк: «Защищенная правом сфера материальных благ или их источников, поставленная в форме «вещного права» или «владения» в непосредственную связь с человеческой личностью и предоставленная его нестесненному пользованию и распоряжению, есть единственное условие реальной свободы личности... Суть дела не в том, что собственность материально обеспечивает человека и тем его освобождает... Суть дела состоит в том, что право частной собственности, создавая вокруг человека сферу материального мира, ему принадлежащего, с ним непосредственно связанного, тем самым ограждает его свободную личность» (Франк С.Л. Собственность и социализм // Русская философия собственности. СПб., 1993. С. 317–318).

² Ильин И.А. О частной собственности // Русская философия собственности. С. 126.

³ Нельзя здесь не вспомнить рассуждения Ж. Деррида о логических аксиомах Аристотеля, из которых французский философ выводит тезис о том, что «наслаждение – круговая и зеркальная самопривязанность» (Деррида Ж. Разбойники. Колесо, свободно вращающееся // Новое литературное обозрение. 2005. № 72. С. 39). Наслаждение (Ж. Деррида там же призывает прямо выводить его из желания), таким образом, предполагает замкнутость и включение в собственную окружность. Если будет позволено сформулировать это в терминах более нам близких, то наслаждение, утоление желания предполагает присвоение, включение в свой круг. Если это так, то собственность, жизненную необходимость которой невозможно отрицать, находит свое место в центре (Деррида усиленно развивает идеи круга

метил Аристотель¹, есть проявление заложенной в природе человека любви к себе. Здесь есть, конечно, социальность. Даже наименее корыстные формы переживания радости обладания, например, предметами искусства², не могут быть полными без сопереживания, соучастия, которое уже — некий обмен (по крайней мере, — оценками), а значит, и социальность³. Но социальность эта все же весьма интимна⁴.

По словам Леви-Строса, как бы откликающегося на слова Аристотеля, «желание обладать чем-либо не является инстинктом и никогда не основывается (или же очень редко) на объективном отношении между субъектом и объектом. То, что придает объекту ценность, это его отношение к другому лицу. Только пища имеет непреходящую ценность для голодного человека. Очень мало объектов вызывают постоянный интерес в любое время и в любых обстоятельствах. Если мы очень сильно желаем какую-либо вещь, то это происходит лишь потому, что кто-то эту вещь уже имеет. Любой предмет становится желанным только в связи с интере-

как условия самости (см. вполне, впрочем, традиционные этимологические посылки (указывается на Бенвениста) на с. 36)) частного бытия, одаряя его самым важным, желанным.

¹ Видимо, в связи с этими идеями находится высказывание Ульпиана, поясняющего термин *bona* (добро) тем, что добро приносит благо, т.е. «делает людей счастливыми»; «*beare*» значит «приносить пользу» (Д. 50.16.49). Этимология, к которой прибегает Ульпиан, пожалуй, скорее обнаруживает отсутствие логического объяснения того, что кажется очевидным. Не обсуждая традиции оспаривания этой очевидности идеологией борьбы с собственностью, можно отметить связь вполне рутинного юридического понятия блага с постулатом о пользе собственности, сформулированным как не имеющий основания или в нем не нуждающийся.

² Есть, однако, отдельный разворот темы: *бескорыстное* наслаждение красотой, о котором писал Кант в «Эстетике». Лежащее на поверхности объяснение этой бескорыстности из материальной неприкосновенности вещи, которая, стало быть, остается вечно «непотребляемой» (и корысть тогда отождествляется с материальным), осложняется тогда, когда красота приобретает свойства товара через экспонирование и воспроизведение. Вопрос в том, имеем ли мы дело с нематериальными свойствами собственности или с вторжением в существование вещи товарности, вообще чуждой вещи как предмету собственности (об этом подробнее говорится в следующих главах).

³ Вообще говоря, то, что обладание вещами — условие, предпосылка социальности — такой триумф, что о нем не стоило бы упоминать, тем более, что он всегда подразумевается. Но рассуждение от обратного способно высветить и здесь некоторые нюансы: П. Слотердайт говорит об «утопии сознательной жизни», позволяющей «в образе своего живого и бдительного тела» пускаться в скитания по жизни, в одиссею, «становясь Никем — вопреки истории, вопреки политике, вопреки гражданству, вопреки принуждению быть Кем-То» (*Слотердайт П. Критика цинического разума / Пер. с нем. Екатеринбург, 2001. С. 103.* Автор завершает свой пассаж заявлением, что не Гамлет, а Одиссей — «прародитель сегоднешней и вечно сущей интеллигенции»). Нельзя не заметить, что уклонение от социальности происходит бегством в собственную телесность, посредством уклонения от вешного мира и иллюзорно постольку, поскольку иллюзорно освобождение от вешей. Драма возвращения на Итаку — это драма невозможности избежать предписанной роли, вступив в отношения с вещами.

⁴ Нельзя не задать вопросом об истоках этого наслаждения. Само разделение личности на душу и тело (фундаментальный социальный дуализм) приводит к тому, что именно тело становится источником тревоги и смерти, отсюда исходит угроза существованию личности. При этом само тело обнаруживает постоянную изменчивость, неспособность выразить то истинное и неизменное, что является личностью и составляет содержание души; тело не в состоянии соответствовать душе. Тогда именно избыточные вещи (избыточность — это то, что переводит всю проблему в сферу социального и юридического; до того присвоение тут же потребляемого выступает еще как феномен природный, бездушный), неизменность которых является их главным качеством (и принимается вместе с этим качеством правом) и оказывается пригодной перенести на себя печать, выражение идентичности, неповторимости личности, позволяют ей выразиться вовне, сохраниться, быть. Потому они становятся благом. Но для этого вещи, конечно, должны быть собственными.

Вопрос довольно важен, и я постараюсь еще вернуться к нему.

сом, который он вызывает у других лиц; таким образом, желание обладать является прежде всего социальным ответом»¹.

Конечно, наполнение отношения лица к вещи идеальным, правовым содержанием не без оснований может быть представлено как следствие обратного проникновения рожденного в обмене права на первоначально неправовую ситуацию. Но изъятие права из сплошной энтелехии, лишение его телеологии, его самодостаточность и дискретность, недопустимые в рамках тотального детерминизма (в том числе и в гегелевской философии саморазвития Духа), создают условия для таких обратных воздействий и возвратных движений.

Стало быть, то правовое наполнение связи лица с вещью, в котором сплетены как собственные творческие усилия лица, требующие свободного выражения в вещной, материальной субстанции, так и обусловленные социумом отрефлектированные возможности, реализуемые в обмене, нет нужды разделять и соотносить, пока вещь не переходит в оборот, где возможно столкновение двух сторон собственности — выражение в ней личности, неповторимого и отражение всеобщего, универсального, *ценного* для других, т.е. товарности. Напротив, исходя из самоценности права, мы должны признать и его тотальность в собственной сфере.

Только тогда мы возвращаемся к тому незыблемому для здравого смысла положению, что любая вещь может быть не только введена в оборот по воле лишь одного лица, но и принадлежать всегда только тому же лицу, которое, следовательно, наряду с выполнением роли обменивающегося индивида выполняет и функцию восстановления порядка в мире вещей, движение которых, вопреки мнению философа, далеко не всегда и не во всем совершается как товарный обмен и только по его правилам. Случайные (т.е. помимо воли обладателя) перемещения вещей, их спонтанные изменения могут быть представлены как быстро нарастающая энтропия, угрожающая упорядоченному обмену, обороту. И даже просто для его защиты собственнику должна быть дана возможность отобрать вещь от ее случайных приобретателей. Такому преодолению случайности посредством собственности вполне созвучно высказывание Л. Петражицкого: «Право собственности именно для того и существует, чтобы сохранять собственнику его имущество, несмотря на возможные случайности. Иначе это было бы не право собственности, а владение»².

¹ Цит. по: Рулан Н. Указ. соч. С. 121. Обмен бывает разным. Ж. Батай обсуждая, тот известный факт, что предметы роскоши и дары служили и служат для создания социального ранга, отмечает, что предметами для дара (потлача, жертвоприношения) являются бесполезные предметы, извлеченные из профанной циркуляции (см.: Батай Ж. Проклятая доля / Пер. с фр. М., 2003. С. 68–69). Здесь важен факт существования непрофанной, сакральной циркуляции, который не стоит забывать, так как смешение этих разных форм социального обмена (исторически они некоторое время сосуществовали (см. сравнение «благородного» кула и «простого экономического обмена» *гимвали* у полинезийцев, упомянутого М. Моссом (*Мосс М.* Очерк о даре. С. 116–117. Автор ссылается на наблюдения Б. Малиновского) может приводить к неверным выводам, когда, скажем, договор дарения служит примером для обоснования суждений, относящихся к генезису купли-продажи. Что касается собственно *гимвали*, то соотношение этого обмена (в основном — продуктами) было все же увязано с циркуляцией кула. В частности, отмечается, что эквивалентный обмен *гимвали* производился между деревнями, которые не находились в отношениях партнерства, которые позволили бы им вступить в обмен церемониальный, в котором уже не принято было торговаться (см.: Малиновский Б. Указ. соч. С. 198). Партнеры, связанные совершенными дарами, никогда не вступают в простую торговлю *гимвали*, но будут обмениваться дарами по сложным и весьма сложным правилам кула (Там же. С. 359).

² Петражицкий Л.И. Права добросовестного владельца на доходы с точки зрения догмы и политики гражданского права. СПб., 1902. С. 113.

Таким образом, невозможность помыслить мир, где нет разделения на мое и чужое, т.е. мир без вещных прав, смыкается и с невозможностью установления оборота, не защищенного от внешнего насилия и случайного изменения вещей.

В противном случае нам придется поставить на место оборота обмен отобранными вещами взаимно грабящих друг друга лиц — картина не только абсурдная, но и катастрофическая.

Именно здесь сила вещного права сказывается не просто как отрицательная (негативная), а как спасительная, противодействующая стихии рассеяния и хаосу, постоянно угрожающим беспокойному по самой своей природе обороту. Вещное право как бы догоняет, настигает вещи¹, ушедшие из оборота, оказавшиеся вне договора или иного обязательства, «утраченные, похищенные и растроченные», по словам Биндинга², и, возвращая их, противодействует распаду вещного мира, его инфильтрации в иную сферу, недоступную человеку.

А если собственник не справляется с этой подразумеваемой своей задачей, то вводятся дополнительные, страхующие механизмы, лишаящие собственника его права³, но обеспечивающие возврат вещи в узаконенный оборот: приобретательная давность, ограничение виндикации и приобретение собственности добросовестным приобретателем от неуправомоченного отчуждателя.

Завершая эти рассуждения, я должен вновь вернуться к той задаче, которая возникает, как только берешься за проблему дуализма гражданского права, — задаче соединения индивида и социума в генезисе права.

Д. Дождев говорит, что «собственность логически предшествует самому гражданскому обороту»; негативное определение собственности (отсутствие ограничений, кроме закона) не способствует пониманию института, поскольку «остается в рамках оборотной трактовки», тогда как собственность «является предпосылкой самой правовой регуляции»⁴.

¹ Интересно, что вещный иск об истребовании вещи в английском праве справедливости называется tracing (см.: Ансон В. Договорное право. М., 1984. С. 406), а основные значения tracing связаны с выслеживанием, следованием. Такое словоупотребление, объединяемое понятием «преследование вещи» и вообще применимо к вещным искам (у Ансона это указано на с. 424 и сл.).

² См.: Черепяхин Б.Б. Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. С. 75.

³ Поскольку в этот момент контакт лица с вещью утрачен, такое отображение собственности не может иметь черт насилия над личностью, материального вторжения в его интимную сферу и поэтому имеет мало оснований быть трактованным как антиправовое.

Имеется, впрочем, теория вины собственника как основания утраты им права. Вина может выражаться либо в ошибочном выборе лица, которому вверена вещь, либо в неосмотрительности, приведшей к утрате (см., например: Черепяхин Б.Б. Указ. соч. С. 78).

Д.И. Мейер, излагая основания другого «смежного» института с теми же задачами — приобретательной давности (предполагаемое отречение лица от вещи; устранение неопределенности прав; уважение продолжительности факта владения), наиболее сочувственно, как кажется, указывает именно на вину: «если лицо не заботится об осуществлении своего права, если предоставляет другому пользоваться его выгодами, то лицо заслуживает лишения этого права» (Русское гражданское право. Ч. 1. С. 282).

И. Унгер считал, что когда вещь выбывает из владения собственника по его воле, он несет риск собственной деятельности, но к бездеятельности понятие такого риска мало приложимо (можно приравнять к depositum misereabile) (см.: Черепяхин Б.Б. Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. С. 95.)

⁴ Дождев Д.В. Римское частное право. С. 341–342.

Такое суждение, впрочем, уже в момент высказывания сталкивается с давно выдвинутым обвинением, адресованным «традиционному пониманию частной собственности», согласно которому «безграничное право частной собственности и столь же безграничная свобода договорных отношений представляются «естественным», онтологически первичным, до-правовым состоянием, которое лишь упорядочивается в праве», причем «все это понимание ложно в корне». Дальнейшие рассуждения С. Франка в смысле ошибочности выделения и противопоставления индивида «высшему целостному единству»¹, однако, достаточно тривиальны и главное одно-сторонни, чтобы оправдать ожидания преодоления тех трудностей, которые всегда сопровождают попытки проследить происхождение собственности и которые, возможно, и заставили Д. Дождева вывести истоки собственности за пределы права.

Ощущение теряющегося в истории и уходящего даже за ее рамки происхождения собственности испытывает, возможно, воздействие «очень старой мистификации, когда в глубине Истории обязательно помещают Природу»². Между тем в собственности нет ничего природного (как нет природного и в вещи как объекте права), а это заставляет все же предпринимать попытки найти момент возникновения собственности, понять ее изначальную природу как природу человеческого.

Предложенное нами выше объяснение генезиса собственности, кажется, позволяет облегчить некоторые трудности из отмеченных выше.

С одной стороны, если мы выводим источник идеи собственности абсолютной и исключительной прежде всего из захвата вражеского имущества³, то явственно видим, что она логически и генетически предшествует праву, рожденному в обороте из воли обменивающихся и взаимно признающих друг друга лиц, ведь именно с врагами такие отношения не могут быть установлены.

С другой стороны, хотя враги, чужаки, обитатели кромешного мира выступают как нерасчлененное, незнаемое, неразличаемое целое, имплицитно в отношениях с ними наличествует социальность, и все развитие, в том числе и прогресс права, вполне подтверждает это. Значит, наше понимание собственности не заслуживает упрека в абсолютном отрыве индивида от социума, особенно в тех его космических значениях, которые придаются обществу в теориях, отличающихся особенным пафосом осуждения индивидуализма⁴.

¹ Франк С.Л. Собственность и социализм // Русская философия собственности. С. 320–322. Нужно все же подчеркнуть расхождение между первичным логически у Д. Дождева и онтологически у С. Франка. Это различие приобретает принципиальное значение в рамках философии свободы Н. Бердяева, полагавшего свободу до бытия (и до Бога, которому подвластно бытие, но не свобода). Если же понимать право как воплощение свободы, то его онтология связывается через это его главное качество с предсуществованием и тем самым вырывается за пределы всякого бытия и всякой онтологии.

² Барт Р. Мифологии. М., 2004. С. 215.

³ Интересно, что Т. Кашанина, размышляя над одним из больших вопросов русской истории, высказывает мысль, что слабое развитие собственности в России было связано с тем, что приобретение земли «осуществлялось главным образом через княжеские пожалования (а не путем захвата земель), что делало господствующий класс связанным не столько с землей, сколько с князем». Отсюда автор делает вывод, что пожалованные земли не рассматривались «как собственные» (Кашанина Т.В. Указ. соч. С. 166). Нельзя не заметить, что автор приходит к тому же выводу: то, что получено иначе, чем путем захвата, порождает не абсолютную собственность, а личную связь.

⁴ Что касается напряжения, связанного с постоянно присутствующим противопоставлением захвата и обмена как источников собственности, то оно может быть в некоторой степени снято в общей религиозной основе. Если захват в конечном счете является благом и религиозно санкционируется

Впрочем, и марксизм для описания основных механизмов, двигающих капиталистическое производство, прибежал к выявлению роли насилия. «Если при взгляде на сферу обращения и на сферу потребления цинизм капитала предстает как форма *искушения*, то в сфере производства он проявляется как форма *насилия*»¹.

Но относится ли это суждение только к капитализму или оно имеет более широкие основания, выявляя универсальную роль войны в освоении вещного мира? Наверное, так, если согласиться с утверждением, что «только воля к войне в состоянии подвергнуть природные субстанции таким преобразованиям² посредством столь беспримерной насильственной деятельности, какой требует техника доменного процесса и техникаковки»³.

В известном смысле верным и для этого случая оказывается знаменитое высказывание Гераклита, по самой своей форме претендующее на универсальность: «Война — создатель всех вещей»⁴.

Необходимо заметить, что обмен не мог быть сначала тотальным, как он представлен у Гегеля и как вообще это свойственно сознанию нового времени. Изначально господствовало универсальное разделение на своих и чужих, о котором постоянно приходится напоминать, поскольку сегодня оно вытеснено не только из права, но и из сознания⁵ (но все же, видимо, не из подсознания). Именно сообщество своих — это то поле, на котором развиваются все юридические и вообще социальные феномены. Среди них и ключевое для права понятие свободы, сохраняющее до сих пор связь со словом «свой»⁶. Только среди своих человек мог обрести

как присвоение чужих, лишенных благословения вещей не только себе, но и своим богам, то и обмен, «обмен словами и вещами», сконцентрированный в торговом пространстве агоры, ратушной площади, рынка (*Дюби Ж.* Европа в средние века. С. 206), первоначально связан именно с сакральным пространством и выступает как сакральное действие. К. Хюбнер также отмечал «тесную связь рынка и храма» (*Хюбнер К.* Указ. соч. С. 117), как и Л. Кофанов.

О. Фрейденберг пишет о том, что «древняя форма «торговца» — это форма «судьи», взвешивающего участи жизни и смерти, вот почему «суд» и «торговля» будут одинаково связаны с солнцем-агорой и с солнцем-базиликой. Впоследствии жребий отделяется от весов, но их семантический генезис одинаков... Площадь — это круглое место, связанное с произнесением слов (по-гречески «говорить» значит «площадствовать»); площадь представляет собой впоследствии народное собрание, рынок и суд» (*Фрейденберг О.М.* Миф и литература древности. С. 95, 134).

¹ *Слотердайт П.* Критика цинического разума. С. 358. Здесь же автор идет дальше в интересующем нас направлении и проводит прямые параллели между обменом и войной: «...функции оружия и товаров глубоко родственны и смешиваются до неразличимости».

² «Нужно расплющить залежи руды, раздробить ее на куски, транспортировать их к плавильной печи, расплавить силой огня, разделить жидкие субстанции, придать им необходимую твердость путем легирования, применения присадок и закалки, затем разогреть еще раз, подвергнуть ковке, формовке и шлифовке» (*Слотердайт П.* Критика цинического разума. С. 393).

³ Там же. С. 393.

⁴ Конечно, распространение этого космогонического тезиса на юридическую сферу не может быть вполне свободным от известной доли иронии, но такова опасность, подстерегающая любое высказывание, претендующее на абсолютное значение; а именно такие претензии всегда имел желчный эфесец. Впрочем, иронии, пожалуй, и недостает наследию великого хулителя, отдававшего заметное предпочтение патетике перед юмором.

⁵ Хотя как очевидность сохранено. Например, центр (не только города) — средоточие истины (см.: *Барт Р.* Империя знаков. М., 2004. С. 44), тогда как окраина — это сомнения и неистинность.

⁶ Параллельная этимология собственности не увязывается со свободой. Здесь имеется общий источник — принадлежность к некоторой общности.

самого себя¹, тогда как при попадании в чужую среду он переставал быть собой, сохраняя лишь качество чужого.

Для архаики, античности и даже для Средневековья имеет силу глубокое (впрочем, иных у этого мыслителя не бывает) суждение М. Фуко, заслуживающее особого выделения: «Обмен и сообщаемость — это позитивные фигуры, которые играют свою роль внутри сложных систем ограничения и, несомненно, не могли бы функционировать независимо от последних»², поскольку речь идет о товарном обмене в юридических формах.

Эта же мысль, но уже как трюизм, высказана и Ж. Бодрийяром: «...материальные блага циркулируют... между неразделимо связанными партнерами (участники обмена — это всегда так или иначе община или клан)»³.

¹ Подробнее см.: *Бенвенист Э.* Указ. соч. С. 212 и сл.

² *Фуко М.* Воля к истине / Под ред. А. Пузыря. М., 1996. С. 70. Ср. с отмеченной Я. Ассманом «идеей ограждения от внешнего влияния» в идеологии Древнего Египта (*Ассман Я.* Египет: теология и благочестие ранней цивилизации / Пер. с нем. М.: Присцельс, 1999. С. 55).

Можно также отметить священность границ, «неприкосновенность которых принадлежит к числу установлений правильной гражданской жизни» по воззрениям греческой религии. В частности, храм был отгорожен от прочего, «неосвященного» пространства оградой (периболом). Для входа в перибол устанавливались только одни ворота (см.: *Латышев В.В.* Очерк греческих древностей. Богослужбные и сценические древности / Под ред. Е.В. Никитюк. СПб.: Алетейя, 1997. С. 24, 29).

Первобытные народы отличаются самым тщательным проведением границ, «как если бы это делал землемер», и точно следуют этим границам (см.: *Левин-Брюль Л.* Указ. соч. С. 266). Нужно ли напоминать, что Рем был убит Ромулом за то, что перепрыгнул черту, обозначающую будущую стену Рима?

Применительно к семье, еще одному способу социальной и имущественной сообщаемости (здесь — хранение и распределение), Ксенофонт говорит о важности *кровли* как средства отгораживания и соединения отгороженного от того, что снаружи. «Хранение и распределение мною того, что находится в доме, — говорит жена Искомаха, — казалось бы, думаю, смешным, если бы ты не стал заботиться о внесении в дом чего-нибудь снаружи» (наблюдения принадлежат, естественно, М. Фуко) (*Фуко М.* Использование удовольствий / Пер. с фр. Т. 2: История сексуальности. СПб., 2004. С. 263–264).

У. Маттеи отмечает, что и сегодня «ряд гражданских кодексов закрепляет в качестве наиболее важного символа суверенной власти собственника его правомочие огораживать свою недвижимость» (*Маттеи У., Суханов Е.А.* Указ. соч. С. 178). (Поскольку это правомочие не увязывается ни с одним из иерофангий триады, ее все еще сохраняющиеся на нашей бедной юридической почве сторонники, наверное, откажут в существовании такого правомочия (подробнее см. главу о триаде).)

Кажется, можно сказать: *стены полиса нужны для того, чтобы создать (ограничить) пространство нормы.* Стены оправданны, если это — стены закона. Здесь возникает и иной уводящий в сторону сюжет замкнутого пространства как средства и условия строгой нормированности. Начиная с монастырей и кончая казармами, тюрьмами и больницами (особенно — психиатрическими клиниками, исследованными М. Фуко; исследователи отмечают особые и довольно жесткие нормы защиты частной собственности и частного пространства в тюрьме (см.: *Олейник А.* Маргиналы или мажоры: как субкультура становится элементом культуры // *Неприкосновенный запас.* 2004. № 4 (36). С. 98)), мы можем наблюдать нужду в отгораживании как способе установления специальных правил, иных и более жестких (клиника или казарма *без ограды* — понятие, таящее явную угрозу), чем во внешнем мире, который представляется из-за ограды свободным. *Норма требует ограды*, замкнутого пространства.

Возвращаясь к имущественной стороне этого важного сюжета, отмечу, что такое нормированное пространство задает свои правила обмена, в том числе — имущественного. Испытывает метаморфозы и собственность, но не столько в силу иного обмена, иных эквивалентов и правил, сколько в силу иной личной автономии, так или иначе подвергнутой редукции. Внешний мир выступает как источник поступления имущества, и, как и в архаике, поступившая вещь воспринимается не как юридическая связь с теми, кто за оградой, не как источник внешних обязательств, а как вещь голая, начинающая новую жизнь по новым правилам.

³ *Бодрийяр Ж.* Символический обмен и смерть. М., 2000. С. 263.

Мы, конечно, обязаны учитывать, что генезис собственности, которая сама по себе — предельное понятие, не мог не испытывать решающего влияния ситуации границы, определяющей, окружающей, защищающей обмен. Граница (предел) обязательна для культуры, хотя она не обязательно должна проходить по земле. Культура отграничивается через «вещное имущество», наделенное культурными значениями (орнаменты, раскраски, язык, образ жизни, костюмы и пр.)¹.

Межа, за которой — преисподняя, межа, отделявшая мир чужих, а значит врагов, была крайне важна, пишет О. Фрейденберг: «Отсюда — большое значение межевых камней, стен, заборов, значение настолько большое, что впоследствии оно сделалось сакральным»². Именно эта внешняя граница, задавая предел обмена, возможного в ненасильственных, а значит, и правовых формах, одновременно служила и источником, через который поступали предметы внешнего (не в физическом, а сакральном и социальном смысле) мира. *Перенесение вещи через границу внутрь социума придавало ей юридическое (социальное) качество, которого она не могла иметь до того; и этим качеством могло быть только то, что вещь переставала быть чуждой, а становилась собственной.*

(Попутно заметим, что тем самым выявляется вторичность обмена, вопреки логике гегелевской «Философии права».)

Дальнейшее усвоение этих предметов обменом было невозможно без их начальной, исходной юридической квалификации как «собственных»³. Несомненно, что эти свойства вещи и после переноса ее в обмен не могли не сохранить изначальных качеств исключительности, абсолютности.

ГРАММАТИКА СОБСТВЕННОСТИ

Возвращаясь к высказыванию Гегеля о том, что разделение прав на вещные и обязательственные — это нелепость⁴, мы уже можем, кажется, противопоставить ему некоторый исторический материал.

Но, кроме того, такой взгляд (а за ним стоят не только философы, но и юристы) наталкивается на сильное интуитивное сопротивление, а, как говорил Л. Витгенштейн, «голос инстинкта всегда некоторым образом прав, но он еще не обучен выражать себя точно»⁵.

Попробуем найти оправдание этой интуиции не только в истории права.

¹ Ассман Я. Культурная память: Письмо о прошлом и политическая идентичность в высоких культурах древности / Пер. с нем. М., 2004. С. 165.

² Фрейденберг О.М. Миф и литература древности. С. 89.

³ Например, Э. Бенвенист считает, что «находясь в руках того, кто взял его в плен, или в руках купца, пленник не имеет еще статуса слуги или раба... он получает их, только будучи куплен» (Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов. С. 104).

Е.М. Штаерман, характеризуя другую, уже внутреннюю сферу, пишет, что формула права на надел — *meum esse ex iure Quiritium* «означала, что право на надел владелец имел потому, что принадлежал к общине квиристов» (Штаерман Е.М. История крестьянства в Древнем Риме. С. 172–173).

⁴ В любом случае не может быть и речи, конечно, об отказе от института вещных прав, поскольку вся система права выстроена именно на сочетаниях прав вещных и обязательственных, и любые попытки упразднить любой из этих элементов приведут к крушению сложившейся правовой системы.

⁵ Людвиг Витгенштейн: человек и мыслитель / Сост. В.П. Руднев. М.: Прогресс; СПб.: Культура, 1993. С. 291.

Обладание вообще хорошо понимается всеми. Древняя формула *meum esse* (это — мое) со всей своей многозначностью и полнотой удовлетворяет любые нужды, пока речь не идет о вычленении из нее собственности. Тогда юристы то впадают в косноязычие, определяя собственность как «состояние присвоенности»¹ (сразу вспоминается замечание Гегеля о том, что «состояние» — варварское выражение), то прибегают к механическим метафорам, говоря о «статике имущественных отношений». При всей расплывчатости и уязвимости этих формулировок сама суть собственности, однако, не утрачивается и продолжает ощущаться.

Может быть, в совершенных определениях и нет нужды, поскольку речь идет о понятном каждому.

Но любое правовое явление должно быть адекватно высказано², чтобы существовать. То, что не может быть точно высказано, не может быть юридическим образом осуществлено. В этом суть права, хотя и не только права.

При этом обнаруживается очень характерное обстоятельство. Любое выражение в сфере права может быть представлено как высказывание либо о собственности, либо об обязательстве, либо о том и другом одновременно. Это, пожалуй, банальность. Не много новизны и в том факте, что для обозначения собственности всегда необходимым членом высказывания оказывается существительное³, а для обязательства — глагол.

Кажется, однако, важным, что избежать этой грамматической закономерности, причем имея в виду не только русский язык, но всеобщую грамматику, невозможно⁴. А «грамматика — зеркало реальности»⁵. Причем, по замечанию К. Леви-Строса, «язык есть человеческий разум, имеющий свои основания, которых человек не знает»⁶, а это заставляет особенно внимательно обращаться к этому источнику основательных истин.

М. Фуко обратил внимание на эти же обстоятельства, анализируя стоимость, обмен и происхождение богатства, и высказался почти прямо по нашей проблеме: «Анализ богатства подчиняется той же самой конфигурации, что и естественная история и всеобщая грамматика»⁷.

¹ Трудно согласиться с О.С. Иоффе в том, что «фактически достигнутая присвоенность» — «меткое наименование» (см.: *Иоффе О.С.* Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. II. Л.: Изд-во ЛГУ, 1978. С. 11).

² Высказывание может быть, как известно, и невербальным, что неважно, поскольку любое правовое высказывание может быть преобразовано в вербальное (но не наоборот). С учетом этого мы и рассматриваем здесь юридическое высказывание как вербальное, подчиненное грамматическим правилам.

³ А также и «каждое из слов, которое явно или скрыто обладает именной функцией» (см.: *Фуко М.* Слова и вещи. СПб.: А-сэд, 1994. С. 229).

⁴ Не будем здесь рассматривать проблему лингвистических ухищрений, преследующих единственную цель — избежать существительных (и иных слов с именной функцией) или глаголов. Нетрудно доказать, что такие иносказания не имеют самостоятельной ценности и могут быть всегда преобразованы в высказывания с прямым словоупотреблением (иносказание, т.е. иное сказание, следовательно, оно отталкивается не от факта (реальности), а от другого высказывания; иносказание, таким образом, всегда вторично).

Практической задачей права и юристов является наиболее правильное точное юридическое высказывание, избегающее неясности и двусмысленности (поэтому юридическое высказывание не терпит метафор и иных фигур поэзии), и при этом наиболее краткое. Именно об этих высказываниях мы и говорим.

⁵ *Витгенштейн Л.* Указ. соч. С. 282.

⁶ *Леви-Строс К.* Первобытное мышление. С. 312.

⁷ *Фуко М.* Слова и вещи. С. 229.

«Глагол... скрываясь за всеми словами, соотносит их между собой; глагол, полагая все слова языка возможными, исходя из их пропозициональной связи, соответствует обмену», а корень, «первый крик, порождающий слова даже до рождения самого языка, соответствует непосредственному образованию стоимости»¹. В нашем контексте можно сказать – собственности (вещи), поскольку, рассуждая о стоимости (конечно, это более сложная материя), автор имеет в виду вещь или, точнее, свойства вещи, обнаруживаемые в обмене, а тем самым – и свойства обмена (ход рассуждений весьма близок к пониманию собственности у Гегеля).

Лежащее на поверхности объяснение, состоящее в том, что собственность всегда связана с вещами, а обязательства – с действиями, и, следовательно, собственность будет выражаться существительными, а обязательства глаголами, ничего в существе вопроса не объясняет², а лишь переводит разговор из плоскости филологической в плоскость феноменологическую (т.е. в мир явлений), где вновь повторяется то же противоположение; получаем лишь еще одно подтверждение коренной противоположности двух явлений, что никак не опровергает предположения о фундаментальном характере дуализма права. В этом смысле важна не столько связь собственности с существительным, а обязательства – с глаголом, сколько сам факт их взаимоисключающего выражения в языке.

Обозначение, наименование собственности делает вещь общеизвестной, что хорошо коррелирует со строем вещных прав, открытом восприятию третьих лиц. По выражению французских грамматиков, имя существительное «усажено в общеизвестности»³. Не может быть спора о том, на что установлена собственность. Это не исключает спора о тождестве – из них и состоит вся повседневность, в том числе – юридическая. Спора не может быть о том, что отождествляется, или не может быть собственности на то, что неизвестно, не названо. Называние, или отождествление, – это уже присвоение (Р. Барт в «Мифологиях» и говорит о «присваивающем жесте отождествления»).

Обнаруженное здесь противоположение ближайшим образом носит функциональный характер. Остается предположить, что в отношении обмена оба эти феномена выполняют разные функции. Но для такого предположения не видно аргументов, хотя поиски и могут привести к неожиданным результатам.

Например, если согласиться с А.А. Потебней в том, что развитие языка характеризуется ростом предикативности, т.е. «категория процесса, динамики становится все более характерной для мысли при движении от древности к современности»⁴, то мы должны предположить, что вещное право с точки зрения его выражения имеет более архаичную природу, что, может быть, и объясняет те его черты малоподвижности (но и устойчивости), противопоставляемые динамизму и активности безусловно предикативного обязательства, которые отмечались применительно к проблеме дуализма. О том же свидетельствует и замечание О. Фрейденберг:

¹ Фуко М. Слова и вещи. С. 218.

² По существу действие совершается в имущественной, т.е. вещественной, сфере, вещи стоят в начале – как условия деятельности и в конце действия – как его цель и результат (мы здесь повторяем по тому же поводу аргумент Гегеля против «абсурдности» дуализма права, что не делает его менее тривиальным).

³ Барт Р. Мифологии. М., 2004. С. 183.

⁴ Байбури А. А.А. Потебня: философия языка и мифа (вступ. ст.) // Потебня А.А. Слово и миф. М.: Правда, 1989. С. 6.

«Тотемистическое мышление не способно создать прилагательное имя, а не только глагол. В эту эпоху имеется лишь имя существительное»¹.

Но эта связь субъекта и предиката позволяет пойти и дальше, заметив, с одной стороны, их нераздельность, так как предикат, даже употребляемый автономно, предполагает субъекта, а, с другой стороны, естественная для языка ведущая роль субъекта дает новые основания для подкрепления того положения, как рационально обосновываемого, так и инстинктивно подкрепляемого, согласно которому собственность играет ведущую роль в системе права.

Нельзя также не отметить и такого, по-видимому, грамматического обстоятельства, что собственность актуально выражается только в прошедшем и настоящем времени, тогда как обязательство, напротив, — только в будущем² (ср. с замечанием Ницше о человеке как животном, приученном обещать). Правда, здесь развивается тема, в конечном счете приводящая нас снова к форме бытия свободы: обещание (стипуляция) ведь возможно, поскольку человек — владелец своего будущего, а это допустимо только у свободного.

Впрочем, несвободный лишен не только будущего, но и прошедшего (и тем самым — собственности!), именно поэтому он и не хозяин настоящего.

Ю.М. Лотман заметил, что для «первых деяний», которые «совершившись единожды, уже не могут исчезнуть, поскольку играют особую роль в мироустройстве и пребывают в нем вечно», не значимо понятие времени. «Основным организующим принципом является признак бытийности»³.

По-видимому, мы здесь обнаруживаем грамматическое подтверждение того данного интуитивно представления, что собственность лежит в основе права как его «вечная» основа.

Едва ли можно сомневаться, что радикальное разделение прав вещных и обязательственных по грамматическому времени носит также фундаментальное и во всяком случае весьма древнее происхождение, чем, по-видимому, можно объяснить как с трудом рационально улавливаемый, так и в то же время интуитивно подразумеваемый, бесспорный характер этого деления. Если «архаические структуры мышления в современном сознании утратили содержательность и в этом отношении вполне могут быть сопоставлены с грамматическими категориями языка»⁴, то и утрата непосредственного содержания грамматическими категориями затрудняет прямое выведение юридических или иных содержательных понятий из обнаруженного устойчивого соотношения таких категорий, но взамен этого дает подтверждение древнего и тем самым естественного, неслучайного их происхождения.

¹ Фрейденберг О.М. Миф и литература древности. С. 70.

² Я. Ассман отмечает, что различие прошедшего, настоящего и будущего времени характерно для индоевропейской системы грамматических времен, тогда как в афразийских языках имеются два вида глаголов, отражающих изменчивость и завершенность (Ассман Я. Египет: теология и благочестие ранней цивилизации / Пер. с нем. М.: Присцельс, 1999. С. 120). Можно, впрочем, предположить, что и такая дихотомия грамматических времен не противоречит нашим наблюдениям.

³ См.: Лотман Ю.М. Устная речь в историко-культурной перспективе. Текст как семиотическая проблема // Лотман Ю.М. Избранные статьи. В 3 т. Т. 1. Таллин: Александра, 1992. С. 188).

⁴ Лотман Ю.М. Происхождение сюжета в типологическом освещении. С. 233. В том же смысле можно, видимо, понимать и замечание А.А. Потебни, что грамматика и вообще язык не объясняются с позиций логики (см: Потебня А.А. Указ. соч. С. 37–38).

ГЛАВА 6

ДУАЛИЗМ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И ПРОБЛЕМА ДЕНЕГ

При обсуждении проблем дуализма гражданских прав, приведшем нас к вопросам генезиса, мы практически не затрагивали природы денег ввиду имеющейся у этого явления самостоятельной проблематики, хотя она связана, конечно, с дуализмом гражданских прав.

Исследование природы денег и прежде всего наличия в них вещных и личных (обязательственных) свойств тесно связано с оценкой дискретности объектов гражданского права и дискретности самих прав, одним из проявлений которой является дуализм.

Дискретность прав (и исков) вполне очевидна. Но этого нельзя сказать об объектах прав, равно как и о действиях по осуществлению прав (выполнению обязанностей) — ближайших к праву, идеальному по своей природе, материальных его проявлениях. Конечно, действия — феномен материальный, хотя и невещественный. Поэтому трудно согласиться с Д. Степановым, полагающим, что «объект обязательства по оказанию услуг носит нематериальный, невещественный характер, что отличает его от других объектов гражданских правоотношений»¹. Когда тот же автор говорит о том, что услуга имеет протяженность во времени², он уже только этим относит услугу к материальному миру, так как время — одно из свойств материи.

Вещь — понятие не физическое. В природе нет вещей. Они возникают только тогда, когда в природу вторгается социальный человек; связи между людьми создают вещи и присваивают им те качества, которые нам кажутся естественными³. Поэтому имеющее характер аксиомы и делаемое по ходу различие между вещью (товаром) и услугой по признаку того, что услуга — «иное дело: она не может быть отделена от источника, из которого исходит, оказывается (от человека, сообщества)»⁴, не имеет абсолютного характера. Замечательно точно это определил Л. Ми-

¹ Степанов Д.И. Обязательство по оказанию услуг и его объект // Хозяйство и право. 2004. № 5. С. 36. Приложение.

² Там же. С. 37. Протяженность действия во времени, конечно, нужно отличать от срока (юридического факта), который влечет возникновение или прекращение права. Срок — не атрибут права. Срочность или бессрочность права — это лишь указание на те факты, которые могут его прекратить.

³ Рассуждая об этом, Ф. Хайек предположил, что основой классификации объектов (не только юридических), видимо, являются цели, хотя возможны и иные основания (см.: Хайек Ф.А. ф. Контрреволюция науки. Этюды о злоупотреблении разумом / Пер. с англ. М., 2003. С. 45). Не абсолютизируя значение цели (она и в иных отношениях стремится быть единственной основой любой классификации), можно заключить, что качества объектам присваиваются нередко или преимущественно исходя из целей человеческой деятельности; те качества, которые оказываются вне этих целей, становятся безразличными, что и позволяет объединять вещи (тела, процессы) физически различные в единые или даже тождественные объекты.

⁴ Степанов Д.И. Обязательство по оказанию услуг и его объект. С. 11. Автор ссылается на работы цивилистов, которые высказывались в том же духе.

зес: качество вещи означает «все свойства, на которые обращают внимание покупатель и потенциальные покупатели»¹.

Телоцентризм², о котором вслед за многими юристами говорит Д. Степанов, проявляется, по-видимому, как раз в абсолютизации противопоставления таких материальных феноменов, как вещь и услуги по их физическим параметрам, с перенесением затем этих параметров в социальную и юридическую плоскость. Между тем, «когда мы изучаем качества, мы изучаем не физический мир, а ум человека»³, объекты права — продукт социальный, антропогенный, а не физический.

Можно указать, например, на такой феномен, как активность вещей (Д. Степанов о нем, конечно, говорит). Электронный дверной замок с дистанционным управлением или паролем обнаруживает черты и вещи, и услуги именно в юридическом смысле, тогда как их физические различия совершенно очевидны и дают повод для всевозможных упражнений на тему дискретности.

Определение Савиньи обязательства как господства над лицом⁴, нередко воспринимаемое как архаизм, заслуживает, как мне кажется, внимательного рассмотрения. Ценность его не только в том, что оно позволило выявить феномен власти (над вещью и лицом, должником: «и обязательство, и собственность состоят в господстве определенного лица над частицею внешнего мира», в этом они аналогичны⁵) как суть любого права⁶, но и в том, что оно указывает также на отсутствие ясной границы между правами разной юридической природы, как только эти права реализуются, переходят в сферу материального бытия. Действия по осуществлению права гораздо менее различны и различимы, чем те права, которые реализуются.

Р. Барт обращает внимание на вполне очевидный и потому ускользающий от рефлексии факт, что при изготовлении вещи имитируется цельность, швы и соединения зашлифовываются, стыки скрываются: цельность вещи сама по себе вы-

¹ *Мизес Л. ф.* Человеческая деятельность: трактат по экономической теории / Пер. с англ. Челябинск, 2005. С. 209. Конечно, этот подход видит в вещи только товар, но если вместо будущего покупателя мы поставим будущего собственника (который во многих случаях, когда вещь не рассматривается как средство для получения других вещей, будет тем же самым лицом), мы получим иное выражение той же идеи — качества вещи задаются человеком.

Вообще говоря, вещь как объект собственности предполагается имеющей некоторые уникальные качества, которые важны самому собственнику. Потому имеется приоритет защиты вещи в натуре. И только при невозможности возврата утраченная вещь оценивается взглядом покупателя, при этом речь идет уже о деньгах. Взгляд покупателя, таким образом, видит, надо полагать, наименьшее количество свойств, ценимых средним человеком.

² Сам этот термин, имеющий, насколько можно судить, скептический по отношению к классическим построениям оттенок, отсылает читателя к системе физических построений, которым известно тело, а не вещь (при том, что современная физика постоянно ревизует понятие тела, как оно понималось классической механикой, до такой степени, что оно скорее представляется как процесс). Но уже только этим производится искажение всей следующей из критики «телоцентричности» аргументации.

³ *Хайек Ф. А. ф.* Контрреволюция науки. С. 47. Далее Ф. Хайек цитирует Сэпира, который говорит: «В человеческом опыте ни одна из сущностей не может быть адекватно определена как производное от ее физических свойств или как их механическая сумма... Таким образом, все значимые сущности, известные из опыта, проходя через фильтр функционального или реляционного осмысления, подвергаются пересмотру и перестают выступать как физические данные» (Там же. С. 50).

⁴ *Савиньи Ф. К.* Обязательственное право / Пер. с нем. СПб., 2004. С. 48.

⁵ Там же. С. 55.

⁶ Можно, видимо, сказать, что власть — реальность всякого права (не в смысле материальности, конечно, а в том смысле, что она не может, например, быть предметом фикции).

стует как ее ценность, благо, тогда как шероховатость, прерывистость поверхностей — это Зло¹. Не отражается ли в этой цельности идея о способности вещи быть во власти, охватываться единой волей, как о благе?

В той же работе Савиньи указывает на неуместность резкого противопоставления *dare* и *facere* (а это противопоставление, конечно, тесно связано с противопоставлением прав вещных и обязательственных), на «эластичность обоих выражений»². Нельзя не отметить, что *dare*, *facere* — не сами права, а способ их осуществления.

Природа лишена тех резких граней, той дискретности, которая характеризует систему гражданских прав и в конечном счете проистекает не из качеств внешнего мира, а из свойств общества, социума. Суть объектных категорий правильно предлагается искать «внутри права»³. Материальный мир, напротив, демонстрирует бесконечные переходы, связи, совмещения качеств. Именно этот континуум противостоящей праву материи⁴ является источником трудностей при квалификации прав, направленной на обособление природно связанного явления, придание дискретности континууму; именно квалификация (буквально — создание качеств) заставляет материальный феномен обнаружить те качества, которые требуются от него вещным/личным правом (при этом большинство качеств отбрасывается, не замечается); только так и возникает объект права. До этого самого по себе в «чистой природе» его не существует.

Обнаружение качеств, создающих из проявления материального мира объект права, никогда не охватывает все его собственные признаки, которые просто во всей своей материальной совокупности не отражаются в праве, вопреки тому, как это иногда представляет теория, понимающая право как «отражение», «форму» материального мира, и как еще чаще это представляется обыденным юридическим сознанием. Право выбирает только некоторые качества и затем, не без помощи конвенций, трактует и эти лишь некоторые качества довольно неточно. Одно из основных качеств объекта, как оно применяется правом, — пространственное положение — довольно приблизительно с физической точки зрения, даже не имея в виду отечественную кадастровую службу. Другое базовое допущение, состоящее в том, что время само по себе не влияет на тождество объекта (хотя естественные науки говорят совершенно обратное, а в отношении предметов живой природы, ставших объектами права, это очевидно и без всякой науки) и тем самым исключается из качественных характеристик объекта с точки зрения естественных процессов, протекающих в окружающем мире, кажется принципиально неприемлемым. Тем не менее право его принимает и твердо проводит⁵.

¹ Барт Р. Мифологии / Пер. с фр. М., 2004. С. 87.

² Савиньи Ф.К. Обязательственное право. С. 233.

³ Ланач В.А. Система объектов гражданских права: Теория и судебная практика. СПб., 2002. С. 61. В этой работе имеется раздел, посвященный дискретности объектов гражданских прав (С. 140 и сл.).

⁴ В физическом смысле вселенная может быть представлена как единая вещь, поскольку между любыми ее частями существуют те или иные связи; соответственно, разъединение этих частей влечет утрату этой связанности. Те же соображения с гораздо большими основаниями можно применить для любых иных физических явлений. Это позволяет критически относиться к стихийному, по большей части, представлению о физическом происхождении понятия вещи.

⁵ Можно указать и на известное праву понятие «момент», которое считается не имеющим временной протяженности, тогда как тот юридический факт, на который право указывает как на «момент» (отгрузка, платеж и т.д.), всегда имеет физическую длительность, время течения.

Развитие и изменение круга объектов прав приводит нас наряду с прочими (например, наряду с пространственной экспансией) и к возникновению переходных явлений, данных развитием цивилизации, одной из парадигм которой является вовлечение вещей в экономику, в повседневную жизнь в качестве активных агентов — автоматов, механизмов и т.п. При всей тривиальности этого много раз описанного процесса нельзя не заметить того, что при этом, как уже указывалось, размывается грань между действием и вещью. Власть над этими агентами воспроизводит власть над работ¹, сходную с построениями античного права тем, что субъекту права подчиняются умения и способности подвластного, а не его телесная субстанция, которая может быть только предметом удовлетворения некоторых неимущественных потребностей (престиж обладания и т.п.) и в которой сегодня уже и нет нужды как в предмете владения. В описанном нами примере не важно, кто владелец двери; важно, чтобы замок работал исправно.

Это наблюдение позволяет прийти к выводу, что одним из решающих свойств объекта права следует считать его способность быть предметом власти человека. (Для вещей это выражается в способности быть предметом владения.) В этом свойстве, конечно, отражена (снята в гегелевском смысле) прежде всего дискретность. Дискретность здесь проявляется в том, что вся природа не может быть под контролем лица (даже выступающего как лицо юридическое). Понятно, что это свойство, играющее определяющую роль в строении системы объектов права, отражает не столько природные качества объекта, сколько социальные качества субъекта. Нельзя не заметить также и того, что это качество (способность быть во власти лица) находится в зависимости от технического прогресса, расширяющего возможности власти и тем самым по-новому ставящего проблему вычленения объектов права из окружающего материального мира.

Проблема природы денег внешним образом состоит в том, что они могут быть как вещами, так и правами требования, тогда как дуализм права с его разделением на права вещные и обязательственные расценивает это положение как невозможное.

Основные попытки решить проблему денег так или иначе связаны с частным преодолением этой общей дихотомии.

Возникает вопрос о приоритетах: должны ли мы пренебречь разделением частных прав либо мы должны смириться с двойственной природой денег? В решении этого вопроса отсылка к генезису денег кажется совершенно естественной. Но, насколько можно видеть, происхождение денег не связано с персонализацией вещей и овеществлением личности, т.е. теми формами, которые предшествова-

¹ Этот архетип вводит еще одну характеристику власти — преодоление сопротивления, конечно, лишённого какого-либо юридического и социального значения, сопротивления, проистекающего из самой природы подвластного, которую нужно так или иначе постигнуть, суметь подчинить подвластного, постигая, освоить его природу и найти способы управления им согласно его сути. Власть, стало быть, подразумевает инакость и необходимость ее преодоления. Некоторые отголоски этого находятся в патриархальной власти, но то же можно обнаружить и в жесткой функциональности; здесь необходимость постижения выступает как рациональность. Гуманизм сформирован в некоторой мере из идеи изменения *субъекта* властвования под влиянием импульса, идущего от объекта.

Признание значимости объекта ставит под сомнение благотворность абсолютной власти, что имеет и юридические рефлексы (ответственность субъекта права за осуществление права — только один из таких рефлексов и самый поверхностный).

ли дуализму частных прав и не могут в нем адекватно выражаться. Напротив, сами основания возникновения денег и явились как следствием, так и способом (одним из способов) деперсонализации вещей. Значит, в природе денег нет никаких принципиальных противоречий с делением прав на вещные и обязательственные, и устранение этого дуализма, даже если бы оно не влекло разрушительные последствия для всей системы права, не сможет решить проблему денег, которая лежит, кажется, гораздо глубже.

Другое, паллиативное решение может состоять в том, что денежные обязательства, права требования денег могут быть посредством известной фикции представлены как вещи. Следствием этой фикции станет, в частности, то, что деньги вкладчика (клиента) будут выводиться из конкурсной массы неплатежеспособного банка или иного кредитного учреждения как вещи, не принадлежащие банкроту; соответственно вкладчики (клиенты) будут выступать не как кредиторы, а как собственники. Однако отыскание этих денег у третьих лиц представляется маловероятным, поэтому большой практический эффект такой конструкции вызывает сомнения.

Для того, чтобы принять такое решение, нужно дать оценку вытекающим отсюда следствиям, в том числе роли и месте в обороте кредитной системы и кредитных учреждений. В задачи настоящего анализа такая оценка не входит.

Противоположное решение — объявить деньги в их вещественной форме правами бессмысленно: такая фикция не даст практических удобств, а только удобства и могут оправдать фикцию.

Деньги, относящиеся к вещам, имеют свой источник в договоре, что с самого начала предопределяет их двойственную природу.

Стихийное представление, согласно которому обмен товарами был «постепенно» дифференцирован в систему меновых договоров, в которых и появились деньги, заставляет объяснять появление денег исключительно соображениями практического удобства. Представление об удобстве денег, а также естественным образом вытекающее из него представление о сконструированности, искусственности денег¹, недооценивает ту роль творца общества, которую играли деньги. Общество трудно считать субъектом (конструктором, демиургом) денег именно потому, что оно само было ими создано.

Впрочем, какие именно качества были удобными, понять нелегко. Ф. Бродель замечает, что роль денег «стареется играть тот товар, на который есть спрос, или же тот, что есть в избытке»². Понятно, что спрос находится в обратной пропор-

¹ Так, оспаривая тезис (и на самом деле неверный) о подчинении денег экономическим категориям, современные юристы пишут: «...юридическая конструкция денег была создана для решения конкретных задач правового регулирования, она является органической частью гражданско-правового механизма» (Башкатов М.Л., Сеницын С.А. Проблемы режима денег в области вещных правоотношений // Законодательство. 2005. № 6. С. 20). Если «конструкция денег» была создана, то, вероятно, не столько для решения задач правового регулирования, тем более конкретных, сколько для создания самого общества, выходящего из недр архаики (и кстати, синкретизма, в рамках которого спор между юристами и экономистами был бы в принципе невозможен, даже если бы они были специально созданы для решения конкретной задачи организовать этот спор). Точнее было бы сказать, что частное право — инструмент, рожденный для функционирования денег, чем наоборот.

² Бродель Ф. Материальная цивилизация, экономика и капитализм. XV–XVIII вв. Т. 1: Структуры повседневности: возможное и невозможное / Пер. с фр. Л.Е. Куббеля. М.: Прогресс, 1986. С. 470. Ф. Бродель, в отличие от других французских историков, не придерживается при изложении фактогра-

ции с изобилием, а это делает решительно неясным, какие же качества товара, если деньги действительно были когда-то товаром, требуются, чтобы товар получил роль денег. Остается предположить, что именно товарные качества денег мало связаны с их удобством.

Но нужно вспомнить, что на самом деле договор мены товарами (вещами) отнюдь не был первым, как это принято считать¹.

Г. Гроций, на которого ссылается А. Эрделевский в обоснование довода о первичности мены (впрочем, это суждение — общее место экономических и юридических систем, и заслугой А. Эрделевского можно считать уже то, что он нашел необходимым сослаться на какое-либо основание в доказательство его истинности), если только не считать его очевидцем², располагал все же меньшими сведениями о древнем праве, чем современная наука. А история права говорит об обратном: договор мены был вовлечен в право сравнительно поздно и занял место на периферии купли-продажи. Этот важный факт, противоречащий тому умозрению, из которого исходили и Г. Гроций, и другие мыслители, насколько известно, до сих пор не получил сколько-нибудь внятной интерпретации. Более того, представление о первичности товарного обмена кажется большинству настолько естественным, что и предмета для обсуждения здесь не видится.

Однако существует достаточно большой массив фактов и их интерпретаций, свидетельствующих о несостоятельности этого умозрения. Эти факты еще не стали общим достоянием, хотя вполне доступны. Нельзя не отметить, что ни один из упомянутых фактов в отдельности, ни их совокупность не были опровергнуты с достаточной степенью убедительности. Прежняя система взглядов уступила место новой довольно незаметно, так, что это далеко не всем известно: «...традиционная концепция происхождения экономики потерпела крах лишь недавно, настолько недавно, что масса экономистов продолжает бездумно считать меновую торговлю «бабушкой» экономики»³.

Даже такой глубокий знаток романистики, как Р. Иеринг, признавая, конечно, первичность римской купли, лишь отмечает, что «ступень мены, видимо, уже пройдена, и купля вытеснила ее как из оборота, так и из инвентаря права»⁴, и по существу

фии денег теории М. Мосса; впрочем, он и не уходит в глубины генезиса, обращаясь к периоду Нового времени. Соответственно деньги у Ф. Броделя выступают как один из товаров.

В указанном произведении автор описывает, как самые разные предметы, в том числе имеющие весьма сомнительную потребительскую ценность, выступали в качестве денег еще в самом недавнем прошлом. Были среди них и стручки перца (поэтому не лишнее иронии замечание В.А. Рясенцева по поводу английского понятия *consideration*, в силу которого для возмездности договора достаточно передачи за товар и стручка перца, оказывается вписанным в историю денег и скорее отсылает к латинской конструкции платежа одной монетой).

¹ Эрделевский А. Древнейшая из сделок // Закон. 2001. № 6. С. 36.

² В этом отношении более уместно было бы сослаться на высказывание Павла: «Происхождение купли-продажи коренится в мене. Ибо некогда не было как таковых монет, когда не называли одно товаром, другое ценой, а каждый в зависимости от надобностей данного времени и от характера вещей обменивал ненужное на нужное...» (Д. 18.1.1) (Дигесты Юстиниана / Пер. с лат.; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. III. М., 2003. С. 559).

³ Батай Ж. Понятие траты // Батай Ж. Проклятая доля / Пер. с фр. М., 2003. С. 192.

⁴ Иеринг Р. ф. Избранные труды. Самара, 2003. С. 168.

В другой работе Р. Иеринг, обсуждая ритуал манципации, считает ее позднейшей по сравнению с «естественной поставкой», которая «всюду самая ранняя, и мена древнее покупки» (Иеринг Р. Дух рим-

уходит от обсуждения весьма важного для романиста вопросов, как же происходило это «вытеснение» и как мена возникла все же в поздней системе договоров, заняв в ней, впрочем, вполне маргинальное положение, но не обнаружив никаких следов «пройденной ступени», что для римского права с его консерватизмом в высшей степени необычно. Трудно сомневаться, что отсутствие интереса к этому удивительному зиянию можно объяснить исключительно все той же инерцией идеи о первичности обмена.

Еще менее убедительны замечания И.А. Покровского на этот счет. Если Иеринг высказывает гипотезу «вытеснения» мены, более правдоподобную уже хотя бы потому, что не ставится под сомнение отсутствие мены в обозримом прошлом (и потому она отодвигается в прошлое неведомое), то И.А. Покровский полагает, что мена была, но не имела юридического значения. Допущение это нужно признать совершенно умозрительным: никакие факты не приведены в его обоснование. А замечание И.А. Покровского, что «с актом передачи всякие отношения между сторонами покончены»¹, приходит в противоречие с присущей раннему римскому (да и всякому архаичному) укладу юридической связанностью лиц, возникающей из передачи вещи. Если манципация, которая так же не создавала обязательства, но влекла ответственность продавца в виде *auctoritas*, т.е., по мнению И.А. Покровского, *furtum*², то остается непонятным, почему передача вещи в порядке мены не устанавливала подобной связи. Никаких объяснений этому невозможно найти, кроме того, что мены у римлян с их строгим формализмом первых контрактов, как верно пишет И.А. Покровский³, просто не было.

Если такие проницательные исследователи, как Иеринг и Покровский, не заметили причин отсутствия мены в системе ранних римских контрактов, то к иным романистам, пожалуй, обращаться едва ли имеет смысл.

Действительный генезис ставит в начало дар. Простое синкретическое заключение, что дар (*gift*) охватывает другие договоры: продажу, мену, залог и аренду (*sale, exchange, gage and lease*), — сделанное в «Истории английского права» Поллоком и Мэйтландом⁴, само по себе недостаточно хотя бы потому, что мы можем отме-

ского права на различных ступенях его развития. Часть первая. СПб., 1875. С. 122). Никаких аргументов в пользу этого суждения, видимо, очевидного для автора, впрочем, не приводится. При этом Р. Иеринг не обсуждает того обстоятельства, что деньги (*rescupia*, от *scot* — *recus*) отличны от *aes* (меди), отвечаемой в процедуре манципации. Для автора, видимо, эти понятия равнозначны, поскольку там же он указывает на термин *aestimare* (оценивать) как выявляющий денежное значение *aes*. Не затрагивая позднейших значений *aes* (меди), нельзя не заметить, и на это обращали внимание позднейшие исследователи римского права (соответствующие взгляды приведены Д.В. Дождевым), что *aes* не является платой и не заменяет плату (оплата тем самым выведена за рамки манципации, как, кстати, и традиция, передача вещи). *Aes*, как об этом говорилось в предыдущей главе, связана с установлением (развязыванием) личной связи между сторонами ритуала, создает лишь право на манципируемую вещь, «гарантирование собственности», по определению Р. Иеринга (Там же. С. 121).

Впрочем, Р. Иеринг подчеркивает, что выплачиваемая преступником *roena*, «в которой хотят прежде всего видеть деньги примирения», этимологически указывает на очищение (автор ссылается на *riges, pu-nire*) (Там же. С. 238).

¹ Покровский И.А. История римского права. М., 2004. С. 395.

² Там же.

³ Там же.

⁴ На это суждение указывает М. Мосс (*Мосс М. Очерк о даре // Мосс М. Общества. Обмен. Личность: Труды по социальной антропологии / Пер. с фр. М., 1996. С. 87*).

тить не только юридические, но и экономические, и социально-психологические явления, тяготеющие к экономике дара и противостоящие обмену.

Дар выступал как единый, нерасчленимый и не распадающийся на отдельные элементы институт, подчиняющий себе все общество и управляющий им, как это показано М. Моссом в цитируемой работе, оказавшей влияние на последующие исследования в данной области на протяжении всего XX в. Архаичная система даров, которую еще застала этнография, охватывая сферу гораздо более широкую и важную, чем просто договор и чем вообще право, «имеет для туземцев огромное значение и затрагивает почти все общественные страсти и амбиции»¹, «вся племенная жизнь пронизана постоянным процессом отдавания и получения»². Явление дара, стало быть, выходит далеко за рамки системы договоров, что, видимо, и может объяснить в некоторой мере тот удивительный факт, что юристы этого феномена не заметили. Однако без него понять генезис права и складывание первых юридических форм довольно трудно.

В предыдущей главе были приведены многочисленные свидетельства того, что в архаике передача вещи сама по себе подчиняла получающего ее. Основанием этого универсального эффекта было то, что вещь, являясь частью самого дающего, сохраняла связь с ним, являясь им самим, его свойством.

При том, что от дарения нельзя было уклониться³, оно влекло «безусловную обязанность возмещать дары под угрозой потерять власть, талисман и источник богатства, воплощенный в самой власти»⁴. Существовала и религиозно обеспеченная опасность, грозящая неисправному, уклоняющемуся от отдаривания получателю вещи гибелью⁵.

Дар, создающий личную зависимость⁶, принципиально не допускал немедленного отдаривания: ведь такая попытка означала бы стремление избежать зависимости, т.е. уклониться от самого дара. Именно поэтому, кстати, дар никак не мог привести к мене.

«Обмен кула всегда должен быть подарком, за которым следует ответный подарок. Это никогда не может быть бартером — непосредственным обменом, с оценкой эквивалента и спором о цене. Во время кула всегда должны происходить две сделки, различающиеся по названиям, по природе и времени проведения»⁷.

¹ Малиновский Б. Избранное: Аргонавты западной части Тихого океана / Пер. с англ. М., 2004. С. 89.

² Там же. С. 178.

³ «Дарение является принудительным: принять — значит взять на себя обязательство» (Мосс М. Очерк о даре. С. 132). Даже в более поздних укладах продолжало существовать осуждение отказа от дара. М. Мосс приводит стих из саги: «Скупой всегда боится подарков» (С. 296). Можно говорить о том, что отказ принять дар влек по крайней мере социальную изоляцию, если не более тяжелые последствия.

⁴ Мосс М. Очерк о даре. С. 94.

⁵ Там же. С. 97.

⁶ Р. Барт, оценивая японский ритуал подарка, обращает внимание на то, что участники ритуала всячески избегают притронуться к самой вещи: «Подарок сам по себе нетронут. Душа не загрязняет его ни щедростью, ни благодарностью» (Барт Р. Империя знаков. М., 2004. С. 85). Можно, кажется, предположить, что этот ритуал отстранения от даримой вещи — один из способов преодоления тех опасностей, которые заключены в даре.

Б. Малиновский пишет, что подарок, полученный в ритуале кула «зачастую забирается не принимающим, а какой-нибудь незначительной личностью из его свиты»; при передаче дара кула считается недопустимым проявлять интерес к подарку, желание его получить (Малиновский Б. Указ. соч. С. 198).

⁷ Малиновский Б. Указ. соч. С. 351.

В то же время обязательно требующийся период времени для возвращения дара, видимо, расценивался как основание для возрастания ответного дара. Отсюда можно даже вывести явление архаичного кредита. Причем практиковалось возмещение через несколько лет не только дарителю, но и его наследнику¹.

Можно понять, что иного эффекта от передачи вещей не могло быть, пока не была преодолена персонализация вещей и овеществление человека, подчинение его силам, заложенным в вещи. Этот эффект, впрочем, не только подчинял себе архаичного человека, но и широко использовался им для устройства социальной иерархии, для того или иного упорядочивания общества. Как это происходило, показано на ставшем знаменитом примере потлача у североамериканских индейцев (при том, что различные черты этого обычая так или иначе проявляются не только в иных архаичных обществах, но прослеживаются и в нынешнем быту и сознании современного человека). Потлач — это безудержное раздаривание, растраты (на пирах и т.п. способами, выступающими чаще всего как жертвоприношения), а также демонстративное уничтожение имущества, влекущие обязанность получивших дары, принявших участие в пирах, свидетелей уничтожения, спустя некоторое время вернуть еще большее количество вещей (либо уничтожить их и т.д.) под страхом потери статуса, места в социальной иерархии.

Хотя система даров была именно системой, связывающей все общество, и в этом качестве она достигала своих целей, в частности — перемещения вещей, их циркуляции² (движение по кругу — вообще наиболее логичное следствие системы даров, так как вещь должна вернуться к своему хозяину³; ведь ее длительное хранение опасно — чужая вещь не становится своей, что в определенной мере отражено в рассмотренном выше феномене *usus auctoritas*), ее неэффективность очевидна.

Не говоря уже об обычаях уничтожения ценных вещей, именно невозможность окончательного присвоения полученной вещи является пределом и преградой нормальному обмену. А расширение сообщества делает затруднительным правильную циркуляцию: возвращение вещи ее прежнему хозяину становится невозможным из-за больших расстояний и большого числа сделок. Но заложенная в основании системы даров идея опасности присвоения чужой вещи никуда не исчезает, следовательно, нарастают угрозы и дезорганизация общества.

Кроме того, система даров никак не увязывается с эффективностью: любая трата дает право на возмещение, т.е. эффективна независимо от желания получающей

¹ Мосс М. Очерк о даре. С. 139.

² «Ценности всегда должны перемещаться и никогда не останавливаться» (Малиновский Б. Указ. соч. С. 355). В качестве системы дар выступал, конечно, как проявление обмена в широком смысле (т.е. не в виде договора). Именно обязательность принятия дара и обязательность ответного дара и были способом обмена как «фундаментального общественного отношения», на что обращает внимание Л. Мизес; впрочем, он допускает наряду с даром и «безмолвный бартер»: «Человек дает другим людям для того, чтобы получить от них» (Мизес Л. ф. Указ. соч. С. 184–185). Но право имеет дело не с фундаментальными общественными отношениями, а с конкретными отношениями между отдельными людьми. И вот эти отдельные отношения не были отношениями мены. «Безмолвный бартер» как отношение с чужаками не мог быть средством устройства общества и тем самым — источником юридического развития.

³ Этот возврат — отнюдь не бессмыслица, его результатом является повышение или в крайнем случае подтверждение социального статуса участников. Кроме того, обязанность отдарить с излишком влечет и получение выгоды, хотя в классическом варианте эта выгода и не рассматривается как сознательно рассчитанная цель подарка.

стороны. Неэффективность, кроме того, вытекает и из того, что предмет, охваченный системой даров, не используется, кроме только того описанного Аристотелем пользования, которое состоит в радости, приносимой обладанием: получаемый предмет дает «радость временного обладания... Это обладание почти никогда не вынуждает владельца пользоваться этими вещами»¹.

Очевидно, что выход следует искать в поисках таких вещей или, точнее, в присвоении некоторым вещам таких свойств, которые более не связывают их с хозяином. Правильнее поэтому будет говорить о вещах без свойств.

Насколько этот шаг был труден для архаичного мышления, говорит тот факт, что существует множество вещей смешанной природы, в которых личные свойства их хозяев вытеснялись иными качествами, но все же продолжали сосуществовать.

Обратившись к генезису, можно обнаружить, что архетипом денег была личная связь в виде символа, вещественность которого несущественна. Если эта связь и овеществлялась, то вещи не имели потребительской, «экономической» ценности, а служили чистым символом. Разрыв тотема, т.е. непосредственное переживание общности людей, выражался в форме разрываемых бирок, разбиваемых черепков — «особых древних вещей без иного какого-нибудь назначения, а потому и без имени. Их называли знаками, значками, по-нашему — билетами, марками. Это были «тессеры»² у римлян... Тессеры — и значки, и кости игральные, и пароли, и входные билеты на зрелище, и марки на выдачу хлеба, и знак побратимства. Первоначально они представляют собой просто камешек или деревяшку, кусок глины, стекло, позднее металлический квадратик, обычно из свинца, слоновую кость, мрамор... Она имеет знак, штамп с обеих сторон, как монета. В одних случаях это голова Юпитера Госпиталия (кунака, гостя), в других знаки того, к чему тессеры приурочены... Вглядевшись в это приурочение (побратимство, состязания, право на хлеб и участие в пире, игральные кости), видишь, что в нем выражено архаическое назначение вещи-тотема при поединке, при разрывании и еде, при обмене сущностями»³.

В. Латышев не без удивления замечает, что вручаемые афинским судьям деревянные бирки с именем судьи (гелиаста) и номером его судебного отделения находились в захоронениях в виде бронзовых, причем кроме упомянутых надписей — с добавлением различных «символов, например, совы или головы Горгоны»⁴

¹ Малиновский Б. Указ. соч. С. 110.

² Ю. Колосовская пишет о *tessera hospitalis* — «табличках, удостоверявших гостеприимство». При этом автор не уделяет большого внимания тому, что в центре обряда принятия гостя, т.е. чужака, изначально находился именно обмен (разламывание) вещи, через свойства которой и устанавливается общность, а не вербальный, а тем более письменный договор. Характеризуя гостеприимство как институт *ius gentium*, т.е. феномен только юридический, Ю. Колосовская не затрагивает тех сторон отношений с чужаками, которые выходили за рамки права и в силу которых гостеприимство выступало как граница, с одной стороны, между космосом и хаосом, а с другой — между правом и неправом (см.: Колосовская Ю.К. Гостеприимство в системе *ius gentium* Древнего Рима // Древнее право. 1999. № 1 (4). С. 91).

³ Фрейденберг О.М. Миф и литература древности. С. 90. Если исходить из этого, то широко известное из архаики клеймение вещей, т.е. придание им личных свойств, лишь следует за теми формами, которые получили полное развитие применительно к деньгам. Хотя мы не видим в этих формах характерного свойства денег — способности к росту (она связана, как показал М. Элиаде, с архаичными представлениями о металлах), но высокая степень идеологического насыщения при незначительности материальной субстанции позволяет, как кажется, придавать этим вещам любые отвлеченные свойства.

⁴ Латышев В.В. Очерк греческих древностей. Государственные и военные древности / Под ред. Е.В. Никитюк. СПб., 1997. С. 231.

(т.е. указывающих на тотем). Это, конечно, никак не согласуется с рациональным пониманием бирки лишь как технического средства участия в судопроизводстве, но вполне подтверждает приведенные взгляды на суть символа (тессеры, теорикона), как вещи, «связанной с культовой обрядностью», выражающей личные отношения и качества владельца, но приобретающей со временем также и функции денег¹.

Л. Леви-Брюль отмечает, что употребляемые туземцами с Соломоновых островов раковины в качестве монет на самом деле совсем не похожи на деньги с их абстрактной силой. Раковина как монета употребляется только для двух сделок: чтобы добыть женщину при заключении брака, а также «для приобретения союзников при ведении войны и для уплаты компенсации, полагающейся за мертвых, погибших ли от простого убийства или в бою». Отсюда следует, полагает автор, что монета выполняет не экономические функции, а социальные².

Глубокое обобщение этнографического материала проведено М. Моссом³. Он настойчиво подчеркивает обезличенность денег, что позволяет им стать «орудием освобождения». Сначала деньги выступали как обладающие преимущественно магической сущностью предметы, как талисманы. Но в этом качестве они еще привязаны к личности — к роду или индивиду. Например, их цена растет или снижается вместе с числом передач. Но даже при переменном значении они уже имеют покупательную способность, которая исчисляется⁴.

Главное же в том, что «эта покупательная способность по-настоящему освобождает от обязательств».

М. Мосс выделяет три этапа возникновения денег. На первом обнаружилось, что вещи, имеющие магическую силу, талисманы, не разрушаются в обороте (не потребляются — в юридическом смысле). Эти вещи были наделены покупательной способностью.

На втором этапе эти вещи стали «средством исчисления и циркуляции богатств»⁵.

На третьем этапе были найдены «средства оторвать эти драгоценные вещи от групп и людей, сделать их постоянным инструментом измерения стоимости, всеобщей, хотя и не рациональной мерой»⁶.

¹ Фрейдберг О.М. Миф и литература древности. С. 91.

² Леви-Брюль Л. Сверхъестественное в первобытном мышлении. М., 1999. С. 336–337. Аналогичные обобщения относительно природы архаичных денег можно найти и у современника Леви-Брюля М. Вебера, причем, насколько можно судить, автор не придавал этому факту иного значения, кроме свидетельства неразвитости денег.

³ У автора имеется специальное исследование происхождения денег (изд. в 1914 г.). Я здесь цитирую данное им краткое изложение своих выводов в «Очерке о даре».

⁴ Это первое явление чистого количества в праве, которое привело к феномену товара и купли-продажи.

⁵ Для исчисления богатства могли использоваться всякие другие вещи, потребляемые в том числе. Само это разделение первоначально, видимо, не имело значения, что, с современной точки зрения, влекло неэффективность первобытной экономики. Б. Малиновский настойчиво подчеркивает неутилитарный характер труда туземцев: «...туземцы производят значительно больше, чем им нужно в действительности... старательность аборигенов значительно превосходит границы необходимости». Часть произведенного пропадает (Малиновский Б. Указ. соч. С. 76–77). «Накопление провизии является результатом не только хозяйственной предусмотрительности: нет, оно подстегивается еще желанием показывать ее и повышать свой социальный престиж через владение богатством» (Там же. С. 180).

⁶ Мосс М. Очерк о даре. С. 118–119.

Итак, сначала деньги, как и другие вещи, выражали личную связь сторон договора, самих его участников¹.

На этой начальной стадии у денег обнаружилось многие качества, сохранившиеся в той или иной мере до сих пор и составляющие тайну, мистику денег.

М. Элиаде в «Азиатской алхимии» — книге, посвященной архаическому отношению к металлам, пишет, что всеобщим было представление о том, что металлы вызревают в земле, меняя свою природу от незрелых (железо, медь и др.) до совершенных (золото). «Благородство» золота понималось как его «зрелость»: считалось, что все прочие металлы «недозрелые» и им лишь предстоит стать золотом². Вероятно, это представление сформировалось под влиянием земледельческой идеологии с ее культом прорастания семян, т.е. умирания — возрождения через землю. Здесь всякое тело, оказавшись в земле, начинает расти. Поэтому, кстати, зарывание денег в землю (клад) — это не столько попытка их сохранить от хищения, спрятать, сколько уберечь и увеличить силу денег, а значит, и собственную силу их владельца.

Э. Бенвенист, анализируя смысл слов, обозначающих ссуду, заем (*fenus, tokos*), обнаруживает их связь с понятием плодородия и замечает: «...проценты как бы порождаются деньгами»³.

Еще Б. Франклин утверждал, что «деньгам присущи половая сила и плодородие»⁴.

Если совместить эти универсальные для позднеродового общества идеи, то мы, кажется, обнаруживаем источник естественного роста денег⁵. Эта загадочная, но неустранимая способность денег прирастать сама собой решительно не позволяет рассматривать их как разновидность мертвой вещи.

Сделать заявление о мистической сущности денег и этим ограничиться нельзя, не впадая в банальность. Мистика денег состоит в том, что они имеют свойства самовозрастания, собственной жизни, как живые существа, причем обнаруживают иногда больше жизни, чем растения или животные, и сохраняют эти свойства, несмотря на любые изменения своей субстанции.

Способность денег к самовозрастанию не могла не породить такого их свойства, как рождение из денег процентов. Это свойство имелось изначально и известно любой самой древней цивилизации. Известна также разрушительная для

¹ «Психический эквивалент золотого эталона — субъект», — говорит Ж. Бодрийяр (*Бодрийяр Ж. Символический обмен и смерть*. М., 2000. С. 77).

² Элиаде М. Азиатская алхимия. М., 1998. С. 168–169.

³ Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов. С. 135. Это представление уже в классическом праве было преодолено: проценты рассматривались римским правом как результат обязательства, а не как плоды денег. Чтобы получить право требовать доход от денег (как, впрочем, и от прочего имущества), они должны находиться в чужих руках, причем и пользователь должен относиться к ним как чужим. Тем не менее остается в скрытом виде проблема плодов от своего имущества — именно об этом говорит Франклин (см. ниже). В этом случае следует, видимо, интерпретировать отношение собственника к своему имуществу как *долг*. Является ли это, очевидно, религиозно мотивированное понимание рационализацией архаичных представлений или оно вполне самостоятельно — это новый поворот темы.

⁴ Письмо Франклина цитирует Ж. Батай (см.: *Батай Ж. Проклятая доля*. С. 113). Еще более обширные выдержки из этого письма приводит М. Вебер в «Протестантской этике и духе капитализма» (*Вебер М. Избранные произведения*. М., 1990. С. 32–34).

⁵ Признак самовозрастания, впрочем, отнюдь не таинственного, присущ и скоту; но и такие формы денег, как, например, раковины, кажется, не случайно связаны если не с подземной, то с родственной ей подводной стихией, также рождающей жизнь.

социума роль этого качества денег¹, которое не могло быть устранено сознательными усилиями и потребовало религиозных запретов², причем сама сила запрета, как это обычно бывает, свидетельствует о силе того, чему приходится противостоять.

Оказались бесплодными и попытки рационального объяснения роста денег. Современные апелляции к экономике, к теории капитала также не кажутся достаточно убедительными. Ведь право исходит из единого процента на деньги, тогда как в каждой сфере предпринимательства капитал обеспечивает различную доходность. Иными словами, право до сих пор ориентируется не на личный характер денежного обязательства, а на природу денег как способной к росту вещи, поскольку речь идет о проценте: процент рассматривается как свойство самих денег, а не как следствие хозяйственной деятельности должника или кредитора. Корректирующие механизмы, например норма ст. 333 ГК, имеют, конечно, внешнее действие, не затрагивая сути денег, а лишь подчеркивая спонтанность их неукротимого поведения, которой приходится противопоставлять власть суда (нередко столь же спонтанную). Нельзя при этом не заметить, что процент, начисляемый по ст. 395 ГК, — именно этот институт восходит к самой природе денег — принципиально был лишен возможности корректировки, пока такая возможность не была введена судебной практикой по аналогии со ст. 333 ГК, но такое решение не может не казаться сомнительным.

Но по мере утраты оборотом функций установления личных связей деньги должны были меняться. И они менялись, приобретая все более абстрактный характер, абстрагируясь именно от сохранявшегося в них персонального начала. Только деньги могли справиться с этой задачей. Или, точнее, деньгами могли стать только такие предметы, которые наилучшим образом могли отвлечься от конкретного лица, приобретая абстрактные, но и сохраняя, видимо, иррациональные, как об этом говорит М. Мосс, качества, которые не позволяют им стать «чистыми знаками — первозданной, непосредственной социальностью»³.

Деньги должны были выражать некую нематериальную ценность, чтобы приобрести универсальность по отношению к материальному миру.

Возвращаясь к генезису договора, мы можем теперь прийти к выводу, что первым договором, вышедшим из циркуляции даров, стала купля-продажа, как об этом и свидетельствует история права.

Купля-продажа была поистине освобождающим договором. Именно в рамках архаичной купли-продажи разворачивалось освобождение от древних форм зависимости. И главным средством освобождения были деньги. Теперь понятно, что не купля-продажа (или якобы «вытесняемая» мена, которой на самом деле не было) потребовала возникновения денег, а появление денег потребовало возникновения купли-продажи. Купля-продажа за деньги пришла на смену циркуляции да-

¹ Аграрное производство, определявшее основные архаичные экономические институты, вообще не могло привести к идее процента; если аграрное хозяйство давало прирост, то он не накапливался в имуществе, а имел результат в приросте населения. Аграрные сообщества и до сих пор реагируют популяционным расширением на прирост получаемой продукции.

² Позднейшее объяснение этого запрета схоластами, состоявшее в том, что все время принадлежит Богу, а потому процент как плод времени не вправе присваиваться частным лицом, интересно тем, что сам процесс роста денег при этом не ставился под сомнение.

³ Бодрийяр Ж. Символический обмен и смерть. М., 2000. С. 179. Поэтому можно, вероятно, говорить о тенденции изменения, присущей деньгам, — в сторону абстрактности, чистого знака.

ров. При этом немедленная передача денег была еще одним средством избавления от личной зависимости¹: в рамках системы даров немедленное ответное возмещение дара было и невозможным, и бессмысленным.

Деньги принципиально непотребляемы: они не нужны, поскольку не удовлетворяют никакую нужду. Чтобы обнаружить их нужность, следует их отдать. Эта ненужность, непотребляемость денег влечет к их накоплению. Следствия накопления весьма разнообразны². Наиболее важными кажутся коллизии с расточением и овладением временем, будущим с его планированием и усложнением общества.

Размышляя над смыслом праздника (жертвоприношения) как способа расточения, достигающего многих целей, в том числе — средства общения разделенных существ³ и противостоящей ему заботы о будущем и накоплении, непосредственно выступающей как подчинение объектам реальности, Ж. Батай⁴ подводит нас к проблеме накопления и вытекающей из нее проблеме подчинения времени. (Жертвоприношение также являлось средством овладения реальностью, но иным, осуществляемым путем «разгула, связывающего и смешивающего до неразличимости с близкими, <но> содействующего их объединению в трудах профанного времени»⁵.)

Рано или поздно должно было быть найдено и средство, наиболее надежно подчиняющее профанное время, но не свободное и от сакральности — деньги. Одновременно виден источник оппозиции праздника (и праздности) и денег.

Но в этом качестве деньги становятся также отрицанием вещи как объекта собственности и владения. Постоянная опасность господства вещи, которое, впрочем, «никогда не бывает полным»⁶, но грозит фрустрацией, отторгает от самого существенного, сокровенного⁷, ибо вещи видимы и явны, требует, чтобы «вещь была противоположностью вещи, противоположностью продукта, товара — то есть трагической и жертвоприношением»⁸.

¹ Этот сюжет упоминается в предыдущей главе.

² С. Жижек говорил о «самом загадочном» из смертных грехов — скупости. Действительно, скупость, в отличие от иных грехов, которые протекают из греховности плоти, не дает никакого чувственного наслаждения и не имеет собственной рациональности (всякое рассудочное объяснение скупости следует за этим фактом, но не ведет к нему). Скупость, видимо, сугубо социальна, и это не единственное следствие возможности накопления.

Этот же вопрос в облегченном варианте заключен и в афоризме О. Уайльда: коллекционирование дает человеку «такое чувство защищенности, какого не давала даже религия».

В. Топоров высказал немало принципиальных идей о природе скупости, в частности, замечая в ней гипертрофированное развитие идеи долга человека перед вещами, т.е. усматривая в скупости известный идеализм (Топоров В.П. Апология Плюшкина: вещь в антропоцентрической перспективе // Топоров В.П. Миф. Ритуал. Символ. Образ: Исследования в области мифопоэтического: Избранное. М., 1995).

Изыятие не нужных для жизни вещей из системы обмена, циркуляции оценивается как асоциальное (греховное) поведение, давая накопителю в точке разрыва связей некоторое убежище и защиту от социума (скупость — всегда пассивная стратегия).

³ Очень важное замечание: разделение уже есть, оно обнаружено и переживается как то, что следует преодолеть. Ценность (непосредственно — сакральность) праздника, таким образом, состоит в преодолении разделения, утверждении общности.

⁴ Батай Ж. Проклятая доля. С. 52–53.

⁵ Там же.

⁶ Там же. С. 119.

⁷ Ж. Бодрийяр также говорит о реликвии, т.е. вещи, не подлежащей потреблению и ценной не в силу своих потребительских качеств, как о средстве предохранить от мира «глубинную (очевидно, сущностно-необходимую) ирреальность нашей внутренней жизни» (Бодрийяр Ж. Система вещей. М., 1995. С. 89).

⁸ Там же. С. 118.

Именно деньги — это то, что может быть только отдано и не может быть потреблено, это вещь для траты, а не для потребления и потому не вещь, отбирающая настоящее (сила денег всегда потенциальна, всегда обращена в будущее; прошлое и настоящее им не принадлежат). Деньги не могут подчинить субъекта, пока субъект не отказывается от настоящего во имя будущего. (Хотя и субъект не может подчинить себе деньги в отличие от любой другой вещи.)

Особое положение денег связано, как можно видеть, с тем, что их материальное начало полностью подавлено их идеальными свойствами всеобщего, т.е. абстрактного эквивалента. Поэтому, кстати, идея В. Лапача объединить деньги как вообще «материю»¹ точна в той мере, в какой под материей могла бы пониматься идея или абстракция.

Материальные качества денег существуют постольку, поскольку не вступают в конфликт с идеальными. Например, номинал денег всегда существеннее их веса, размера и т.д.

Единое понятие денег как абстракции возможно лишь постольку, поскольку мы не затрагиваем их материальности. Единой материей денег может быть лишь материя, объединяющая вещи и действия. Но тем самым соединяются вещные и обязательственные права, поскольку, как говорилось в начале этой главы, свойства объектов (в том числе их дискретность) — это свойства человека, свойства социальные и только потому — свойства прав. Вопрос, стало быть, сводится к тому, могут ли деньги поглотить дуализм гражданских прав своим материальным явлением.

Коллизия между вещными и обязательственными правами не может быть примирена, вообще говоря, потому что она отражает суть свободы лица — власть над собственными действиями или право на чужие действия (при том, что должник всегда сохраняет власть над собственными действиями). Иными словами, дуализм отражает власть и свободу в ее возможных проявлениях.

Но власть над деньгами никогда не бывает полностью обеспечена. Власть над деньгами практически бессодержательна, так как не имеет реального предмета приложения. Деньги как абстракция решительно сопротивляются не только физическому, но и всякому иному (а есть ли оно?) воздействию лица. Они не могут быть изменены (опредмечены) и потому неподвластны человеку. Человек не может в них выразиться, что и неудивительно, если вспомнить, что деньги — это вещь, суть которой в абстрагировании от личных, персональных качеств.

Деньги не только не могут использоваться, потребляться, они и не могут быть созданы, произведены, в них не происходит опредмечивания.

В деньгах положен предел свободе лица.

Как чистое количество деньги обнаруживают родство с товарами, именно в том отношении, в котором родовые товары противостоят вещам как единичностям. Но когда Савиньи говорит о том, что «владение деньгами сообщает владельцу такую же власть, как и измеряемые ими предметы имущества»², он лишь указывает на юридическую фикцию, позволяющую отождествить деньги и вещи. На самом де-

¹ Подробнее относящиеся к этому вопросу взгляды В. Лапача рассмотрены мною в рецензии на его книгу (Хозяйство и право. 2004. № 6).

² Савиньи Ф.К. Обязательственное право. С. 299.

ле это как раз не та же власть. Власть над вещью отлична от власти над деньгами (которая никогда не достижима окончательно). В то же время Савиньи, отмечая свойство денег «превращать все предметы в квантитеты»¹, очень близко подходит к их невещественной, идеальной природе: количество (квантитет) предельно противопоставлено качеству, т.е. вещи; это — нечто, противоположное вещи, отвлечение от единичности вещи и потому над ним не может быть личной власти, так как власть всегда единична и актуальна, имеет место и время (как и наиболее близко стоящее к власти владение).

Характерное свойство денег, обнаружившееся уже в том, что они растут, состоит в их способности подчинять будущее время.

Но рост, как и вообще изменение количественной ценности денег (а количество — это их главное качество), не только самопроизволен и спонтанен, но и постоянен. При этом это постоянное, непрерывное изменение денег, их собственная жизнь находится вне власти, вне контроля их собственника. Собственность на деньги оказывается, стало быть, всегда неполной², несовершенной (хотя право собственности — право полное и совершенное).

Именно потому, что деньги — это социальность, т.е. принадлежат всему обществу, они не могут принадлежать как объект владения никому (или принадлежат лишь постольку, поскольку не стали еще чистой социальностью): золото и серебро не принадлежат никому, потому что принадлежат обществу; «у денег не бывает хозяев»³. (Здесь обнаруживается аксиома владения: то, что принадлежит всем, не может принадлежать одному.)

Деньги могут накапливаться уже хотя бы потому, что вещи, в отличие от денег, находясь в отношениях идентификации с их собственником, имеют предел в своем актуальном бытии, положенный возможностями актуализации, реализации самой личности. В то же время в деньгах личность принципиально не выражается и потому не может дать им качественный, физический, пространственный предел.

Деньги как объекты права отличны не от вещей и не от обязательств, а вообще от объектов частных прав именно своей неподвластностью управомоченному лицу. Если способность быть во власти человека — главное качество объекта права⁴, то деньги, стало быть, не отвечают вполне признакам объекта права, власть над ними не бывает полной⁵.

Для рационального объяснения природы денег существовало несколько теорий. Одна из первых, изложенная, например Коперником, считала необходимым, чтобы «денежная единица представляла какую-то реальность». При этом «необходимо,

¹ Там же.

² Хотя здесь нет и ограничения права, ведь ограничение всегда в пользу иного лица или множества лиц, если исходит от публичного интереса. А недостаточность власти собственника не дает никакой власти иным лицам.

³ Теннис Ф. *Общность и общество. Основные понятия чистой социологии* / Пер. с нем. СПб., 2002. С. 72. Автор цитирует французскую поговорку (на нее ранее обращал внимание и Маркс, приводя противоположную сентенцию: «Нет земли без господина»).

⁴ Отсюда и изменчивость объектов, объясняемая расширением сферы власти человека.

⁵ Тот факт грамматики, что слово «деньги» не имеет единственного числа, показывает, что на деньги не может быть права собственности. В собственности может быть только вещь индивидуальная, единственная.

чтобы стоимость денежной единицы определялась той массой металла, которую она содержит, то есть чтобы она вернулась к тому, чем она была прежде, когда государи еще не печатали ни своих изображений, ни своих печатей на кусках металла; когда ни медь, ни золото¹, ни серебро не были деньгами, оцениваясь лишь на вес². Очевидно вещественное начало этих взглядов; деньги, конечно, не могут быть ничем иным, кроме вещей (монет, слитков и т.п.).

Но когда эта, казалось бы, совершенно верная теория была воплощена в жизнь на практике (в течение XVI в. в Англии, Франции и других странах предпринимались неустанные попытки привести в соответствие «стоимость, вес и номинал»³ денег), то весьма быстро выявились многие факторы, искажающие и компрометирующие теорию, — прежде всего, рост цен. Вопрос о сущности денег оказался гораздо труднее, чем казалось, что дало Д. Юму основания охарактеризовать его как «кабалистику, доступную разумению немногих»⁴.

Если попытаться уловить субстанцию денег, мы можем заметить, что деньги, в отличие от любой другой вещи, оказываются подвержены воздействию времени (мы здесь отвлекаемся от проблемы износа и улучшения, которая очевидно не имеет отношения к делу) и оказываются заведомо не равны сами себе в разные моменты, они либо падают в ценности, либо «растут», не меняя при этом своей вещественной (как и невещественной) природы.

Кажется, в этом же русле, если учесть характерный для абсолютизма перенос божественной силы на персону монарха, находились размышления меркантилистов над полезностью и иными свойствами денег, которые привели их к иному, противоположному выводу: «...деньги заимствуют свою ценность не у вещества, из которого они состоят, но лишь у формы, являющейся образом или знаком Государя»⁵. Тем самым был сделан шаг от вещественности денег в теории (который

¹ М. Элиаде, исходя из весьма малого экономического значения золота сравнительно с трудностями его добычи, настаивает на том, что «его символическую — а в конце концов религиозную — ценность оказалось невозможным опровергнуть, несмотря на стремительную десакрализацию Природы и жизни человека». Идеал, воплощенный в золоте — это зрелость, а также бессмертие и абсолютная свобода (*Элиаде М.* Азиатская алхимия. С. 168–169).

² Фуко М. Слова и вещи. С. 196.

³ Там же. С. 197.

⁴ См.: *Бродель Ф.* Материальная цивилизация, экономика и капитализм. XV–XVIII вв. Т. 1: Структуры повседневности: возможное и невозможное. С. 501.

⁵ Высказывание Scipion de Grammon (XVII в.) цит. по: Фуко М. Слова и вещи. С. 202–203. Там же приведено аналогичное, но менее монархическое мнение Бутру: «Деньги — это часть вещества, которой общественный авторитет придал вес и определенную стоимость, чтобы служить ценой и уравнивать в торговле неравенство всех вещей» (С. 204). Обнаруживаемая здесь аргументация, видимо, может быть возведена в юридическом плане к употреблению фикции. Это движение, сначала слабо (металлические деньги — фикция золота), затем сильнее (бумажные деньги — фикция металлических), затем еще заметнее («безналичные деньги — это квазиначальные, фикция наличных денег») (см.: *Ефимова Л.* Правовые проблемы безналичных денег // *Хозяйство и право.* 1997. № 2. С. 47), конечно, создает напряжение, но в целом направлено на сохранение существующей системы права. Критика уязвимых мест упомянутых концепций не могла не привести к появлению таких взглядов, согласно которым «признание денег вещами является пережившей свое время традицией» с неизбежно вытекающим из этого предложением выйти за пределы дихотомии вещи-обязательства и создать «отдельный объект гражданского права — деньги» (*Шкаринов И.А.* Теория денег: проблемы, которые ждут решения // *Журнал российского права.* 1997. № 4. С. 116, 118). Такой подход, как уже отмечалось, не приводит к решению проблемы, которая лежит глубже дихотомии частных прав.

был спустя короткое время совершен и на практике). (В настоящее время следы данной теории заметны в тезисе о публичной природе денег.)

Одновременно с возникновением этих взглядов в XVII—XVIII вв. бурно развивался кредит и вытекающие из него формы: банковские обязательства, векселя, складские записки (*cedole*) и др.

Причем, как только в обороте не хватало денег, банковские билеты, векселя, расписки начинали играть роль платежного средства¹ вместе с сохранением кредитных функций (дисконт векселя и т.п.).

Завершение перехода к бумажным деньгам требовало только одного: открытия того факта, что банковское или казначейское обязательство может вообще не предъявляться к оплате², т.е. утратить последние признаки обязательства, а служить лишь средством платежа и тем самым превратиться просто в деньги. С этих пор исчезает почва для юридического разграничения бумажных и металлических денег путем признания за бумажными деньгами свойств вещей.

Для нас важно проследить, как из обязательственных отношений (главным образом кредитных) возникают такие вещи, как деньги. Но эти вещи остаются особыми вещами. Как говорит Шумпетер, «деньги в свою очередь суть не что иное, как орудие кредита, право, которое дает нам доступ к единственным средствам окончательного платежа, а именно: потребительским товарам»³. Став вещью, деньги не приобрели никаких качеств предмета природы (имеется в виду и рукотворная природа), важного самого по себе, а сохранили неразрывную связь с миром прав, точнее — кредитных прав⁴.

С другой стороны, распространение на расчетные отношения с участием банков режима вещных прав позволяет Конституционному Суду РФ, как не без оснований замечает Д. Волнухин, «применить конституционный принцип неприкосновенности частной собственности, а в итоге обосновать неконституционность бесспорного списания штрафных санкций за налоговое правонарушение и полное соответствие Конституции РФ бесспорного списания недоимки по налогам» (*Волнухин Д.* О расчетах платежными требованиями без акцепта // *Эж-Юрист.* 1999. № 51. С. 3).

Впрочем, в Конституции РФ прямо неприкосновенность частной собственности не провозглашена. Считается, что «данный принцип может быть выведен из совокупности конституционно-правовых положений и включает в свое нормативное содержание конституционные гарантии обеспечения частным собственникам возможности свободного использования принадлежащего им имущества, стабильности отношений собственности, недопустимости произвольного лишения имущества либо несоизмеренного ограничения права собственности» (*Бондарь С.Н.* Конституционализация социально-экономического развития российской государственности (в контексте решений Конституционного Суда РФ). М., 2006. С. 163).

¹ Ф. Бродель цитирует современника: «Что касается Парижа, то стоит заметить, что в 1647, 1648 и 1649 гг. деньги в торговле были столь редки, что для производства платежей только четвертую часть их давали наличными деньгами, а три четверти — билетами или векселями, подписанными на предъявителя, что служило для их перевода, но не способствовало порядку. Таким образом, купцы, негоцианты и банкиры завели между собой обыкновение расплачиваться друг с другом подобным способом» (*Бродель Ф.* Материальная цивилизация, экономика и капитализм, XV—XVIII вв. Т. 1: Структуры повседневности: возможное и невозможное. С. 505).

² Этому предшествовало постоянное увеличение сроков займов, в течение которых обязательства обращались как деньги.

³ *Бродель Ф.* Материальная цивилизация, экономика и капитализм, XV—XVIII вв. Т. 1: Структуры повседневности: возможное и невозможное. С. 507.

⁴ Но эта связь не усилила, а ослабила вещественную, материальную природу денег. Именно на этой стадии возникло то положение, которое охарактеризовано Н. Бердяевым так: «Деньги оторвались от всякой онтологической основы, в них нет подлинного бытия, они ведут фиктивное, призрачное существование».

Но все же жизнь денег странная, загадочная, во всех смыслах слова потусторонняя. Если верно замечание Ж. Бодрийяра о том, что «всеобщая эквивалентность — это и есть смерть»¹, то мы можем, кажется, увязать как противостояние денег тварному миру, их выпадение из числа благ, так и таинственность их бытия.

В результате любое, самое прочное завладение деньгами не обеспечивает господства над их сущностью², остающейся до конца неподвластной ни владельцу, ни собственнику. Следовательно, утрачивается абсолютность самого права. Поскольку это исчезновение обнаружилось уже применительно к металлическим деньгам, мы имеем возможность допускать иной источник весьма трудных проблем, связанных с сущностью права на деньги³, кроме перехода к бумажным, а затем и безналичным деньгам.

ование» (*Бердяев Н.А.* Философия неравенства. Письма к недругам по социальной философии // Русская философия собственности. СПб., 1993. С. 300).

¹ *Бодрийяр Ж.* Символический обмен и смерть. С. 263. По мысли автора, всеобщая эквивалентность знаменует наряду с прочим и распад всех форм общности, одиночество.

² Поскольку эта сущность оказывается связанной с прорастанием, с землей, то она, стало быть, — хтоническая, а противостояние ей, т.е. подземному миру, влечет угрозу самой жизни. Это фатальная сила находящихся в подземелье сундуков скупого рыцаря, направленная против пребывающей наверху юной жизни, пронизывает всю историю и никак не облегчает непредвзятое (да и возможно ли оно?) исследование природы денег.

³ См., напр.: *Суханов Е.А.* Заем и кредит. Финансирование под уступку денежного требования. Банковский вклад. Банковский счет // *Хозяйство и право.* 1996. № 7. С. 16; *Рахмилович В.* О правовой природе безналичных расчетов, корреспондентских счетов банков и их прав на привлеченный капитал // *Право и экономика.* 1996. № 1–2; *Трофимов К.* Безналичные деньги, есть ли они в природе? // *Хозяйство и право.* 1997. № 3. С. 19 и сл. и мн. др.

Предложенное К. Трофимовым решение, состоящее в том, что деньги — это отдельный объект права, отличный и от вещей, и от обязательств, можно, кажется, считать наиболее показательным. Между тем оно не способно устранить ни одну из трудностей, составляющих данную проблему. В обоснование своего решения автор ссылается на то, что в экономическом смысле деньги являются феноменом, независимо от того, существуют ли они в наличной или безналичной форме. На мой взгляд, отсылка к экономической природе денег является не способом решения юридической проблемы денег, а лишь обнаружением одной из основных причин возникновения самой проблемы. Именно тот хорошо всем известный факт, что в экономике наличные и безналичные деньги играют тождественную роль, и порождает саму юридическую проблему денег, которые в праве не могут быть отождествлены. Вообще говоря, деньги созданы правом, от которого их и получила экономика, поэтому в ней никакого решения заведомо не может быть найдено. Таким образом, та задача, которая поставлена перед правом и правоведами экономикой, должна быть решена средствами права, но, конечно, это решение не может состоять в том, что юристы просто должны отказаться от юридического понятия денег и заменить это понятие экономической категорией, причем без учета тех последствий, которые может повлечь такая замена в системе гражданского права, как, впрочем, и иных отраслей (например, не очень понятно, как будет происходить грабеж безналичных денег).

На самом деле юридическая проблема денег состоит в том, что предметом собственности могут быть только наличные деньги и только как предмет собственности эти деньги могут быть в полной власти их собственника. Превращение денег в безналичные всегда влечет возникновение того или иного денежного обязательства и тем самым — утрату власти собственника, превращение его права в право неабсолютное, право, зависящее от поведения, от платежеспособности иного лица. Эту дихотомию невозможно исключить ни объявлением особого объекта права — денег, ни декларацией о сохранении вкладчиком права собственности на деньги, декларацией, вся иллюзорность которой становится очевидной в моменты банковских кризисов.

В том и состоит отличие частного права от экономики, что именно право распределяет и устанавливает ту или иную степень свободы (выражением которой частное право и является), тогда как экономика не в состоянии охватить эту сферу общественных отношений: экономика не устанавливает и не обеспечивает свободу лица.

Более того, самые ранние архетипы денег — различные разламываемые значки, пластинки и пр., дающие определенную связь участникам, — подчеркнуто не имели никакой прямой ценности, да и золото — довольно поздняя форма денег — выбрано, видимо, также не благодаря своей ценности, а как выражение иной, невидимой, невещественной силы. Можно предположить, что не только деньги получали свои качества от тех вещей, которые выступали как деньги, но и сами вещи, которые избирались в качестве денег, избирались по наличию тех признаков, которые должны были быть у денег. И главный среди этих признаков — наличие собственной силы, способность к самостоятельному и независимому изменению. Понятно, что эта сила в принципе может быть присуща любой субстанции и вовсе не иметь видимой субстанции¹.

Мистичность денег, до конца не утрачиваемая с изменением формы их бытия, не может быть преодолена сплошной рационализацией, придумыванием денежных суррогатов. Вообще говоря, «где есть рационализация во имя какой бы то ни было инстанции, там есть и мистификация»².

Проблема природы денег в любом случае состоит не только в том, что деньги — явление юридическое и неюридическим средствам они недоступны, но и в том, что они не вполне отвечают признакам объекта (или объектов) права и потому теоретические операции с ними как с обычными объектами едва ли могут привести к успеху. Если исходить из того, что деньги создали главный договор — куплю-продажу и в известной мере, стало быть, — само право, то более оправданным было бы ожидание, что скорее деньгам под силу справиться с теми или иными проблемами права, чем праву — с проблемой природы денег.

Переход денег от собственника к иному лицу сопровождается изменением характера права на деньги в соответствии с тем, кто свободен, волен распоряжаться этими деньгами. И изменение характера этого права влечет и изменение в праве на деньги; это право не может быть тем же самым, если деньги оказываются перешедшими в волю другого лица. Все это вполне очевидно.

¹ Очевидно, что деньги не нуждаются в заботе и не влекут обременений для собственника: они, кажется, не являются той материей, которая имеет право на одухотворение, если вспомнить суждение В. Соловьева.

² *Бодрийяр Ж.* Символический обмен и смерть. С. 225.

ГЛАВА 7

СУТЬ СОБСТВЕННОСТИ

Затронутый при обсуждении дихотомии гражданских прав вопрос о сути собственности заслуживает того, чтобы к нему вернуться. Попробуем выделить собственность как из противопоставления обязательственным правам, так и из противопоставления владению и найти другие связи и оппозиции, лежащие внутри человека, не ограничиваясь только субъектом права, но начиная движение, конечно, от него.

Субстанция собственности должна, по крайней мере, содержать те качества, которые отличают собственность от всех других юридических феноменов. А это, как известно, — исключительность, абсолютность, полнота и др.

Подумаем, какой из исходных факторов собственности может иметь эти качества.

Конечно, это — не способы защиты собственности, которые, по точному замечанию Ф.К. Савиньи — «явления случайные» по отношению к сущности собственности, которой является полная власть над вещью¹.

Едва ли мы обнаружим их и в вещи, ведь она по определению не может быть абсолютно свободной, автономной (в противном случае она не может попасть во владение). И коль скоро наши сегодняшние представления не позволяют говорить о единстве лица и вещи, остается эти качества искать в противостоящем вещи факторе — лице. Именно лицо «помещает свою волю в вещь» и тем самым присваивает ее, превращает в свою собственность. Лицо есть «бесконечное, всеобщее и свободное»². «Свобода есть основной внутренней признак каждого общества, сотворенного по образу и подобию Божьему»³. Не вижу, по каким причинам можно оспорить это суждение, если, конечно, не иметь в виду, что в историческом плане оно не всегда адекватно описывает состояние человека (на это, однако, можно возразить, что не всегда человеку доводится стать лицом). Поэтому будем исходить из этого суждения. И тогда обнаруживаем, что свойства лица — это и черты собственности.

Собственность всеобща (абсолютна) и свободна⁴. «Начало собственности связано с бессмертием человеческого лица, с правами его над материальной природой и после его смерти»⁵.

Собственность, как и личность, «которая везде выступает как вечно деятельная»⁶, имеет свойства бесконечности во времени⁷ (несмотря на конечность, уни-

¹ Савиньи Ф.К. Обязательственное право / Пер. с нем. СПб., 2004. С. 49.

² Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1990. С. 97.

³ Бердяев Н.А. Философия свободы. Смысл творчества. М., 1989. С. 138.

⁴ «Свобода и собственность в прошлом — слова одного корня» (Колесов В.В. Мир человека в слове Древней Руси. Л.: Изд-во ЛГУ, 1986. С. 106).

⁵ Бердяев Н.А. Философия неравенства. Письма к недругам по социальной философии // Русская философия собственности. СПб., 1993. С. 304.

⁶ Чичерин Б.Н. Собственность и государство // Русская философия собственности. С. 114.

⁷ С точки зрения права существование собственника не ограничено во времени. Или, как говорил Л. Блум в «Улиссе», «домовладелец бессмертен».

чтожимость вещи) и пространстве. Как сказал Мэйтланд, луч собственности прорезает пространства (толщи) времени¹.

Едва ли Ж. Бодрийяр имел в виду патетическое замечание Мэйтланда, когда связывал пафос преодоления смерти с накоплением². Собственность (на конкретную вещь, конечно) не может стать достоянием времени, т.е. истории, не может уйти в прошлое, она всегда актуальна³ и потому вечна.

Когда И. Бродский сказал: «...материя конечна. Но не вещь», он говорил о том же. Но нужно здесь вновь вернуться к тому, что мы уже говорили в предыдущей главе по поводу объекта права: вещь — совокупность свойств, важных для человека; говоря о вещи, мы говорим о человеке. Потому единственная реальность, имеющаяся в праве, — человек, а вещь, объект права (как и юридический факт) — только форма связи человека с материальным миром (и потому они менее реальны, чем человек, производны от него). Не означает ли это то, что выявляя связи лица и вещи, мы находимся внутри тождества? В какой-то мере это так, если иметь в виду, что лицо — это тоже свойство человека, его явление в праве.

Впрочем, в этом отношении замечательны именно те моменты, когда обнаруживается временная собственность. Римской архаике была известна продажа на время, что вполне согласуется с показанными выше личными чертами права, возникающими из древней купли-продажи; впоследствии у классиков возникали на этой почве трудности в разграничении аренды и купли-продажи, о чем пишет, например, Гай⁴. С. Седаков отмечает в специальном исследовании этого вопроса «генетическое сходство» найма и купли-продажи⁵.

¹ Этим поэтическим высказыванием восхищается Т. Оноре (*Honore T. Making Law Bind. Essays Legal and Philosophical. Oxford: Clarendon Press, 1987. P. 172*).

² «Мирское производственное накопительство — защита от смерти» (*Бодрийяр Ж. Символический обмен и смерть. М., 2000. С. 262*). Особенно очевидна эта связь в аскетическом накоплении, о котором говорил М. Вебер; Ж. Бодрийяр, конечно, отмечает это.

В более ранней работе Ж. Бодрийяр связывал трансцендентность вещей, их бессмертность с тем, что они «воплощали в пространстве аффективные связи внутри семейной группы». Но последующее их разрознение либо ностальгическое возрождение в качестве «старинных» вещей лишает их прежних функций (см.: *Бодрийяр Ж. Система вещей / Пер. с фр. С. Зенкина. М., 2001. С. 19*). Стало быть, бессмертие, воплощенное в вещи — это не свойство вещи, а свойство собственника (что достаточно очевидно). Но после исчезновения собственника и само бессмертие исчезает раньше, чем исчезает вещь; оно — в одухотворенной связи вещей. «Старинность» вещи — это не возрождение ее хозяина, а лишь лояльность к нему нового собственника; это — уже его бытие, а не бессмертие прежнего хозяина.

Здесь, однако, обнаруживается тем же автором дополнительная функция собственности, производная от основной, — функция, выраженная в подлинности вещи. Через это ее качество приобретает господство не только над собственным бытием, но и над бытием чужим, качествами, присущими другим. Ж. Бодрийяр говорит о «нарциссической регрессии, системе отмены времени, воображаемым господством над рождением и смертью... Вещи сообщает особую ценность уже самый факт того, что она некогда принадлежала кому-то знаменитому или могущественному... это обаяние сотворенности (а стало быть, уникальности, поскольку момент творения невозвратим)... Таким образом, поиски подлинности совпадают с поисками... ино-бытия» (*Бодрийяр Ж. Система вещей. С. 85–86*).

³ Актуальна буквально: собственник *действует* в отношении вещи, эта деятельность никогда не прекращается. И эта возможность действовать в юридическом смысле и составляет содержание права собственности.

⁴ Э. Бенвенист показывает, что в архаике существовало обобщающее понятие «оставлять владение чем-либо за определенную цену», имеющее значения «уступать за деньги», «продавать», близко приходящее также и к займу (см.: *Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов. С. 135*).

⁵ *Седаков С.Ю. Развитие emptio-venditio и генезис locatio-conductio в римском предклассическом праве // Древнее право. 1999. № 1 (4). С. 76.*

А.Я. Гуревич пишет, что несмотря на провозглашение прав, прежде всего на землю, «навечно» (*ad perpetuum*), на самом деле они «имели силу только в течение ограниченного срока, не превышавшего длительности человеческой жизни» и требовали «все нового и нового подтверждения» «при каждой смене» сеньора или сударя¹. Здесь хорошо видно, что ограниченность во времени — прямое следствие личного характера возникшего права; превращение права в вечное делает уже ненужным его «подтверждение» сеньором, поскольку из вещного права по определению устраняется всякий след личной зависимости.

Г. Берман подчеркивает, что «сама мысль измерять права собственности их протяженностью во времени была в значительной мере изобретением Запада XI–XII вв. Эта идея надолго пережила закат феодализма, фактически она жива и поныне в английском и американском земельном праве»².

У. Маттеи полагает, что «типологический нюанс, согласно которому объект права собственности должен быть материальным предметом, может найти объяснение в стремлении исключить из области вещного права не относящиеся к физической связи с землей правомочия, какие имели место в большинстве феодальных имущественных правоотношений»³. С этой точки зрения вещная, абсолютная природа собственности снова обнаруживает свою тесную связь с личной свободой собственника.

Можно заметить, что хотя неограниченность собственности во времени кажется сегодня очевидной, она, как всякая очевидность, скрывает важную тайну. Именно овладение временем — главный и самый болезненный вопрос человечества, особенно в рамках идеологии прогресса, который сам по себе — это стремление подчинить время. Отказавшись от собственной божественности⁴, человек проиграл борьбу за абсолютное время, оставшееся у Бога. Но взамен этого получен вечный мир со своим, к сожалению, тленным, истекающим временем. Здесь заложена одна из действительно драматических, если не трагических сторон, которую собственность, а вслед за ней и право в целом, получила от позитивизма в результате секуляризации⁵.

¹ Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. М., 1984. С. 154–155. О том же пишет и Т. Оноре, объясняя, что вся терминология собственности, возникшая в Средневековье с его временными юридическими конструкциями, не смогла сформироваться, «пустить корни» в английском праве (см.: *Honore T. Making Law Bind. Essays Legal and Philosophical*. P. 172).

² Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. 2-е изд. / Пер. с англ. М.: Изд-во МГУ; Инфра-Норма, 1998. С. 297. Видимо, нужно отметить, что наблюдение Г. Бермана относится ко времени расцвета феодализма, которому несвойственна идея абсолютной собственности, а в институтах земельной собственности общего права дольше всего сохранялись черты феодализма.

³ Маттеи У., Суханов Е.А. Указ. соч. С. 175. Нельзя не заметить, впрочем, что этот «нюанс» сохраняется независимо от феодализма именно в том, что право на вещь не нуждается в содействии иных лиц, тогда как личное право только через лицо обязанное и реализуется. Любые смешения вещных и личных прав по этой причине вновь и вновь приводят к дихотомии.

⁴ Можно обозначить только начало, идущее от бессмертного тотема, в котором воплощено племя, герои и боги, при этом господствует неизменность, а время, и стало быть, также история (как изменение) не двигаются; проследить же процесс возникновения исторического времени и утраты вечности здесь, конечно, невозможно.

⁵ «Именно в окончательном секуляризованном труде, в работе в чистом виде, исчисляемой в часах и единицах потраченной энергии, именно в таком труде человек с наибольшей силой чувствует и испытывает неумолимое течение Времени... А так как необратимость и пустота Времени сделались дог-

Н. Рулан полагает, что право традиционных обществ, в отличие от европейского, через систему родства (в том числе родовой собственности) становится «инструментом преодоления смерти»¹. Но с европейской точки зрения эти нормы традиционного общества — начальный этап на пути к частному праву. Впрочем, в рамках современной идеологии эта идея, которая (как и весь арсенал архаики) никуда не исчезла, лишь преобразилась и в некотором смысле, утратив первобытную рациональность, вместо нее обрела теплоту и интимность: старые предметы, доставшиеся нам в качестве реликвий, сублимирующие подлинность, «образуют сферу особо приватную: человек имеет их, как имеет предков — не как собственность, а как заступников»².

Развивая этот сюжет в его самых тривиальных и, может быть, именно поэтому самых таинственных чертах, И. Утехин говорит о ценности «любимой чашки»: разбить ее будет чувствительнее, «чем потерять бумажник... ценность вещи бывает субъективна и не измеряется ее покупной или продажной ценой — цены ведь и вовсе может не быть»³.

Наделение вещи ценой — это навязывание собственности функций обмена вопреки ее сути. Цена — конечно, не свойство вещи. Сообщение вещи цены⁴ знаменует целый ряд метаморфоз: превращение сокровенных качеств вещи в явное количество; превращение вещи в товар; разрыв интимной связи собственника с вещью и поступление ее в оборот, где она утрачивает уникальность и становится подобной другим. Как на самом деле вещь не может быть отчуждена (для этого она гибнет как вещь, превращаясь в товар), так и не может быть ей назначена цена — это акт грубого внешнего насилия, выражения невыразимого, приравнивание несравнимого.

Истина собственности выражается именно в чуждом, непонятном товарному обмену феномене подлинника, феномене субъективности, незаменимости вещи. Не случайно договор купли-продажи оперирует понятием товара, а не вещи (куп-

мой для всего современного мира (уточним: для всех, кто больше не считает себя причастным к иудейско-христианской идеологии), принятая на себя и испытанная на собственном опыте «темпоральность» (временность. — К.С.) оборачивается на философском уровне трагическим осознанием тщетности всего человеческого существования» (*Элиаде М.* Азиатская алхимия. М., 1998. С. 251–252). Право, помещенное в систему линейного, конечного времени, т.е. обреченное в конце времени на исчезновение, не может не быть несовершенным. Но это его несовершенство — в то же время и залог человечности.

¹ Рулан Н. Юридическая антропология. М., 1999. С. 301.

² Бодрийяр Ж. Система вещей. С. 89.

³ Утехин И. Любимые вещи // Неприкосновенный запас. 2004. № 1 (33). С. 95. Автор пишет: «Отдельные категории товаров специально предназначены для функционирования преимущественно в сфере чувств, воспоминаний и человеческих отношений; продаются они в магазинах подарков и сувенирных лавках» (Там же. С. 96). Вопрос, кажется, состоит в том, что между такими товарами и прочими на самом деле нет явственной границы, как и трудно указать вещь, не способную пробудить чувства или воспоминания.

В судебной практике эта идея выражается в сопоставлении «финансовой» ценности и превышающего ее «потребительского излишка», выражающего личное отношение к вещи, ее незаменимость. Вторая составляющая приводит к увеличению взыскиваемых убытков (обзор соответствующей английской практики, данной в кн.: *Jamie Cassels.* The Law of Damages, приводится в статье: *Николаева А.* Принципы определения размера убытков: российская и зарубежная судебная практика // Хозяйство и право. 2006. № 8).

⁴ Мне кажется уместной двусмысленность этого выражения: цена сообщается вещи извне, из чуждой ей логической среды, где появляются слова (логос — слово), *сообщения*. Но вещи существуют раньше и помимо слов; слова не могут быть свойствами вещей.

ленный товар снова становится вещью, как только он присвоен, и в этом чередовании юристы не замечают ничего странного, хотя на самом деле налицо переход из одной сферы бытия человека в другую, и обе эти сферы имеют принципиальные отличия. Например, только вещь может быть предметом искусства¹, но никак не товар. И не случайно собственность размывается прежде всего в сфере товаров, где возникают переходные феномены общей собственности, суррогаты традиции (передачи) и т.п.).

Истинная вещь, подлинник, не имеет множественного числа, и родовой не является. Неродственность вещи и товара — иное проявление неродственности собственности и оборота. Оборот не может устранить этот антагонизм; все, что он может, это купить загадку. Так, необъяснимая здравым смыслом тайна подлинника разрешается путем назначения за подлинник цены, многократно превосходящей «такую же» по всем свойствам вещь (вещь — это и есть совокупность свойств).

Среди явлений права именно в собственности выражены качества личности, «собственность, строго говоря, есть некоторое свойство самой личности»². Поэтому, надо полагать, она и занимает центральное место среди других правовых категорий.

Сущность собственности — проявление в ней лица; «собственность есть идеальное продолжение личности в вещах или ее перенесение на вещи»³, «основание и назначение собственности лежит в отдельной личности»⁴. «Тесная связь между глаголами «быть» и «иметь»⁵, конечно, существует не случайно. Это не только умо-зрительное понятие, но и реально наблюдающаяся связь.

По первобытным и не знавшим исключения представлениям все вещественное окружение человека было продолжением его личности, им самим (по известному выражению, «продолжением его субъективности»)⁶. Например, египтяне обозначали собственность («дт», «джт») буквально как отнесенное к «плоти», «самости» лица: «дом его плоти», «быки, скот, ослы его плоти» и т.д.⁷ (Необходимо, впрочем, отметить присущее первобытному укладу (и, безусловно, не только ему) «очень острое ощущение разницы между вещами, находящимися в личном употреблении, и вещами, являющимися «богатствами», вещами длительного пользования» у полинезийцев. Обсуждая то же явление у североамериканских индейцев, М. Мосс подчеркивает выделение в составе имущества наряду с пищей, которая не воспринимается как богатство и собственность, также иных предметов, обозначаемых как «полученные», «носимые в руке»; производные слова имеют значения: «положить в руку», «положить в дом». Автор отмечает удивительное сходство с рим-

¹ Сам акт творчества — это обособление вещи из иных, это присвоение ей собственных качеств, наделение ее смыслами и значениями. Все эти операции — это операции собственника.

² Алексеев Н.Н. Собственность и социализм // Русская философия собственности. СПб., 1993. С. 354.

³ Соловьев В.С. Оправдание добра // Соч. В 2 т. Т. I. М., 1988. С. 432.

⁴ Чичерин Б.Н. Собственность и государство // Русская философия собственности. С. 114.

⁵ Маковский М.М. Сравнительный словарь мифологической символики в индоевропейских языках: Образ мира и миры образов. М., 1996. С. 70.

⁶ М. Вебер, обсуждая уходящий «своими корнями в самые отдаленные времена «обычай накопления большого богатства для продолжения «дела», отмечает, что речь идет о как бы расширенной личности» (Вебер М. Избранные произведения. М.: Прогресс, 1990. С. 265).

⁷ Перепелкин Ю.Я. Древний Египет // История Древнего Востока. Часть вторая: Передняя Азия, Египет / Отв. ред. Б.Б. Пиотровский. М., 1988. С. 341. Более подробно понятие «собственность» («джт») изложено в монографии: Перепелкин Ю.Я. Хозяйство староегипетских вельмож. М.: Наука, 1988. С. 8 и сл.

скими manus и familia¹. Конечно, налицо отсылка к манипулируемым и неманипулируемым² вещам.)

Замечательно буквальное совпадение в определениях: «Осмысление... объекта владения как личного свойства субъекта, его «плоти», было в определенной степени закономерным, так как отражало реальный факт – владение являлось важнейшим условием становления (обособления) личности»³.

Папуасы сиане считали, что личная собственность («амфонка») так же неразрывно связана с человеком, как его тень⁴. И.В. Следзевский на основании изучения африканских традиционных структур делает вывод «об устойчивости отношения человека к земле и принадлежащему ему скоту как к продолжению своей личности»⁵.

«В глазах древневосточного человека вещи героя служат прямым продолжением его «я»... В древневосточной модели мира вещь предстает связанной, соединенной с человеком»⁶.

Подобные представления можно проследить и в других случаях. Очень характерно, например, что материальное возмещение ущерба личности вместо расправы – вергельд – воспринималось как персонификация личности. По Саксонскому зеркалу (ст. 65, § 2), «кто жизнь или руку выкупает, если он был приговорен к этому, тот становится лишенным всех прав» (по Русской Правде рабы, являвшиеся не свободными, т.е. лишенными юридической личности, не имели вергельда)⁷. Здесь хорошо видна взаимозаменяемость личности и вещи (вергельда).

Э. Тайлор описывает английский «обычай «объявлять пчелам» о смерти хозяина. В Германии эта идея выражается еще полнее: там печальное известие передается не только каждому улью в саду и каждому животному в хлеве, но и каждому мешку с хлебом»⁸.

Широко известен всеобщий обряд погребения вместе с человеком его личных вещей невзирая на их ценность. Этот обычай прослеживается и без связи с представлениями о потусторонних потребностях (когда, например, вещи уничтожаются после смерти их хозяина, как это было сделано с мечом короля Артура, брошенным в море в момент смерти хозяина, хотя, и это показательно, сподвижник короля и верный его рыцарь уже испытывал колебания, пленясь рукоятью в дра-

¹ Мосс М. Очерк о даре. С. 126, 156.

² Антропология, впрочем, отмечает два способа циркуляции, как то: система даров как форма устройства общества, социальных иерархий и профанные рынки с более прозаичным обменом предметов, предназначенных для потребления. Об этом пишут М. Мосс в очерке о даре и другие исследователи. Явление может быть объяснено и вырождением, и внешними влияниями, поскольку наблюдалось оно у полинезийцев в XIX–XX вв. Но есть соблазн возвести эту двойственность также и к манипулируемым и неманипулируемым вещам. Хотя такая логическая операция не может не отдавать схематизмом.

³ Романов В.Н. Древнеиндийские представления о царе и царстве // Вестник древней истории. 1978. № 4. С. 32. Цит. по: Смирин В.М. Римская familia и представления римлян о собственности // Быт и история в античности. М., 1988. С. 23.

⁴ История первобытного общества: Эпоха первобытной родовой общины. М., 1986. С. 350.

⁵ См.: Синицына И.Е. Человек и семья в Африке. М.: Наука, 1989. С. 147.

⁶ Вейнберг И.П. Человек в культуре древнего Ближнего Востока. М.: Наука. 1986. С. 76, 83. И. Вейнберг отмечает, что в основе очень важного в древности обычая обмена дарами «лежит представление, также обусловленное слитным восприятием человека и вещи, что при обмене дарами частица сущности дарителя переходит к получающему дары» (Там же. С. 80).

⁷ Вернадский Г. Киевская Русь. М.; Тверь, 1996. С. 150.

⁸ Тайлор Э.Б. Первобытная культура / Пер. с англ. М.: Политиздат, 1989. С. 131.

гоценных камнях, и дважды прятал меч «в траве под деревом», пока умирающий король не заставил его похоронить меч в пучине)¹.

По древнеримским обычаям личные вещи уничтожались со смертью хозяина².

Обряд уничтожения личного имущества со смертью их владельца «имел своей основой глубоко укоренившуюся в сознании людей веру в тесную, до определенной степени сверхъестественную, связь владельца со своими вещами»³.

Обобщая обширный этнографический материал, Л. Леви-Брюль приходит к выводу, что «собственность по своей сущности — мистическая связь, установившаяся между владельцем и предметами, которые стали сопричастны ему каким-нибудь образом, потому, например, что данное лицо употребляло их или носило на себе; если предметы уничтожаются со смертью владельца, то это происходит потому, что смерть не обрывает мистической связи; сопричастность продолжается. С одной стороны, она противодействует всякой возможности пользоваться предметами, с другой — обуславливает обычаи, отдающие, так сказать, вещи в распоряжение покойника. Нет непрременной необходимости, чтобы предметы покойника подвергались уничтожению. Покойник может оставаться владельцем живых богатств. Есть души (покойников), которые становятся очень богаты скотом и рабами в результате делаемых им постоянно приношений; этот скот считается священным, за ним наблюдают родственники покойника, духу которого скот принадлежит»⁴.

На материале греческой мифологии о том же пишет К. Хюбнер: «Принадлежащее отдельной личности называлось «ктема» или «ктерия», в то время как имущество клана обозначалось как «патроя». Умершего сопровождала в загробный мир лишь его личная собственность, ктерия, поскольку она непосредственно принадлежала его прошлому бытию, самоотжественности его истории, его протекшей жизни... Поэтому у Гомера мы находим стереотипный оборот «ktereia ktereizein» (возжигать погребальный огонь), что с тем же успехом означает «погребать имущество умершего». Мертвые, лишённые своего имущества, вызывали ужас⁵. Они

¹ Война, сфера военного быта, которая, как я пытался показать, стала важнейшим источником идеи собственности, вообще до сих пор хранит немало следов архаики. Как не без иронии заметил А. Левинсон, современные воинские уставы, обязывающие военнослужащих «любить свое оружие», — единственный пример юридически обязательной любви к вещам. В то же время современные армейские институты показывают, как люди подчинены вещам, «материальной части», выступают как «прислуга» орудий (см.: *Левинсон А.* Об эстетике насилия // *Неприкосновенный запас.* 1999. № 2 (4). С. 10 и сл.). Архаическое происхождение этих отношений несомненно, но есть основания говорить не только о консервации, но и о переворачивании исходной парадигмы: если оружие — часть воина, то управление армией строится как управление людьми; если воин — часть оружия, то армия управляется как материальная сила. Отсюда сходство между армией и бюрократией; в обоих случаях вытеснение личного, персонального начала происходит через подчинение личности материальным объектам, через деперсонализацию имущества.

Инструкция с ее безапелляционностью — наиболее присущий бюрократии жанр — представляет собой требования, обращенные вещами к людям.

² См.: *Вочи П.* Очерк истории римского наследственного права с древнейших времен до эпохи Северов // *Современные исследования римского права: Реферативный сб.* / Под ред. В.С. Нерсисянца и др. М.: ИНИОН АН СССР, 1987. С. 123 (автор реферата — *О.В. Смыка*).

³ История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины. С. 352.

⁴ *Леви-Брюль Л.* Сверхъестественное в первобытном мышлении. М., 1999. С. 261.

⁵ Может быть, в этом страхе более, чем в гуманизме (само понятие которого едва ли сочетается с войной), коренится и военный обычай предоставлять противнику возможность захоронения павших.

не могли по-настоящему умереть до тех пор, пока их частица остается при жизни, и беспокойно блуждали вокруг, досажая живущим, пока те наконец не отпускали их в подземный мир со всем их имуществом, то есть со всем их прошлым бытием»¹.

Обращает на себя внимание как активность имущества² (в этом качестве оно не отличается от фамильного), так и очевидные затруднения для введения его в оборот в архаическую эпоху на каком-либо абсолютном, независимом от прежнего обладателя праве, что уже отмечалось.

Очевидно, что устойчивость этих представлений могла бы представлять серьезную угрозу бедному материальными ресурсами обществу, особенно по мере обособления личности и возрастания личного имущества сравнительно с родовым. М. Вебер отмечает, что «из многообразных видов магической практики, связанной с захоронениями, наиболее значительные последствия имело представление, что все личное имущество умершего должно быть погребено вместе с ним. Постепенно это представление сменялось требованием не касаться, по крайней мере некоторое время после смерти человека, его имущества, а иногда требованием по возможности сократить пользование и своим достоянием, чтобы не возбуждать зависти умершего». Дальнейшее перемещение общения с умершими в бесплотный мир духов позволил перейти к символам, замещающим вещи, например, «древнейшие бумажные деньги служили средством платежа не для живых, а для мертвых». Эта практика оказалась и более рациональной³. Формой этого компромисса можно считать и решение, сформулированное африканским традиционным правом: «...умерший имеет право на часть своего имущества: его наследники должны использовать часть наследства на организацию поминок и традиционных обрядов»⁴ (об этом говорит и Л. Леви-Брюль в цитированном выше пассаже). Сквозь это право «на часть» просвечивает, конечно, и право на все имущество.

Даже во время раннего христианства все еще видны следы этих представлений: если по древнему германскому праву часть личных вещей «оставлялась во владении умершего, чтобы быть похороненными вместе с ним или сожженными в погребальном обряде», то с введением христианства имущество умершего «делилось на три части: треть – вождю или королю, треть – наследнику и треть – «доля Бога», получаемая церковью. Вся церковная собственность считалась «отцовской наследственной долей Христа», а ее «главным управителем» – папа⁵.

¹ Хюбнер К. Истина мифа. М., 1996. С. 212.

² Л. Леви-Брюль отмечает, что «все существа и предметы, даже неодушевленные, даже неорганические, даже изготовленные рукой человека, мыслятся первобытным человеком как способные совершить самые разнообразные действия» (Леви-Брюль Л. Указ. соч. С. 83).

³ Вебер М. Социология религии // Вебер Макс. Избранное. Образ общества. М., 1994. С. 82–83. Одним из законов Солона устанавливался запрет на количество одежды, опускаемой в могилу вместе с покойником (см.: Андреев Ю. В. Цена свободы и гармонии. Несколько штрихов к портрету греческой цивилизации. СПб.: Алетейя, 1998. С. 151).

В. Латышев отмечает, что «законы, ограничивающие пышность погребения, встречаются у древних греков очень часто» (Латышев В. В. Очерк греческих древностей. Богослужбные и сценические древности / Под ред. Е. В. Никитюк. СПб.: Алетейя, 1997. С. 230). Вероятно, это свидетельствует не столько о врожденной скромности греков, сколько о силе того обычая, который они стремились преодолеть.

⁴ Рулан Н. Указ. соч. С. 94. Автор отмечает, что «право наследования не связывается автоматически со смертью индивида» (Там же. С. 95).

⁵ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. С. 223, 105.

А.Я. Гуревич пишет, что «вещи вообще могли воплощать качества их обладателей, это касается не одной лишь земли, но и мечей, коней, кораблей, украшений»¹.

Известно, что «вещи сообщают особую ценность уже самый факт того, что некогда она принадлежала кому-то знаменитому или могущественному», была сотворена и потому уникальна, ибо «момент творения невозвратим»². С этим приобретенным от собственника качеством вещи связана ее власть над прошлым (которая не дана деньгам), тем, что Ж. Бодрийяр называет «нарциссической регрессией, системой отмены времени, воображаемого господства над рождением и смертью»³. Если бы отношения собственности не имели такого течения и такого результата, то не возникло бы целой сферы жизни и мыслей, связанных с переживанием, стремлением получить через вещь чужое (или свое, но уже отчужденное), прошедшее бытие и тем самым преодолеть границы своего.

Попутно нужно, видимо, оговорить вопрос о собственности применительно к вещам родовым и индивидуально-определенным (*gens & species*). Вообще говоря, различие между ними чаще всего ситуационно, конкретно, но при этом, конечно, весьма существенно. Известно, например, что главный вещный иск — виндикация в отношении родовых вещей невозможен, поскольку мы говорим о действующем праве. Родовые вещи возникли в обмене, они не совсем вещи, неполноценны и односторонни, специфичны: «...специфическое качество вещи, ее меновая стоимость возникают в социокультурной сфере; напротив, абсолютная единичность появляется в ней оттого, что она обладаема мною»⁴. (Выше этот аспект уже затрагивался.) Цена — это не столько придание вещи еще одного свойства: цена свойством вещи не является⁵, — сколько обнаружение того качества, что вещь извлекается из круга собственности, ее личные качества тускнеют или исчезают, обесцениваются.

Можно, конечно, напомнить, что собственность существует именно на вещи индивидуально-определенные. Но раз мы говорим о генезисе, есть смысл обратиться к той черте архаичного сознания, на которую обратил внимание Л. Леви-Брюль: первобытные люди избегали подсчитывать вещи, которые воспринимались ими как совокупность индивидуальностей, исчезновение любой из которых немедленно замечается⁶. Здесь мы не только обнаруживаем хорошо знакомый мотив одушевления материального мира, но и отсутствие грани между *gens & species*. Если продолжить это наблюдение, то можно, кажется, заключить, что если родовые, заменимые вещи создаются оборотом, то собственность, имеющая дело только с вещами определенными (для архаики — одушевленными), обороту, стало быть, противостоит. Но мы это уже отметили, когда говорили о генетическом соотношении собственности и купли-продажи.

¹ Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. С. 60.

² Бодрийяр Ж. Система вещей. С. 85–86.

³ Там же. С. 85.

⁴ Там же. С. 101.

⁵ Существовавшая в социалистической экономике практика указания цены на самой вещи, товаре, хотя, по-видимому, имела непосредственной целью борьбу со спекуляцией, может быть воспринята также и как титаническая попытка преодоления пропасти между вещами и товарами. Попытка, конечно, неудачная.

⁶ Леви-Брюль Л. Сверхъестественное в первобытном мышлении. С. 145 и сл.

Уже после возникновения права представления о единстве лица с вещами¹ сохраняли свою силу и оказали несомненное воздействие на основные правовые понятия. Например, «понятие равенства поступка и наказания (талион) рождается из образа равенства субъекта и объекта. «Человек» есть «дерево»: кто срубит дерево, будет на дереве повешен. «Женщина» есть «земля»: женщина будет за преступление зарыта в землю. «Эрос» есть «огонь»: за разврат постигнет сожжение»².

Существенно, что первоначальная функция посредников, которыми были только чужие (гости), — «деперсонализировать» вещь, подлежащую продаже³. В самом понятии вещи, которая в свою очередь воспринималась «как личность в древних и вообще архаичных культурах»⁴, и в понятии лица невозможно разобраться, если не учитывать их изначального единства и только последующего разделения. Нужно сказать, что и само это разделение — продукт метафизики, а не явление действительности. Лишь мысленно мы отделяем человека от его вещей. На самом деле «идентичность сливается с собственностью»⁵, и каждый случай их разделения становится предметом для обсуждения, обсуждения, которое в конечном счете обычно выявляет ошибочность впечатления о разделении этой идентичности.

Нахождение человеком себя, идентификация в вещах, о которой мы здесь говорим, — это не дань вежливости культуре, которая параллельна праву и без которой право, как иногда говорят, хотя чаще и не говорят, но считают, могло бы обойтись (хотя любое гуманитарное исследование, стремящееся максимально стряхнуть со своего предмета связь с культурой, присутствие в нем человека, на самом деле не только заслуживает всяческого сочувствия, как то подобает нищему, но и заведомо обречено на поверхностность и вялость, бессодержательность своих выводов). Нужно заметить, что дифференциация и исключительность, т.е. основные юридические категории, с помощью которых квалифицируется всякое юридическое отношение собственности, всякая житейская ситуация и являются способами выражения идентичности.

Отраженная в вещах идентичность, обретение личностью себя опираются на свою собственность как на сферу своей свободы (мы говорили об этом применительно к дуализму частных прав). Но свободно принятое решение, позволяющее совершить действие как свое собственное, как результат своего выбора, тем самым делает возможной идентичность не как переживание, идеальное отражение в вещах, но как материальность, как имеющую силу для других, как действительность идентичности⁶. Тем самым свобода как суть собственности соединяется с обретением личностью себя как обладающей своими вещами.

¹ Это единство следует понимать не только относительно одного человека, но и в отношении общины, поскольку она имела юридическую личность. Об этом свидетельствуют, например, очень древние нормы о священности оград и межи (как выражение неприкосновенности «тела» общины).

² *Фрейденберг О.М.* Миф и литература древности. С. 83.

³ *Оссовская М.* Рыцарь и буржуа. М.: Прогресс, 1987. С. 353.

⁴ *Смирин В.М.* Патриархальные представления и их роль в общественном сознании римлян // Культура Древнего Рима. Т. II / Отв. ред. Е.С. Голубцова. М.: Наука, 1985. С. 21.

⁵ *Барт Р.* Империя знаков. М., 2004. С. 51.

⁶ Ср.: «Приспосабливаясь к установлениям культуры, человек «отстраняется» от непосредственной связанности непрерывным удовлетворением инстинктов и обретает благодаря этому отстранению «пространство совести», в котором только и становится возможно действие на основании свободно принятого решения и тем самым идентичность» (*Ассман Я.* Культурная память: Письмо, память о прошлом

Современная социология как очевидность принимает утверждение, что «я», личность, окружает «принадлежащий ему вещный мир, его «*entourage materiel*», родной для «я» как опора его самости. Этот вещный мир — утварь, обстановка, помещения, их специфический порядок, «создающие у нас впечатление постоянства и устойчивости» — определен социально: их ценность, их цена, их символическое, связанное со статусом, значение суть социальные факты»¹. Это высказывание известного египтолога, в котором он ссылается на О. Конта, А. Гелена, Аппадурои, носит характер обобщения. Можно заметить, что Ассман не столько воспроизводит тезис о вещном мире как способе обретения человеком идентичности (который кажется ему вполне ясным), сколько показывает культурное значение пространства. Для нас важно заметить, что наполнение пространства культурой возможно лишь как результат выражения в вещах личности человека. Есть и иные аспекты затронутой Ассманом связи: это явление личности во времени через вещи и соотношение культуры и собственности. Эти аспекты заслуживают, конечно, отдельного исследования, и потому те попутные замечания на эти темы, которые имеются в этой главе и в других местах книги, совершенно недостаточны.

Следует, например, отметить настойчиво проводимый Я. Ассманом тезис о том, что память нуждается в пространстве. Правила мнемотехники состоят в привязывании воспоминания к месту. Еще Августин в «Исповеди» говорил о «полях и просторных дворцах памяти». И относится это не только к индивидуальной, но и к культурной и коллективной памяти. Культурная память опирается на «памятные места». Сюда относятся и целые ландшафты, которые приобретают свойства знаков памяти², в частности — горы, дороги, целые города³. Я позволю себе распространить это наблюдение и на искусственные объекты (способность которых иметь культурную знаковую, конечно, невозможно отрицать). Тогда мы можем лучше понять юридические свойства памятников. С одной стороны, как вещи, получившие значение, т.е. отражение в себе социальных свойств, они тем самым вовлекаются в сферу права. С другой — в них отражены коллективные, культурные качества той или иной общности. И поэтому они не могут присваиваться частным об-

и политическая идентичность в высоких культурах древности / Пер. с нем. М., 2004. С. 147). Комментируя этот знаменательный пассаж, я хочу отметить, что человек всегда действует в рамках культуры. Поэтому он никогда не занят лишь «удовлетворением инстинктов» (эта фикция возможна только в самом вульгарном материализме и, взятая сама по себе, как предрассудок, не имеет никакой истинности и никакой познавательной ценности. Впрочем, Я. Ассман на той же странице говорит о том, что «культуры нуждаются для самовыражения в фикциях хаоса». Вот эти две фикции, видимо, и могут вызывать друг друга из мрачных фантазий апокалипсиса, последних дней и «окончательного решения»). Человек всегда, стало быть, действует в «пространстве совести», созданном культурой, и это пространство так или иначе вмещается в пространство собственности — тоже продукта культуры. Их сопряжение — тема отдельного исследования, скорее морального, чем юридического. Но любые коллизии между пространством совести и пространством собственности возможны и разрешимы, как видим, лишь в рамках культуры и лишь ее посредством!

¹ Ассман Я. Культурная память. С. 40.

² Поскольку мы читаем Ассмана все же как юристы, я должен здесь отметить, что наделение вещи значением характерно для отношений собственности. Таким образом, и ландшафт вовлекается в юридическую сферу, в этом случае, как правило, путем изъятия «памятных мест» из гражданского оборота либо установлением законодательных запретов на изменения (что также — изъятие из оборота в более широком смысле).

³ Там же. С. 40, 63 и сл.

разом — ведь такое частное присвоение неизбежно приведет к вытеснению общих, выражающих культуры общности отражений и замещению их частными. Частное лицо может быть только хранителем памятника, т.е. принципиально отказаться от выражения своей идентичности в вещи. Эти соображения относимы, конечно, и к вещам естественного происхождения (рошам, озерам и т.п.).

Кажется, мало уделяется внимания таким объектам собственности, соединяющим свойства подлинника и памятника, как музейные экспонаты. Применительно к ним трудно говорить о выражении в них личности собственника, кроме, может быть, коллекций¹. Более того, функция хранения исключает воздействие личности хранителя на охраняемые предметы. Музеям обычно экспонатыверяются собственником, причем предполагается, что собственник либо сам является лицом публичного права, либо действует в публичном интересе. Тем самым музей как субъект права лишен потребительского интереса в вещи. С этим, на мой взгляд, плохо сочетается провозглашенное ст. 36 Федерального закона «О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации» исключительное право музея на использование в коммерческих целях «воспроизведений» музейных предметов. Я даже не говорю об очевидных противоречиях этой нормы с основами авторского права, впрочем, далеко не все музейные экспонаты защищены авторскими правами. Вызывает сомнения само понимание права на «воспроизведение» предмета собственности как права коммерческого, имущественного содержания. Видимо, по своей природе это право все же неимущественное; оно сродни личной неприкосновенности. Этот вывод затрагивает, конечно, не только музейные предметы, но относится к собственности вообще.

В то же время наличие в праве собственности неимущественного элемента, состоящего в праве на демонстрацию, воспроизведение собственных вещей, отрицать можно было бы только в том случае, если бы ясно не чувствовался интерес собственника к неприкосновенности его вещей. Учитывая правомерность этого интереса, сформулированное в законе о музеях право на воспроизведение вещей, если его брать как право неимущественное (но способное, подобно авторскому праву, порождать имущественные права), заслуживает обсуждения, но как право собственника. Если государство как публичный собственник указало на это право в составе вещного права, предоставляемого музеям, то мы можем сделать логичный вывод, что изначально это право входило в право государственной собственности. Ведь вещное право — это часть права собственности, и его обладателю не может принадлежать ничего такого, чего не было бы первоначально у собственника. Таким образом, фактом позитивного законодательства стало само существование права на воспроизведение вещей.

¹ В ст. 3 Федерального закона «О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации» музейная коллекция выделяется как специальный объект. С точки зрения теории собственности частная коллекция также отлична от случайного набора вещей именно потому, что в ней отражена личность составителя коллекции. Соответственно разрушение, разрознение коллекции должно квалифицироваться в качестве нарушения права собственности. Интересно, что одним из требований, предъявленных в суде внуком известного коллекционера С.И. Шукина, было воссоединение коллекции в бывшем особняке, принадлежавшем его деду.

Существенно и замечание А. Боннера, что истец «не преследовал каких-либо корыстных целей, а скорее пытался защитить память деда» (см. подробнее: *Боннер А. Т.* Правовые споры, связанные с произведениями искусства // Законодательство. 2005. № 3. С. 51).

Как уже говорилось, нет причин ограничивать существование этого права только музейным делом или только публичной собственностью. Дело не только в том, что частная коллекция может стать основой музея, а в том, что собственник должен быть огражден от вторжения в его вещественную сферу не только тогда, когда он лишается владения вещами, но и тогда, когда интимность, замкнутость этой сферы нарушается, став предметом постороннего и несанкционированного внимания и обсуждения. В широком смысле здесь можно говорить о нарушении неприкосновенности частной жизни, *privacy*. Но сразу же заняться разграничением имущественных и неимущественных элементов в праве на воспроизведение вещей, отграничением этого права от *privacy* или, напротив, отождествлением их (тем более, что наделение музеев или государства таким атрибутом, как частная жизнь, едва ли было бы оправданным, если, конечно, не ставить перед собой сатирические цели), я бы считал ошибочным, потому что на самом деле в собственности личное и имущественное переплетены гораздо теснее, чем это кажется. Поэтому вполне закономерно отказаться от противопоставления этих сторон собственности как от самоцели.

Практически это разграничение будет следовать непосредственно из тех отношений, которые возникнут в ходе защиты права. Например, собственник должен обладать безусловным правом запрета на воспроизведение его вещей, распространение сведений о них помимо его воли¹. Он не обязан при этом доказывать, что таким распространением ему причинены или могут быть причинены убытки². В то же время собственник (или лицо, которому право на воспроизведение передано собственником) вправе требовать и возмещения убытков, включая упущенную выгоду. Такое требование имеет самостоятельный и факультативный характер. Ведь далеко не всякая личная вещь, всенародное воспроизведение которой оскорбляет чувства собственника, содержит коммерческий потенциал. Понятно, что этот потенциал во многом зависит от личности собственников, включая иногда и прежних обладателей вещи; тем самым снова обнаруживается, что суть собственности — в проявлении лица в вещи.

Физическое лицо вправе также требовать и компенсации морального вреда (юридическим лицам моральный вред, конечно, неведом).

Тезис о воплощении личности в вещи, очевидно противостоящий рассудочному представлению о существовании «вещи³ самой по себе», нуждается все же в поиске своего антитезиса, в обнаружении такой вещи. Некоторым ее аналогом может быть, кажется, коммунальное имущество, те предметы, которые никому не при-

¹ По этой причине данные, полученные в процессе обысков, осмотров должны предоставляться третьим лицам только в порядке, предусмотренном процессуальным законом. С точки зрения частного права такое предоставление недопустимо постольку, поскольку иное (т.е. ограничение права собственности) прямо не предусмотрено публичным законодательством, в том числе процессуальным. Соответственно собственник может оспорить непропорциональное, с нарушением процессуальных правил распространение сведений о его вещах, включая фотографии, съемку, описания и т.п., даже если он не является участником процесса.

² Если вещь является одновременно и объектом авторского права, то возможен и параллельный иск, в некоторых отношениях совпадающий по содержанию с описанным требованием. Но субъектом иска о защите авторского права будет выступать, естественно, субъект авторского права.

³ Еще раз напомню, что вещь — это объект права. Природный объект, не охваченный отношениями собственности и не способный стать объектом частного владения, — не вещь.

надлежат (в том числе не находятся в пространстве памяти культуры, не являются знаками коллективной памяти) и рассматриваются исключительно в перспективе «прагматической функциональности»¹. Можно только, обратившись к собственному опыту (не имеющие стажа жизни в коммунальных квартирах могут вспомнить подъезды наших домов и т.п. подобные объекты), заметить, что сиротливость и заброшенность этих никого не выражающих вещей сочетается с явственно грозящим им уничтожением; сомнение вызывает сам тезис о возможности длительного «ничейного» существования, о возможности бытия вещи (т.е. объекта права) без воплощения в ней личности собственника.

Близко к этой сфере стоит вопрос о воплощении собственника в публичной собственности. Иногда приходится слышать высказывания, что сам тезис о том, что личность собственника воплощена в вещи, что вещь – продолжение собственника, утрачивает значение, когда мы доходим до публичной собственности. Здесь якобы нет уже воплощения собственника, и потому, дескать, все суждения о частной собственности неприменимы к собственности публичной. Думаю, что это неверно.

Если не бывает вещей вне социальных отношений, то это означает и то, что попадание вещи в публичную собственность преобразует бытие этой вещи соответствующим образом. Ведь в противном случае придется признать, что на вещи без изменений сохраняется печать бывшего частного собственника, что ставит публичного собственника в неполноценное положение, вводит предположение о его социальной незначимости и недееспособности. С этим согласиться невозможно. Да и факты говорят об ином.

Всем известно, что такое казенная обстановка в помещении, казенный вид самого здания. Нетрудно обозначить те черты, которые приобретает всякое имущество с того, момента, как оно попадает, скажем, в ведение ведомства обороны. А термин «казарменная обстановка» имеет вполне конкретное наполнение и без сомнений обнаруживается любым наблюдателем, имеющим минимальный жизненный опыт. Точно так же в своем имуществе выражаются различные органы власти, причем существует множество способов нанести специфический отпечаток на свое имущество, выразив наряду с идеями высшей державности и величавости и такие оттенки, как холодная неприступность, безликая непроницаемость и т.д. Не может избежать публичная собственность (обычно закрепленная за органами более низкого уровня компетенции) и запечатлевания запущенности, неустроенности, заброшенности. Можно также заметить, что выражение в имуществе его функционального назначения, вообще очень существенное, может уступить все же влиянию личности собственника. Такой вывод иногда подсказывает сравнение, скажем, помещения и обстановки редакции государственного и частного средства массовой информации (при равных финансовых условиях не всегда в пользу государственного, приходится признать).

Вещи, ставшие частью окружения человека, участвующие в обретении им «самости», идентичности (а именно таковы объекты права), – «суть социальные факты», как выразился Я. Ассман в цитированном выше пассаже. **Вещей вне социальности (в том числе вне права), следовательно, не бывает.**

¹ Утехин И. Очерки коммунального быта. 2-е изд. М., 2004. Исследование И. Утехина посвящено данной проблематике с позиций социологии.

Само многообразие отражения личности публичного собственника в своем имуществе не менее, а может быть, более, чем иные факторы, говорит в пользу гипотезы о неоднородности публичной собственности. Во всяком случае феномен отражения собственника в своей вещи для публичной собственности, конечно, не вызывает сомнения.

Более того, бесспорность проявления в принадлежащих ему вещах публичного собственника, точно так же наблюдаемая и у частных юридических лиц, может заставить вернуться к теории юридического лица как фикции. Нужно не только принять как факт, что фиктивность юридического лица, равно как и публичного образования¹, не мешает ему проявлять (и находить!) свою «самость», впечатываясь в «обстановку, помещения, их специфический порядок», как об этом пишет цитированный выше Я. Ассман, но и попытаться это объяснить. А это объяснение приведет, как мне кажется, к более глубокому пониманию природы юридических фикций.

На этой стадии рассуждений пора уже привлечь и этимологию, хотя ее непосредственно содержательное значение с того момента, когда, по замечанию М. Фуко, «глубокая сопричастность языка и мира оказалась разрушенной», а «вещи и слова — разделены»², в значительной мере оказалось утрачено, некоторые, особенно архаичные, смыслы этим путем все же удастся заметить, правда, в неявном, «просвечивающем» виде. Следует поэтому согласиться с замечанием Клементя Александрийского: «... всегда следует постигать не слова, а то, что они обозначают», понимая, что доводы от этимологии могут лишь помочь объяснению, но не объяснить.

Если лицо (*persona*) происходит от маски (личины), то мы вправе за этой маской усмотреть не только некое экзистенциальное «я» (едва ли известное тому времени не только как проблема, но и как факт), но и прикрываемое маской и получающее от нее имя и существование вещественное продолжение, вещественные свойства (свой, кстати, — однокоренной собственному, собственности) лица.

По разным данным, этимология «вещи» восходит к греческому «слово», латинскому «голос» (*vox*), либо «бодрствую», «сила», «бодрый», «живой» (лат., древнеиндийский и др.)³.

Обращает на себя внимание, что все этимологии подчеркивают не косность, неподвижность, неодушевленность «вещи», как мы ее знаем сегодня (неодушевленность — главный признак «вещи» как у В. Даля, так и вообще в современном и в обозримом прошлом словоупотреблении), а напротив, ее динамичный, живой характер («*res* вначале не должна быть грубой и только осязаемой вещью, простым и пассивным субъектом передачи, которым она стала»⁴), что лишний раз подтверждает изначальное единство действующего субъекта (лица) и его вещей (имущества⁵).

¹ Не вижу никакой необходимости вступать здесь в обсуждение тех явлений, которые иногда трактуют как «материальное» основание лиц публичного права. Вопрос неплохо исследован в известной работе Б. Андерсона, показавшего идеальность (иллюзорность) феномена нации (см.: *Андерсон Б.* Воображаемые сообщества. Размышления об истоках и распространении национализма / Пер. с англ. М., 2001).

² *Фуко М.* Слова и вещи. С. 79.

³ *Фасмер М.* Этимологический словарь русского языка. Т. 1. М.: Прогресс, 1986. С. 309–310. См. также: *Маковский М.М.* Сравнительный словарь мифологической символики в индоевропейских языках: Образ мира и миры образов. С. 161.

⁴ *Мосс М.* Очерк о даре. С. 175.

⁵ М. Маковский пишет, что «имущество первоначально означало «относящееся к роду», включая и непосредственно биологическую сторону рода (племени) как выражение физиологического воспроизводства человека. Приводятся связи значений «имущества, иметь, собственность, доход» со значениями фалли-

М. Мосс отмечает свойственную полинезийцам уверенность в одушевленности вещей: «...не только браслеты и ожерелья, но даже любое имущество, украшения, оружие — все, что принадлежит партнеру, настолько оживлено чувством, если не собственной душой, что они сами принимают участие в договоре». Вещи настолько активны, что даже «простой контакт способен передать их свойства». «Каждая из... вещей, каждый из знаков богатства ... обладает своей индивидуальностью, своим именем»¹. «Блюда, вилки, медные пластины — все украшено эмблемами, «оживлено», составляет часть личности собственника и его familia, res его рода»².

Вероятно, именно представления о самостоятельном бытии вещей (для живых существ это кажется самоочевидным, хотя только в рамках современного сознания) позволили Канту сформулировать известную максиму, возвращающую, впрочем, физическое (и биологическое) бытие объектов права в социум, где это бытие субъективируется и санкционируется: «Все обязанности относительно зверей, других существ и вещей косвенным образом направлены на обязанности в отношении человечества»³.

Отражение лица в собственности, образование единства помогает понять принципиальную неотчуждаемость имущества⁴, о которой полтора века назад говорили некоторые немецкие цивилисты. Действительно, нет сделки, в силу которой может быть отчуждено имущество как целое. Имущество не как все, принадлежащее лицу, не как целое, а как некоторое имущество лица — это уже другие объекты права, указанные в ст. 128 ГК. Поэтому говорить о (не)отчуждаемости имущества можно лишь имея в виду все имущество. При этом все имущество не утрачивает качеств объектности. Речь идет, стало быть, о тех препятствиях, которые коренятся в связи с субъектом, в невозможности эту связь разорвать.

Принципиальная неотчуждаемость имущества приводит к тому, что приходится устранять, замещать субъекта, как это происходит при универсальном правопреемстве, не затрагивая объект. Собственно, идея наследования восходит к представлению о сохранении (продолжении) субъекта, и только этим представлением могут быть объяснены многие иначе непонятные правила наследования.

В то же время многие трудности, возникающие при продаже предприятия, проистекают из попытки разорвать связь субъекта и его имущества, хотя у юридического лица эта связь и не столь сильна, не столь естественна.

Наконец, и процедуры банкротства восходят к идее невозможности отчуждения имущества и потому содержат механизмы замещения лица. Если вещь в рамках традиции пассивна, она передается, то имущество при универсальном правопреемстве обретает активность: оно переходит. Конечно, замена страдательного залога на активный совершенно не случайна.

ческого круга (*Маковский М.М.* Сравнительный словарь мифологической символики в индоевропейских языках: Образ мира и миры образов. С. 182). Такая этимология используется, кажется, нечасто. Но отрицать, что из нее следует самый живой характер собственности, конечно, невозможно.

¹ Мосс М. Очерк о даре. С. 121, 160.

² Мосс М. Об одной категории человеческого духа. С. 274.

³ Кант И. Из «Лекций по этике» // Этическая мысль. Научно-публицистические чтения / Ред. кол.: А.А. Гусейнов и др. М.: Политиздат, 1990. С. 312.

⁴ Я думаю, здесь уместна параллель с неотчуждаемостью familia, о которой говорилось в гл. 5 книги.

Идея отражения личности в собственности легла в основу теории интеллектуальной собственности. Ле Шапелье, выступая перед Учредительным собранием, принявшим в 1791 г. декрет о правах автора, охарактеризовал авторское право как «наиболее священную, самую личную собственность из всех видов собственности»¹. Это так, если ограничиться лишь одной стороной отношения — помещением личности в вещь. Но бытие вещи в качестве объекта собственности предполагает постоянный процесс взаимодействия, между тем автор менее других нуждается в своем произведении; создав произведение, автор отчуждает его от себя, и чем более оно успешно, тем более в нем выражено, стало быть, их тождество, а никто и ничто не может испытывать нужды в тождественном, недостает всегда чего-то иного. В то же время произведение не может служить средством выражения иному лицу; всякий иной собственник произведения относится к нему непременно как к чужому, но не как к своему (я не затрагиваю материальную форму произведения, хотя сюжет о принципиальной невозможности присвоения уникальной вещи и заслуживает отдельного рассмотрения). Поэтому произведение не может быть присвоено (запрет на плагиат — это не запрет на невозможное фактически присвоение произведения, а запрет на отображение у него имени автора и замену своим). Эти обстоятельства, наряду с прочими² не позволяют произведению автора приобрести качества объекта собственности.

Эти изначальные значения, видимо, все же сказываются в подсознании, которое всегда хранит в свернутом виде историю. Например, Ю.К. Толстой, стиль которого, не заслуживая упрека в излишней беспристрастности, может способствовать выявлению смыслов, которые автор, возможно, и не имел в виду обнаружить, постоянно оперирует термином «живые люди», который играет ключевую роль в обосновании, например, сути юридического лица³. Очевидно, что живые люди в правоведении не противопоставляются неживым, во всяком случае пока речь не идет о наследственном праве или судебной медицине. Стало быть, подчеркивается другая оппозиция — людей и вещей. Вещи, имея в системе представлений современ-

¹ Липчик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр. М., 2002. С. 20. Автор приводит и преамбулу из закона штата Массачусетс 1789 г.: «Нет иной собственности, принадлежащей человеку в большей мере, чем та, что является результатом его умственного труда».

² Д. Липчик излагает основания пересмотра основ теории «интеллектуальной собственности», выявление в ней качеств, не позволяющих отождествление ее с собственностью на вещь. Среди них: отсутствие вещественности; способ возникновения права, не характерный для возникновения права собственности; ограничение срока права; соавторство отлично от общей собственности; личное неимущественное право автора имеет иную природу, чем право собственности; произведение никогда не выходит полностью из сферы индивидуальности создателя, хотя бы из-за того, что упоминается его имя, а также из-за того, что произведение неприкосновенно (Липчик Д. Авторское право и смежные права. С. 21).

³ См., например: Толстой Ю.К. К разработке теории юридического лица на современном этапе // Проблемы современного гражданского права. М., 2000. В работе автор цитирует свои собственные более ранние высказывания, в которых все то же ключевое место отводится «живым людям».

Рискуя навлечь на себя гнев сторонников живой природы, отмечу все же, что любые апелляции к физическим или биологическим феноменам, настаивание на непосредственном их юридическом проявлении игнорируют тот факт, забываемый после многих лет юридических штудий, что все социальные, в том числе юридические объекты, все их свойства отражают не физические или химические качества, а качества социальные, вещь становится вещью лишь в человеческой голове, а не по собственному бытию. Об этом подробнее говорилось применительно к проблеме дискретности объектов права.

ного юриста качество неживых, сознательно или, что еще более убедительно, под-сознательно выводятся автором из основных посылок синтеза понятия. Но сама настойчивость, с которой появляются в центре понятия «живые люди» (и вытесняются вещи), свидетельствует, как мне представляется, о сохраняющемся значении вещей, имущества как активного начала, которому необходимо столь же активно теоретически противостоять.

Возвращаясь к этимологии, вспомним, что одно из значений *res*, как известно, — «дело». Не только лицо проявлялось в вещи, но и вещь в лице.

Ж. Бодрийяр резонно замечает, что «любая вещь что-нибудь трансформирует»¹. Наверное, хозяина этой вещи — в первую очередь. (Сама идея изменения человека посредством аскезы, отказа от вещей содержит в себе покорное признание факта подчинения сущности человека вещам. Только тогда отказ от вещей с целью самоизменения может иметь характер осмысленного жеста, не лишённого, впрочем, отчаяния.)

Может быть, и некоторые юридические (скажем так, ведь «чистых», несоциальных качеств вещи и не имеют, поскольку они вещи, т.е. ведут социальное бытие) качества вещей оказали воздействие на человека? Например, распоряжение собой, выделение себя из общности не следствие ли возможности распоряжения вещами и выделения вещей? И вообще, мог ли отделиться человек раньше, чем это стало происходить с вещами? И могло ли это отделение иметь силу прецедента, силу примера, если бы до этого лицо не было едино с вещами?

Сущность собственности обнаруживает лишь одну свою сторону, если ограничивать субъект-объектное отношение, возникающее в результате эмансипации человека из архаичной общности, только задачами и функциями материального производства, как это чаще всего делается². На этой почве может закономерно возникнуть лишь трудовое обоснование собственности, как это было сделано Локком, оказавшим наибольшее влияние на юридическое сознание нового и новейшего времени³.

При этом Локк вынужден помещать свое обоснование собственности, опираясь на то, что человек — «господин, владелец, своей собственной личности, ее действий и ее труда» и именно поэтому «труд вначале давал право на собственность... труд вначале послужил источником права собственности»⁴, в рамки уже сложившегося права, откуда только он и мог позаимствовать саму идею, предполагающую уже наличие высокоразвитого права и изощренной юридической техники, позволяющей во «владении своей личностью» увидеть главное основание собст-

¹ Бодрийяр Ж. Система вещей. С. 8.

² А.Я. Гуревич прямо подчеркивает, что для древнего человека «не существовало абстрактного отношения «субъект — объект». Далее автор, говоря об обработке земли — главном источнике трудового обоснования собственности, замечает: «...нет сомнения в том, что в конечном счете право собственности отражало как практическое отношение возделывателя земли к предмету приложения его труда, так и некие всеобъемлющие установки, «модель мира», существовавшую в его сознании» (Гуревич А.Я. Аграрный строй варваров // История крестьянства в Европе. Эпоха феодализма. Т. 1 / Ред. кол.: З.В. Удальцова и др. М.: Наука, 1985. С. 105, 107).

³ Подробнее см.: Соловьев Э.Ю. Прошлое толкует нас: Очерки по истории философии и культуры. М., 1991. С. 151 и сл.

⁴ Локк Дж. Соч. В 3 т. Т. 3. М., 1988. С. 288, 290.

венности на то, что этой личностью произведено, по известному правилу: «...плоды, приносимые вещью, принадлежат собственнику вещи» (хотя гуманистический ее смысл не вызывает сомнений, но и гуманизм, опирающийся на юридический арсенал, конечно, нуждается в прочной идейной традиции, идущей от классической юриспруденции).

Стало быть, если даже труд был «вначале» права собственности, то трудовая теория не может претендовать на роль первоначального идейного источника права¹.

Это обоснование, как можно видеть из всего изложения, наряду с весьма характерным осуждением разлагающей роли денег, апеллирующее и к наглядности владения, благодаря чему споры были исключены, так как «всегда было видно, какой кусок человек себе отрезал»², черпало свой пафос прежде всего в земельной собственности. Между тем, во-первых, земельные отношения, обладая громадной инерцией, не могут быть модельными для собственности, а, во-вторых, уже на самом раннем этапе стремление к накоплению вещей не имело одной только цели увеличения производственных возможностей лица (а часто эта цель была едва ли не последней. Как говорил Антисфен, «богатство не относится к числу необходимых вещей»). Например, для первобытных обществ накопление было, как широко известно, «средством повышения репутации»³.

И напротив, когда мы понимаем под собственностью любые формы и способы опредмечивания личности, ее внешнего, материального бытия, то трудовая деятельность, являясь, конечно, одной из наиболее существенных таких форм, оказывается все же не единственной⁴. Тем самым снимаются те трудности, которые, когда абсолютизируется трудовая теория собственности, возникают при попытках

¹ Не случайно С. Булгаков определил теорию «права на продукт труда» как «притязание собственников, утесненных в осуществлении своей собственности» (*Булгаков С. Философия хозяйства // Русская философия собственности. СПб., 1993. С. 235–236*). Обращаясь к лингвистике, В. Топоров отмечает, что «нередко не находит отражения в названиях вещей в архаичных традициях... то, что создает своим действием результат, готовую вещь... вещь не фиксируется языком как «произведенная кузнецом, гончаром, плотником, ткачом и т.п.»» (*Топоров В.П. Апология Плюшкина: вещь в антропоцентрической перспективе // Топоров В.П. Миф. Ритуал. Символ. Образ: Исследования в области мифопоэтического: Избранное. М., 1995. С. 16*).

² *Локк Дж. Соч. В 3 т. Т. 3. С. 290–291.*

³ *Артемьева О.Ю. Личность и социальные нормы в ранне-первобытной общине. М., 1987. С. 178.*

⁴ Можно, например, указать на вывод, к которому пришел меркантилист XVIII в. Галиани, стремясь преодолеть эти трудности: «...истинным богатством является человек». Это высказывание цитировал и Маркс (*Агг А. Мир человека как субъекта производства / Пер. с венг.; Ред. М.А. Хевеши. М., 1984. С. 182*).

Впрочем, С. Булгаков весьма резко осуждает всю политическую экономию с ее «экономическим человеком», воплощающим «беспредельный эгоизм, гедонизм и сенсуализм» как развитие гуманизма с его антихристианским культом «естественного человека», освобожденного от «уз идеала» (*Булгаков С. Указ. соч. С. 235–236*). Нужно, однако, заметить, что оправдание собственности гуманистами имело характер, если использовать слова самого С. Булгакова, «суждения фактического, а не принципиального» (см., напр.: *Урманова Л.П. Отношение Эразма Роттердамского к собственности // Эразм Роттердамский и его время / Отв. ред. Л.С. Чиколини. М.: Наука, 1989. С. 112–119*).

И. Ильин так характеризовал отношение христианства к праву: «Христианское учение не дало людям никакого нового учения о праве, о правосознании, о государстве и политике, о законах и суде, о правах и сословиях; оно как будто бы отодвигало все эти предметы на второй план как малосущественные, а по истолкованию первых веков оно даже будто бы их отвергало и осуждало». Но при этом И. Ильин утверждал, что «сама религия... невозможна вне права» (подробнее см.: *Окара А.Н. Правосознание – центральная категория философии права И.А. Ильина // Государство и право. 1999. № 6. С. 87*).

обосновать право лица иметь больше собственности, чем он может физически переработать или усвоить иным материальным способом, а сама личность получает правовое признание не только как работник физического труда – в совокупности своих материальных, физических возможностей, – но и как субъект идеальных отношений и носитель идеальных качеств (в том числе, конечно, творческих, но также и иных социально обусловленных свойств, например уже упомянутого тщеславия¹, престижа, религиозно или иным образом мотивированной филантропии² и пр.), которые тоже нуждаются в вещной субстанции. Собственность, выступая частью лица, «немыслимой без него», по выражению Аристотеля, конечно, приобретает и свойства человека. Поэтому мы должны согласиться с тем, что «собственность по природе своей есть начало духовное, а не материальное»³.

Вл. Соловьев с полным основанием отмечает, что понятие собственности «само по себе более принадлежит к области права, нравственности и психологии, нежели к области отношений хозяйственных... Неотъемлемое основание собственности, как справедливо признают все серьезные философы новых времен, заключается в самом существе человеческой личности»⁴.

Присвоение предметов внешнего мира ближайшим образом приводило к реализации человека, если мы вспомним, что корень *ges* в слове «реализация» дает ему и значение облечения чего-то идеального в вещную форму. Эта по видимости внешняя поверхностная экспансия – совершенно необходимый этап формирования рефлексии, ведь нельзя научиться смотреть на себя, если нет возможности

В рамках христианской доктрины всегда существовали взгляды, представленные, в частности, С. Булгаковым (и восходящие к блаженному Августину), отрицающие и телесный мир, и собственность; К. Леви-Строс отмечал «требование прерывности между человеком и природой, которое поддерживалось христианским мышлением как существенное» (*Леви-Строс К. Первобытное мышление / Пер. А.Б. Островского. М., 1994. С. 39*). В системе этих взглядов не было, естественно, места не только собственности, но и свободе лица и праву (в Средние века бытовала поговорка: «Юристы – плохие христиане») (подробнее см.: *Давид Р., Жоффре-Спиноза К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. М., 1997. С. 32*). Несколько утешает, что юристы были не одиноки. Имелось и другое высказывание: «Купец редко, если вообще, может угодить Богу», идущее от Иоанна Хризостома (*Берман Г. Указ. соч. С. 318, 586*).

Можно также сослаться на замечания З.В. Удальцовой о различиях православной патристики, понимавшей «бытие как благо, что дает оправдание космосу, а, следовательно, миру и человеку» и «суровое осуждение свободного выбора человека и плодотворности его усилий» Аврелием Августином (*Удальцова З.В. Византийская культура / Отв. ред. Е.В. Гутнова. М.: Наука, 1988. С. 43–45*).

¹ Именно отсутствием гордыни объясняли безразличие «простодушных дикарей» к предметам роскоши.

² Аристотель указывает на щедрость как достаточное основание для собственности: «при общности имущества для благородной щедрости, очевидно, не будет места, и никто не будет в состоянии проявить ее на деле, так как щедрость сказывается именно при возможности распоряжаться своим добром» (*Аристотель. Соч. В 4 т. Т. 4. С. 411*).

В дискуссии между стяжателями и нестяжателями (основные оппоненты – Иосиф Волоцкий и Нил Сорский) первые также ссылались на то, что монастырские имения позволяют оказывать помощь нуждающимся, а такая помощь – одна из главных задач монашества.

³ *Бердяев Н.А. Философия неравенства. Письма к недругам по социальной философии. С. 304.*

Катон с римским прагматизмом связывает материальность и духовность собственности, заявляя, что только те достойны похвалы и «преисполнены божественного духа», кто смог приумножить полученное по наследству. Эту максиму приводит Т. Моммзен, обсуждая древний благочестивый купеческий быт римлян (см.: *Моммзен Т. История Рима. Т. 1. Кн. 3. М.: Фолио, 2001. С. 418*). Нельзя не заметить параллелей с некоторыми идеями М.Вебера о роли протестантской идеологии в становлении капитализма.

⁴ *Соловьев В.С. Оправдание добра // Соч. В 2 т. Т. 1. С. 429–430.*

увидеть себя в окружающих вещах (понятно, что речь идет не об оптике). А рефлексия — первое условие сознания человеком самого себя, самосознания, причем без самосознания не может быть никаких иных форм сознания. Зависимость человека от своих вещей остается с ним навсегда, определяя возможность (или невозможность) его постоянной, переживаемой каждое мгновение самоидентификации, нахождения себя в мире¹.

Черчилль говорил: «Сначала мы обустроиваем наше жилище, а потом наше жилище обустроивает нас». Эта активность вещественного окружения, его способность влияния на личность лежат в основе современного дизайна, претендующего на одну из ключевых ролей в социуме будущего. Дизайн опирается на то, что организованное вещественное пространство взаимодействует с тем в человеке, что не артикулируется вербально (словесно); «дизайн затрагивает в человеке то, что глубже всяких слов и смыслов и что в известной (нередко и в большой) мере определяет то, какими будут эти слова и смыслы»². Но эти возможности вещей в свою очередь предопределены тем, что в них уже находится как активное начало человек (для дизайна это — автор). Имея вкус к схематическим построениям, можно заметить, что дизайн как наиболее активно развивающееся и одно из самых гуманных направлений современной материальной культуры³ получил свою энергию, обратившись к наиболее древнему, устойчивому в человеке.

То, что вещи обладают смыслом, кажется очевидным, искусство (абстрактное — лишь один из вариантов, можно сослаться и на теорию отстранения) тратит усилия на то, чтобы «отсечь от предмета весь ореол смысла»⁴. Но ведь это — устранение из предмета того, что получено от человека. Усилия по освобождению предмета от смысла (впрочем, иногда — и по нахождению в предмете смысла) позволяют количественно оценить это присутствие человека в вещи.

Античному и особенно средневековому сознанию было свойственно ощущение «антропоморфной природы и космического человека... Человек обладал чувством аналогии, более того, родства структуры космоса и своей собственной структуры»⁵.

Переживание себя как космоса, т.е. части и отражения всеобщей гармонии и порядка, означало отсутствие границы между личностью и окружающим вещным миром, давало ощущение права на пребывание в этом мире как своем, и хотя его присвоение преимущественно имело чисто спиритуальные формы (праведники и святые держали в руках сферу или посвященный им собор), отчуждение от тварного мира либо ограничение сообщения с ним исключительно целями производ-

¹ Д. Лукач говорит, что «жить как атом, не повреждая и не искажая своей сущности» невозможно, такое «атомарное» бытие является «чисто воображаемым», ложным. И цитирует далее Гете: «Что внутри — во внешнем съешь, что вовне — внутри отыщешь» (*Лукач Д. Своеобразие эстетического. Т. 2. М.: Прогресс. 1986. С. 398–403*).

² *Балла О.* Человек и его вещи: к истории бытовой чувственности XX века, или Торжество дизайна // *Знание — сила. 2001. № 4. С. 81.*

³ Кстати, небезынтересно проанализировать истинный смысл борьбы аскетической, в том числе коммунистической, идеологии с вещами. Кроме официально провозглашенного вытеснения материального идеальным (духовным) можно, видимо, обнаружить и иной импульс — к унификации, обеднению человека через унификацию, обеднение его вещественной среды.

⁴ *Барт Р.* Империя знаков. С. 58. Р. Барт замечает, что, кажется, тот же эффект, если правильно понимать Бодлера, производит гашиш.

⁵ *Гуревич А.Я.* Категории средневековой культуры. С. 73.

ства, без сомнения, были бы восприняты как посягательства не только на личность, но на весь космос, на Божественную гармонию, а главное — лишение возможности узреть истину, ведь «дух человеческий, утверждали богословы, не в состоянии схватить истину иначе, как при посредстве материальных вещей и изображений»¹.

Р. Адорно говорил, что всякая великая философия решает вопрос онтологического доказательства бытия Бога. Если рассуждение о сути собственности и не может быть признано великой философией, то во всяком случае оно не может не играть достаточно важной роли, чтобы не избежать соотнесения с Богом.

Стремление человека увидеть себя (для средневекового человека это означало узреть в себе Божье подобие) в вещном мире (ведь другого поля зрения нет) непременно приводит к преобразованию этого мира, изменению его по своему подобию, что и является главным основанием и целью его присвоения. Реализация себя в вещном мире — не только право человека, но право и самой материи, способ общения ее к мировому порядку: «...материя имеет право на свое одухотворение»².

«Материя имеет право на свое одухотворение».

Архаичное сознание было всецело подчинено той пронизывающей все бытие идее, что бог или боги имеют те же потребности, что и люди, «что нужно человеку, то нужно и богу»³.

«Одной из первых групп существ, с которыми людям пришлось вступать в договоры и которые по своей природе были призваны участвовать в договорах, оказались духи мертвых и боги. В самом деле, именно они являются подлинными собственниками вещей и благ мира»⁴.

Эта идея наиболее наглядным образом проявлена в обычае жертвоприношения — самого универсального и властного обычая, известного человечеству, согласно которому боги и люди совместно, за одним столом делят добычу на всех⁵.

¹ Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. С. 77.

² Соловьев В.С. Оправдание добра // Соч. В 2 т. Т. 1. С. 413.

Ср. с убеждением Платона, что «отношение к земле владельца участка должно быть исполнено благодарности, близкой к религиозному благодарению» (Разумович Н.Н. Политическая и правовая культура. Идеи и институты Древней Греции. М.: Наука, 1989. С. 126).

В рамках современной социологии можно указать на высказывание Э. Дюркгейма: «В конечном счете, задача социолога должна состоять в том, чтобы вернуть идеал во всех его формах в природу» (Дюркгейм Э. Социология. Ее предмет, метод, предназначение / Пер. с фр., сост., послесл. и примеч. А.Б. Гофмана. М.: Канон, 1995. С. 304).

³ Фрейдберг О.М. Поэтика сюжета и жанра. С. 58. В этой классической работе имеется обширный материал по теме.

Греки, например, полагали, что «богам доставляет удовольствие все то, что доставляет его людям, в том числе всякого рода собственность» (Латышев В.В. Очерк греческих древностей. Богослужбные и сценические древности. С. 44). Здесь уместно привести интересную этимологию вещи, даваемую М.М. Маковским: вещь — от слова «висеть»: «жертвенные животные подвешивались на деревьях»; «вещь, предмет, вещество»: «воплощение божества, к которому человек приобщается, которое «входит» в человека после его поглощения» (Маковский М.М. Сравнительный словарь мифологической символики в индоевропейских языках: Образ мира и миры образов. С. 26).

⁴ Мосс М. Очерк о даре. С. 106–107.

⁵ Нельзя не обратить внимания на замечание К. Леви-Строса: «Система жертвоприношения представляет собой частный дискурс, лишенный здравого смысла, сколь бы часто он ни провозглашался», потому, что «система жертвоприношения задействует несуществующий термин — божество» (Леви-Строс К. Первобытное мышление. С. 293). Хотя автор имеет в виду познавательный аспект, нет сомнения, что кризис тотальной, а не только религиозной идеологии, основанной на принесении жертвы,

Соответственно все вещи, весь материальный мир принадлежал богам. В рамках «идеи *praesentia numinum* (божественного присутствия) на земле» царство «богов целиком и полностью относится к «миру сему». Они живут в своих храмах по праву землевладельцев, как собственники земли, принадлежащей этим храмам... «Государство» и «церковь» ни в хозяйственном, ни в чисто понятийном плане не были разделены. Напротив, понятие «государство» подразумевало именно совокупность владеющих землями храмов и их богов... боги — «собственники земли — должны признать царя своим представителем», чтобы он получил власть»¹.

Известен довольно плоский, на современный вкус, софизм времен эллинизма: все вещи принадлежат богам, философы — друзья богов, у друзей все общее, значит, все вещи принадлежат философам. Для нас здесь интересно, что боги еще мыслятся нуждающимися в вещах, хотя нужда эта уже кажется не столь острой, иначе боги бы не допустили такого вывода силлогизма, в котором они незаметно оказываются лишенными «всех вещей»². (Во всяком случае спустя не столь уже много лет Т. Ливий полагает, что исключительно смертным свойственна жадность к земле и деньгам³.)

Но в то же время, когда киники придумали это доказательство, уже появилась религия, в которой Бог мыслился нематериально (строгий запрет на изображение можно понимать как реакцию на инерцию воспринимать его материально, реакцию, острота которой свидетельствует о решительности духовного переворота и силе инерционного сопротивления ему). Такой Бог, представший в одной из испостасей как Дух, конечно, в вещах уже не нуждался. Бог покинул материальный

повлек сильнейшие потрясения социальной практики, связанной с освоением материального мира. Причем важным средством ревизии отношения к вещам стал, как видно, здравый смысл, который, однако, составляет одну из основ права.

Если уже речь зашла о познании, нужно подчеркнуть и другой аспект проблемы. Становление секуляризованного права (а пока право находится в сакральных формах, оно самим собой еще не является, если не углубляться в проблематику мононормы) идет одновременно с переменами в других сферах идеологии и социальной практики и главное по тем же основаниям: вследствие десакрализации вешного мира: «вера в священность или потенциальную святость всех вещей, существовавшая у германских народов и у восточных христиан, не способствует объективному, скептическому, открытому, рациональному исследованию. Поэтому не случайно первые науки на Западе появились во время разделения светских и церковных политий» (*Берман Г.* Указ. соч. С. 159). Если читатель испытывает, как и Г. Берман, увлечение схемами, то здесь можно увидеть связь между слабым развитием права и научного мышления в восточном православии; меня больше интересует выявление тех общих архетипов, которые позволяют проникнуть в глубь явления без применения глобальных систем и схем, которые ближе к практике взлома.

¹ *Ассман Я.* Египет: теология и благочестие ранней цивилизации / Пер. с нем. М.: Присцельс, 1999. С. 38.

² С этим вопросом, кажется, связан другой — о неприкосновенности имущества богов, а также, например, о личности жрецов как принадлежащих богам (см.: *Латышев В.В.* Указ. соч. С. 54). Можно ли понимать эту неприкосновенность так, что имела более древняя тенденция рассматривать это имущество как общее, общедоступное и тогда присвоение его богам — лишь шаг на пути к частной собственности? Или неприкосновенность означает только противопоставление его частной собственности в сфере *commercium* и тем самым лишний раз подтверждает генетический приоритет собственности перед оборотом?

³ *Ливий Т.* История Рима от основания города / Ред. пер. М.Л. Гаспаров и Г.С. Кнабе; Отв. ред. Е.С. Голубцова. Т. I. М., 1989. С. 314. Знаменитый историк, впрочем, не увязывает этот моралистический выпад с описываемыми им едва ли не на каждой странице обрядами приношения богам золотых венков, чаш и т.п. Разве что золото — не медные ассы, т.е. не деньги.

мир¹. Вещи остались без связи², смысла, души. Теперь только человек может одухотворить творение, присвоив брошенные вещи. Здесь и заключена высшая санкция собственности. Здесь же имеется и источник социального обременения собственности³, противостояния ее брутальной материальности⁴.

«Именно в борьбе между Ваалом и Яхве (или Аллахом), — отмечает М. Элиаде, — снова стали актуальными «небесные» ценности, противопоставленные ценностям «земным» (богатство, плодovitость, сила)»⁵.

Но еще до победы монотеизма верховный бог чаще всего мыслился как «*deus otiosus*, Бог праздный, свободный от дел»⁶. М. Элиаде, нашедший следы первона-

¹ Позволю себе привести слова поэта, хотя бы ради явно слышной в них тоски и безысходности: «...он покинул этот дом. Покинул». А еще прежде он пытался обозначить ту же драму покидания, своих вещей тем, «кто внес сюда шкафы и стол и думал, что больше не покинет этих стен; но должен был уйти... \Ничем уж их нельзя соединить.\ чертой лица, характером, надломом. \ Но между ними существует нить, обычно именуемая домом».

Это — та же нить, что связывала у Гесиода и Аристотеля хозяина, жену и быка-землепашца и дом, и та же нить, душа, в которой нуждается материя для обретения смысла.

М. Элиаде пишет, что человек «чувствует себя «отчужденным», «и это отчуждение становится источником неутолимой боли, страха, безнадежности» (*Элиаде М.* Азиатская алхимия. М., 1998. С. 300).

В трезвых терминах эта же идея создания дома единством личности выражена Ж. Бодрийяром: «Наше бытовое окружение остается в значительной мере «абстрактной» системой: как правило, в нем уживается множество функционально разобнесенных вещей, и лишь человек, исходя из своих потребностей, заставляет их сосуществовать в одном функциональном контексте» (*Бодрийяр Ж.* Система вещей. С. 13). Продолжая свои выводы, Ж. Бодрийяр заключает, что отношения собственно вещей друг к другу, объективные отношения, — это отношения технологии, а отношения человека к вещам, субъективные отношения, которые никогда не являются техническими, полны личности, подчинены вкусу и моде, ««получают психическую нагрузку, персонализируется, поступает в практический обиход, включается в систему культуры» и — главное, наверное, для нас — «идут на продажу» (Там же. С. 14). Итак, субъективное отношение к вещи — вне ее технических, объективных качеств, и именно оно является юридическим.

² Творение связи между вещами, творение дома, о котором уже говорилось, — это и творение себя, своего бытия через быт. Быт становится связью, не дополняющей жизнь, но создающей ей смысл, поскольку всякая связь и есть обнаружение смысла. «Быт — это принцип связи, который мы налагаем на вещи, явления, образующие среду обитания. Основная проблема здесь состоит в приручении вещей, в переманивании вещей на свою сторону. Вот эти свои, обезвреженные вещи, эта область воздействия и ответственности отдельного человека — это его дом...» (*Гинзбург Л.Я.* Записные книжки. Воспоминания. Эссе. СПб., 2002. С. 311). Замечательно, что становление собственности, дома автором увязывается с важнейшей идеей покорения чуждой стихии, враждебности, заложенной в окружающем мире, преодоление которой возможно только через присвоение самого этого мира, т.е. вещей. Об этом мы уже говорили и еще будем говорить дальше.

³ Социальное обременение собственности выражается не только через моральность, но и через право, причем не только публичное, в котором сегодня воплощены главные обязанности собственника, но и частное. Приведем такое достаточно древнее суждение: «Богатые, владеющие земными благами сверх необходимого... должны рассматривать излишки благ не как свою собственность, а как имущество, принадлежащее бедным и находящееся в их «управлении», и не более того... Бог избрал их своими управляющими» (цит. по: *Барг М.* «Земное богатство» в видении анонима XV в. // Культура и общественная мысль. Античность. Средние века. Возрождение / Отв. ред. Л.С. Чиковани. М.: Наука. 1988. С. 138).

⁴ Может возникнуть вопрос: не противоречит ли этим выводам известная практика накопления собственного имущества христианской церковью? Г. Берман отмечает по этому поводу, что, во-первых, церковная собственность никогда не имела священного характера, а, во-вторых, «материальные ресурсы церкви всегда считались частью ее «преходящей» власти» (*Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. С. 229).

⁵ *Элиаде М.* Трактат по истории религий / Пер. с фр. А. Васильева. Т. 1. СПб., 1999. С. 212.

⁶ *Ассман Я.* Египет: теология и благочестие ранней цивилизации. С. 31.

чального единобожия у многих народов, также обращает внимание на пассивность такого Бога, его пребывание вне сферы повседневной деятельности человека. В то же время переход к строгому единобожию не оставляет места, как показывает Я. Ассман, присутствию Бога в природе¹, которая в политеистическом мире представляла как дифференцированная деятельность богов: «Отрицание реальности богов привело бы к тому, что мир оказался бы лишенным этой дифференцированной нуминозной собственной жизни, был бы низведен до уровня подвластной человеку «природы»»².

Видимо, не случайно обострение всей проблематики, связанной с собственностью, идет от эпохи, когда боги ушли из материального мира. В это время египтяне, соприкоснувшись с духовной катастрофой, переживаемой эллинизмом, «пришли к убеждению, что их страна есть земное жилище богов, «всемирный храм», что только если иссякнет их благочестие, боги покинут свою земную обитель, которую они делят с египетским народом и лишь тогда произойдет *dolenda secessio* — боги удалятся на небо»³. Это горестное разлучение (*dolenda secessio*) остается оборотной стороной собственности, ценой, которую пришлось заплатить за абсолютное право на материальный мир⁴.

По той же причине, надо полагать, собственность постоянно сопровождается страстью⁵, экзистенциальным напряжением, всегда чреватым кровопролитием, которое самым непосредственным образом доказывает тождество человека и его собственности. Вообще, собственность драматична и трагична сама по себе и особенно в силу тех драм и трагедий, которые она постоянно вызывает как в личных судьбах, так и в судьбах цивилизаций.

Теперь понятно, почему собственность священна: это неизбежное следствие перенесения на нее отсвета утраченного божественного причастия. «Секуляризация

¹ Этот факт не согласуется с божественностью воплотившегося в земного человека Христа. Необходимость отождествить нерожденного и рожденного Бога вызвала затяжной кризис христианства в IV в., когда в борьбе с более логичным арианством выработывалось ортодоксальное учение о святой Троице.

² Ассман Я. Египет: теология и благочестие ранней цивилизации. С. 32.

³ Там же. С. 23.

⁴ Эта идея хорошо изложена В.П. Топоровым: «человек стоит между Богом и вещами», потому что поскольку человек создал вещи, подобно творцу, то пользуясь вещами по своим низким человеческим нуждам, он вступает в общение с Богом. При этом «человек ответствен за вещь и в долгу перед нею», вещь зависит от человека (*Топоров В.П. Указ. соч. С. 22–27*). Здесь идея Вл. Соловьева о праве материи на одухотворение уточняется тем, что именно вещи, созданные человеком и вырванные им из природы, оказываются в полной зависимости от человека. Из этой зависимости вещей и вытекает долг человека как творца. Тем самым становится возможным и диалог с Творцом. Вырвав вещи из природы, человек лишил их связи с природой и собственной жизни, сделал их беспомощными. Теперь вещи сами по себе существовать не могут, и вернуться назад в природу: не только домашние животные обречены на гибель без человека, но и вся масса вещей не принимается природой, что самым явным и самым неприятным образом знаменуют собой свалки разного рода. Создавая вещи и принимая на себя обязанности творца, человек принимает и бремя заботы о вещах, которое он уже не может отринуть.

⁵ «Будем исходить из того, что предметы нашего быта в самом деле суть предметы страсти — страсти частной собственности, по своей аффективной нагрузке ничуть не уступающей другим людским страстям; такая бытовая страсть нередко преобладает над всеми прочими, а то и царит в одиночестве, в отсутствие всех прочих. Эта страсть размеренно-диффузная, регулятивная, и нам плохо известно ее фундаментальное значение в жизненном равновесии индивида и социальной группы, даже в самой их решимости жить. В этом смысле в определенный момент вещи, помимо своего практического использования, становятся еще и чем-то иным, глубоко соотносенным с субъектом; это не просто неподатливое материальное тело, но и некая психологическая оболочка, в которой я царю, вещь, которую я наполняю своим смыслом, своей собственностью, своей страстью» (*Бодрийяр Ж. Система вещей. С. 95*).

государства в ограниченном смысле снятия с него церковного контроля сопровождалась одухотворением, даже освящением собственности и договора». Теоретически связь с сакральным началом выводится теперь из «святости индивидуальной воли, отраженной в правах собственности и договорных правах»¹, хотя эта логическая операция, как представляется, лишь дает задним числом аргументы той священности собственности, которая была изначально, и которая сохраняется, чтобы не потерять материю, вещественный мир².

По словам Э. Фромма, «вещи могут быть теми же самыми или различными. Однако когда мы говорим о тождественности, мы говорим о качестве, принадлежащем не вещи, а человеку»³ (по другому поводу мы уже затрагивали этот важный аспект, когда говорили о сути объекта права). Кстати, это замечание возвращает нас к самой древней и, видимо, неизжитой архаике, когда «людские отношения основаны на полном, безличном равенстве друг другу, как близнецы-двойники. Никто никакими чертами не выделен. Это период до-религиозный... никто над человеком не главенствует. Такое восприятие рождается у человека под влиянием, однако, его полной зависимости от природы... но реальные законы жизни им не осознаются, и он никакой разницы не делает между мощными силами природы и своей полной беспомощностью»⁴.

Для своей реализации человек нуждается не просто в определенном материальном пространстве, которое — всегда — некоторые вещи, но главное в том, чтобы эта вещная сфера была вполне свободна, была своя, ведь стать собой можно только в своем, но не в чужом, «для действительности и полноты бытия недостаточно «себя», а необходимо иметь «свое»»⁵.

¹ Берман Г. Дж. Указ. соч. С. 45.

² Действительная опасность исходит из утраты Бога, утраты пиетизма: «...поскольку сведение человека к вещи больше не связано с его уничтожением перед Богом... единство общества поддерживалось важностью своих основных трудов... реальность становится тем более ненавистной, что ее публично признавали мерой человека» (*Batai Ж.* Проклятая доля. С. 124). Таким образом, атеизм не только по необходимости материалистичен, но и по необходимости полон ненависти к вещи как мере человека, т.е. к собственности. И порождает то убийственное сочетание преклонения перед материей, вещью и попытками уничтожить собственность, в которой упорно является идеальное присутствие.

Конечно, человек перестает быть мерой вещей, если он лишается своего священного долга перед материей, не признает права материи на одухотворение. Но тогда действительно вещь становится мерой человека.

³ Фромм Э. Психоанализ и этика. М.: Республика, 1993. С. 282.

⁴ Фрейдберг О.М. Миф и литература древности. С. 46. Это наблюдение, показывающее один из источников идеи тождественности, в то же время позволяет не только обнаружить древность идеи равенства, созданную отнюдь не идеологией естественного права, но и понять причины тех бурных страстей, которыми сопровождалось разрушение изначального обезличивания и утверждение личного неравенства в первобытных обществах.

⁵ Соловьев В.С. Оправдание добра // Соч. В 2 т. Т. 1. С. 430. В полном противоречии с этим суждением, очевидно, полемически М. Агарков заявляет: «Впервые в истории человечества социалистическое гражданское право резко проводит грань между человеком, с одной стороны, и вещами, с другой стороны» (*Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М., 2002. С. 224). Конечно, знаменитый цивилист, не увлекавшийся, кстати, официальной идеологией, лишь воспроизводит один из постулатов советского права. Но едва ли можно сомневаться, что отторжение человека от вещей, на самом деле свойственное советскому праву, знаменовало собой крушение гуманизма, возвеличивание не людей, а вещей. Эта грубо-материальная стихия социализма, вообще говоря, осталась в тени и мало изучена, хотя в ней таятся, на мой взгляд, весьма глубокие закономерности и весьма печальные последствия.

Эти положения развивают высказанную Аристотелем мысль: ««Собственность» нужно понимать в том же смысле, что и «часть». Часть же есть не только часть чего-либо другого, но она вообще немислима без этого другого»¹. Но если собственность — немислимая без собственника его часть, то собственник — только мыслим, но реально (вспомним корень этого слова) невозможен без собственности, без своего.

Именно поэтому все отношение приобретает юридическое напряжение, приводящее к установлению собственности, определяющей как свои те вещи, в которых личность может свободно реализоваться.

Уже достаточно широко распространившиеся прежде всего благодаря усилиям структуралистов и постструктуралистов представления о магической связи вещи и ее хозяина (отражаемой в феномене собственности) привели к довольно умозрительному, на мой взгляд, выводу о том, что «индустриально произведенные вещи лишились ауры аутентичности и сакральности»².

Мне кажется, что идея связывающая усиление мобильности, заменяемости вещей с утратой ими личных качеств, так же как и суждение о снижении роли собственности в экономике, несколько поверхностна. Современному обществу в не меньшей степени, чем обществу традиционному, присуще выражение личных качеств через свои вещи. Как следование моде (сам этот феномен основан на связи лица с вещами), так и демонстрация оригинальности, противостояние моде (хотя и этот процесс моде успешно удается подчинить) происходят посредством вещей. мода является средством различения, дистинктивности, но, конечно, не только³. Такие образующие социальный статус элементы, как поведение, речь, конечно, играют свою роль (как играли всегда), но не являются все же решающими средствами получения места в социальной иерархии. Специально исследовавший этот аспект Ж. Бодрийяр замечает: принадлежащие субъекту предметы говорят о «социальных претензиях и покорности, социальной мобильности и инертности, о привыкании к новой культуре и погруженности в старую, о стратификации и социальной классификации» своего хозяина. «Под знаком предметов, под печатью частной собственности осуществляется постоянный социальный процесс надделения значением»⁴. Понятно, что такие свойства субъекта, как социальная мобильность, манифестация приобщения к новой культуре, противостояние патриархальности с по-

Имеет смысл задуматься над тем, что уничтожение собственности, т.е. связи людей и вещей, в рамках материалистической идеологии приводит не к уничтожению материи, т.е. вещей, а к уничтожению людей, или, в более мягком варианте, — исходящих от людей нематериальных качеств, придающих уникальность вещам.

¹ Аристотель. Соч. Т. 4. С. 381–382.

² Герасимова Е., Чуйкина С. Общество ремонта // Неприкосновенный запас. 2004. № 2 (34). С. 71.

³ На дистинктивную функцию моды указывает в своем социологическом исследовании А. Тихомирова (В 280 километрах от Москвы: особенности моды и практик потребления одежды в советской провинции. Ярославль, 1960–1980-е годы // Неприкосновенный запас. 2004. № 5 (37). С. 101 и сл.). В начале статьи автор упоминает оппозицию общества дефицита и общества потребления, понимая под потреблением «не столько утилитарный экономический процесс, сколько... производство экономических смыслов и значений, производство идентичности» (Там же. С. 101). Если учесть выводы Ж. Бодрийяра об отсутствии четкой грани между необходимым потреблением и производством смыслов, то само существование такой оппозиции утрачивает абсолютный характер. По-видимому, и общество дефицита производит свои воплощенные в вещах смыслы, которые, возможно, еще более значимы и важны, когда число вещей, не предназначенных для немедленного потребления, крайне мало.

⁴ Бодрийяр Ж. К критике политической экономии знака. М., 2003. С. 20.

зиций урбанизма достигаются как раз через вещи, имеющие статус модных и способные передать этот статус своему хозяину.

Возрастание количественных параметров потребления никак не отменяет связи лица с вещами. Сокращение срока жизни вещи не лишает ее сакральности, воплощения в ней личности. Выше уже говорилось, что вечность права собственности — качество лица, а не вещи. Вещь выбрасывается не потому, что в ней не успела отразиться личность собственника, а потому, что собственник именно так в ней отражается: ему важно иметь всегда новую вещь. Но это именно его качество, а не качество вещи. Брошенная вещь (секонд-хенд) характеризует ее нового собственника точно так же, как и новая, модная вещь своего собственника. Новый собственник старой вещи вступает в определенные отношения не только со старым собственником этой же вещи (наличие этих отношений, не только юридических, но и затрагивающих самые интимные струны, невозможно отрицать), но со всеми окружающими, с обществом. И средством этих отношений становятся именно вещи.

«Каждый в глубине души знает... что его ценят в соответствии с его предметами, и каждый подчиняется такой оценке, пусть и в форме ее отвержения»¹.

Фиксируемое правом качество вещи как предмета собственности, состоящее в том, что этот предмет — единственный (индивидуально-определенный), незаменимый, в первом приближении противопоставляющий меновую ценность единичности, подводит к вопросу: в чем же ценность единичности, кроме чисто негативной, неменовый функции? И ответ может быть найден в самой личности: «...абсолютная единичность появляется в вещи оттого, что она обладаема мною, — а это и позволяет мне и самого себя опознавать в ней как существо абсолютно единичное»². (Конечно, в архаике уникальность отражения не могла быть достигнута — ритуал, обычаи превращали вещь, по словам Ж. Бодрийяра, в «непрозрачное зеркало овеществленной структуры человека»³. В такой вещи отражался ее хозяин в его социальных ролях и функциях.)

Лежащее в основе первичных правовых представлений тождество вещи и личности, оказав свое влияние на сложение фундаментальных правовых понятий, со становлением цивилизации и усложнением самой личности стало преодолеваться.

¹ Там же. С. 22. Как идеолог левой ориентации Ж. Бодрийяр высказывается далее в том духе, что «оспоренная легитимность» социального положения представителя среднего класса «в плане культуры, политики, профессии» заставляет средние классы «с ожесточением делать вложения в частный универсум, в частную собственность и накопление предметов», и это автор рассматривает как обнаружение социального поражения и называет «риторикой безнадежности» (Там же. С. 23).

Это рассуждение, развивая одну из ключевых идей сознания современного (точнее — середины прошлого века) левого интеллектуала, переводит нас скорее уже в сферу социологии, указывая также на возможность утешительной психологической практики. В любом случае, однако, даже критика «частного универсума» в варианте «ожесточенного накопления» возможна лишь с позиций ясного признания универсальности самого принципа воплощения субъекта в вещах, в том числе и тогда, когда такое воплощение обнаруживает социальную несостоятельность субъекта! Здесь приходится констатировать, что вещи обнаруживают собственную силу и означают не всегда то, чтобы хотелось их хозяину, как шут, который говорит о своем господине тайную правду.

² Бодрийяр Ж. Система вещей. С. 101. Здесь же автор развивает эту мысль: «Такова величественная тавтология... Но отсюда и неудовлетворенность, связанная с тавтологичностью всей системы».

Я бы искал источник неудовлетворенности тавтологией (тождеством) в ощущении тщетности, коренящейся не в самом единстве, а в переживании той границы, конечности, которая дана ему и которая дает о себе знать как плата за обретение себя.

³ Бодрийяр Ж. Система вещей. С. 21.

Очевидно, что по мере того, как идея анимизма развилась до возможности абстракции лица как основного субъекта межличностных, в том числе и в первую очередь религиозных отношений, возникла и идея противопоставления собственно человека, «голого человека» (в пластике классической Греции гармоническая нагота пляшущих, соревнующихся, покоящихся, но всегда обособленных индивидов, не имеющих иного имущества, кроме завожоживших Китса тимпанов и флейт, приобретает полемический характер, бросая вызов как идеям нерасчлененного сообщества, так и представлениям о могуществе в форме вещного богатства, которые стали с тех пор отождествляться с «восточной дикостью» и «варварской пышностью») его вещному окружению. Эта идея оказалась в центре мировоззрения, открывшего возможность собственного, идеального бытия человека в единстве со всем миром, — христианства, но платой стала печать несовершенства и обреченности, наложенная на тленное, куда попали все вещи, даже непотребляемые.

Возможно, если видеть истоки собственности, как мы говорили, в насильственном захвате, то эсхатологическое осуждение ее оправданно. Но в сознании самого архаичного собственника едва ли мы найдем чувство вины или греха, дающее почву для таких переживаний.

Известно, что для первобытного человека весь окружающий мир таит опасности и заведомо враждебен, это мир чудищ, людей с песьими головами.

А.Я. Гуревич отмечает, что для всех германских народов мир людей — Мидгард — «срединная усадьба», а за его пределами — Утгард, «то, что за оградой» — хаос, место, где живут «враждебные людям чудовища и великаны»¹. «Межа отделяла одно поселение от другого, и эта межа была «горизонтом», «дверьми», «воротами», границей неба — преисподней; за межой — преисподняя... Человек, пришедший из чужого поселения, считался «врагом»². (Интересно, что знаменитый постулат Сартра: «Ад — это другой», который стал священной истиной всего экзистенциализма XX в., является точным повторением приведенного высказывания О. Фрейденаберг. Я хочу здесь подчеркнуть не то, что французские мыслители повторяли основы антропологии, а то, что это архетипическое отношение отчуждения никуда не исчезло и остается остроактуальным.)

Вспомним деление мира на людей и варваров у греков и римлян, на «Срединное царство, Поднебесную», окруженную дикарями, «запахивающими халат на другую сторону», — у китайцев и пр.

Для человека, живущего в таком мире, захват и присвоение вещей из враждебного внешнего окружения, перенесение их по эту сторону ограды — это благие деяния, упорядочивание мира, уменьшение в нем сил хаоса.

Получаемая таким образом собственность — не только бесспорная и абсолютная, но благословенная, богоугодная³. Отталкивание от нее в это время лишено оснований, и действительно, нигде мы не видим такой жадной тяги к вещам, как у

¹ Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. С. 60–61.

² Фрейденаберг О.М. Миф и литература древности. С. 89.

³ Захват вещей из кромешного мира, мира чужих богов и усвоение их, подчинение своему богу не только уже содержит в себе свою санкцию и создает наиболее прочную почву для права, с которой по силе не сравнится ни труд, ни обмен, но и подготавливает переход уже в условиях другой парадигмы (когда Бог оставил материальный мир) к частному присвоению вещей по их праву быть одухотворенными.

народов, разделяющих мир на своих и чужих и не готовых к восприятию слов: «нет больше иудея и эллина, но все едины».

Характерно, что первая резкая рефлексия на это вещное упоение все еще тяготеет к понятиям разделения мира. Например, Плутарх, следуя стоикам, писал, что «начало вражды не в обладании своим, а в присвоении чужого и в превращении общего в свое». Если вражда мыслится как основание, а враги — как объекты присвоения, то, конечно, и присвоение, совершенное в отношении «общего», приводит к вражде; отчуждение, с которым научилась справляться, иногда тяготясь им, цивилизация, еще не кажется нормальным, и его более естественно заменить понятной враждой, за которой уже чувствуется горячее дыхание «системы ценностей, целиком основанной на стремлении отбирать и раздавать, на насилии и соперничестве»¹. Дальнейшее становление собственности находится под постоянным подозрением в разобщении мира — от космоса до крестьянской общины, которая тоже, как известно, мир. Но напряженные поиски другого способа развертывания личности в пространстве, другой формы ее становления и развития, другого поля приложения ее потенциала, другого пути сообщения, коммуникации с людьми закончились, как очень хорошо известно, крахом.

Искупление ценой жизни, лежащее в основе христианства, конечно, не продукт права, а развитие идеи жертвы, из которой, впрочем, право тоже вырастает. Но это искупление, оперируя понятиями, которые не могут не иметь юридических значений, с самого начала ставит христианство (в отличие от ислама (благочестивые аравийские купцы не прибегали к таким крайним средствам торговли) или буддизма) в отношения соревнования, сталкивания с правом.

Вещный мир, отринутый ранним христианством, оказывается сферой исключительно подведомственной праву. В моменты наивысшего торжества религии весь тварный мир вместе с правом презираем и ничтожен... Но ослабление спиритуальности — о причинах нет смысла говорить, в конечном счете это сила жизни (т.е., если угодно, — и божьего промысла), — приводит к торжеству вещественности и права. В литературе можно легко заметить эти периоды, когда на смену вещам, допускаемым в словесность лишь как символы невещественного, приходит товароведческий апофеоз природы. Вспомним подробнейшие перечни вещей, которыми был так поглощен Робинзон Крузо. В то время на его родине право, вступившее в свою лучшую пору, стало священным. Большая элегия Джону Донну И. Бродского своей величиной обязана прихлынувшему потоку вещей, пришедших в громадном количестве без эпитетов и извинений, сами по себе, и именно количество и вещьественность — главное содержание этой поэзии. Если бесправие и произволу соответствуют символизм и романтика, то вторжение в поэзию вещей знаменует восстановление права еще задолго до того, как об этом начинают говорить аналитики.

Признание несовершенства мира означает смирение с его материальностью, оно также означает признание собственности на вещи как единственного и главного условия существования человека в этом мире.

¹ Дюби Ж. Европа в Средние века / Пер. с фр. М., 2001. С. 22.

ГЛАВА 8 ПРОБЛЕМА ТРИАДЫ

В нашей литературе проблема триады имеет чрезвычайно большое значение. Она воспроизводится практически во всех легальных дефинициях собственности¹. Многие ученые ищут в ней смысл собственности. Часто цитируется и высказывание А.В. Венедиктова: традиционный перечень правомочий собственника по владению, пользованию и распоряжению его имуществом представляет выражение того общего, что свойственно праву собственности во всех формациях².

Между тем следует согласиться с А.А. Рубановым в том, что «этот перечень не имеет универсального значения»³, что если бы «рассматриваемый компонент полностью отсутствовал, нарушений в сфере потребления и обращения не наступило бы»⁴. Хотя последний довод несколько страдает излишним экономическим детерминизмом, А.А. Рубанов компенсирует его достаточно убедительными аргументами исторического порядка. Коротко суть его рассуждений можно изложить так: в Гражданском кодексе Наполеона с целью преодоления средневекового дробления права собственности было одновременно употреблено указание и на правомочия собственника, и на абсолютный характер самого права с упором, конечно, на последнее. В дальнейшем М. Сперанский, желая позаимствовать либеральную модель французского Гражданского кодекса, воспроизвел ее, для маскировки подчеркнув правомочия собственника (триаду)⁵.

Рассуждения А.А. Рубанова позволяют сделать вывод о случайном в значительной мере появлении триады в нашем законодательстве. В принципе это недалеко от истины. Однако нельзя отбросить те вопросы, которые обязательно встают пе-

¹ Под триадой обычно понимают правомочия владения, пользования, распоряжения. Право владения (*ius possidendi*) означает возможность фактического обладания вещью, удержания ее в своей власти; право пользования вещью и извлечения из нее полезных свойств (*ius utendi et ius fruendi*) – это возможность эксплуатации вещи и получения от нее плодов и доходов; право распоряжения вещью (*ius disponendi*) – возможность собственника по своему усмотрению совершать действия, определяющие юридическую судьбу вещи: продавать, закладывать и др. Право распоряжения включает и право уничтожения вещи (*ius abutendi*).

² См.: Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. М.; Л., 1948. С. 17.

³ Рубанов А.А. Проблемы совершенствования теоретической модели права собственности // Развитие советского гражданского права на современном этапе / Отв. ред. В.П. Мозолин. М.: Наука, 1986. С. 105.

⁴ Там же. С. 100. Е.А. Суханов также указывает на «недостаточность» триады для характеристики содержания права собственности (Гражданское право. Т. 1. М.: Бек, 1994. С. 203). В.П. Мозолин выражает сожаление, что «тенденция ухода от традиционной «триады» правомочий собственника в направлении более широкого подхода к определению содержания субъективного права собственности» «недостаточно отражена в новом законодательстве о собственности» (Мозолин В.П. Право собственности в Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике. М., 1992. С. 34).

⁵ Рубанов А.А. Указ. соч. С. 105. Это был не единственный неудачный пример перевода понятий ФГК в Свод законов. М.М. Агарков рассказывает, например, о противоречиях, получившихся при перенесении из ФГК в Свод законов норм о деликтах, что «доставило много забот дореволюционным комментаторам» (Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 419–420).

ред каждым, кто желает покуситься на авторитетную традицию. Во-первых, она не имеет исключительно русского характера и не коренится только в Средневековье.

Еще Гегель, как отмечалось, опирался на логику триады (владение — пользование — договор), раскрывая суть собственности вполне в антифеодалном духе. Нужно быть очень большим оригиналом, чтобы не возразить, что Гегель любую проблему раскрывает только через триаду, но такой аргумент сам по себе еще недостаточен, а гегелевская концепция остается, как уже говорилось, одной из наиболее универсальных. Во-вторых, по мнению многих юристов, триада имеет и доктринальную, и практическую незаменимость.

Требуется самая изощренная и тем не менее всегда более или менее уязвимая аргументация, чтобы доказать возможность включения в право собственности правомочия, не отождествляемого с одним из элементов триады; такие же проблемы характерны и для попыток доказать возможность наличия права собственности помимо триады (вспомним хотя бы начатый А.В. Венедиктовым знаменитый спор о том, в чем суть оставшегося после ареста вещи права собственности, когда все три правомочия утрачены)¹.

Однако здесь, кажется, наша юриспруденция попадает в собственную ловушку. Достаточно долго любое проявление собственности юристами — практиками и теоретиками — обламывалось, подстраивалось под одно из известных правомочий, к которому оно было ближе. Система прав оказывала энергичное воздействие на реальные отношения, так что ни одно из них не сохранило своей природной формы под страхом утраты юридического существования. Одновременно, конечно, расширялись, иногда утрачивая четкость очертаний, сами понятия владения, пользования, распоряжения. После этого поиски реальных юридических явлений собственности, не совпадающих с предписанными признаками, действительно весьма затруднительны. Впрочем, мы и не можем указать в нашем законодательстве то время, когда эти правомочия (права) имели совершенно определенное значение.

Это, видимо, не могло не сказаться и на терминологии: поскольку реально существующие отношения не замечались доктриной, то и слов для их обозначения не возникало. В результате при переводе, например, ст. 947 Гражданского кодекса Квебека авторы издания вынуждены написать: «Собственность есть право свободно и безраздельно использовать, пользоваться и распоряжаться имуществом, с учетом пределов и условий его осуществления, установленных законом»². Дело не в том, что «использование» и «пользование» в рамках теории триады ничем не отличаются, а в том, что здесь довольно ясно обозначился косный, тормозящий развитие

¹ Подробнее см.: *Иоффе О.С.* Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. II. Л.: Изд-во ЛГУ, 1978. С. 8–9. Употребляемый О.С. Иоффе, как и другими цивилистами, оборот «после утраты всей триады остается некий «сгусток» права собственности», кроме не самых приятных химико-физиологических ассоциаций, не вызывает симпатии и потому, что сохраняется инерция восприятия права собственности как набора, связки правомочий, которые можно если не вычерпать, то хотя бы вычислить.

² Гражданский кодекс Квебека / Под ред. О.М. Козырь, А.А. Маковской. М., 1999. С. 161. В английском оригинале — use, enjoy, dispose. Искать в этих терминах иное явление триады, конечно, нет никаких оснований. Здесь проявляется совсем иная традиция западного юриста: стремление предельно подробно обозначать путем нанизывания близких по значению, отличающихся лишь оттенками слов, разные грани, стороны одного и того же, облегчая его идентификацию и толкование. Понятно, что эта практика, имея в виду главную проблему применения права и вообще любого логического акта — проблему тождества и различия, — не имеет ничего общего с весьма поверхностной «проблематикой триады».

юридического инструментария эффект самой теории триады, которая не способна ни к собственному развитию, ни к реагированию на действительную сложность имущественных отношений в современном обществе.

Берем наугад любое дело об ограничении права собственности из европейской практики, например, дело Европейского суда по правам человека *Sporrong and Lunnroth*. Суд указывает: «The applicants were therefore not formally «deprived of their possessions» at any time: they were entitled to use, sell, devise, donate or mortgage their properties (Заявители однако не были лишены их владения (во французском тексте Протокола № 1 говорится о собственности, речь идет, конечно, о праве. — К.С.) ни в один момент: они были вправе пользоваться, продавать, завещать, дарить или передавать в ипотеку их имущество)». Суть казуса состоит в том, что вследствие процедур объявления возможности экспроприации в публичных интересах и вытекающих из них запретов на реконструкции собственники в значительной мере лишились возможности продать, передать в залог (по рыночной цене) и полностью перестраивать свои дома. В то же время право передать по наследству, по-видимому, не было затронуто. В меньшей степени затронуто и право на дарение. Хорошо видно, насколько беспомощной здесь оказалась бы не только терминология и идеология, но и юридическая техника, исходящая из истинности «триады». В конечном счете суд оперирует понятиями, относящимися к собственности как к целому: право стало ненадежным (*precarious*), упала стоимость объектов недвижимости.

В другом деле — *Chassagnou and others v. France* — суд прямо говорит о том, что «право охоты»¹ входит в состав права собственности. Думаю, что и Л. Беккер, когда рассчитывал свои 1500 правомочий собственника земли, не имел в виду такого права собственника, тем не менее оно существует и упрямо сопротивляется возможности отождествить его и с пользованием, и с распоряжением (в казусе идет речь о его передаче охотничьей ассоциации); крайним средством для сторонника триады остается вывод о «частичном» совпадении этого права с пользованием или распоряжением. Но эта частичность сама по себе означает бессмысленность триады, поскольку сразу обнаруживает тщетность ее претензий на универсальность, а только в таком качестве она и может найти себе оправдание.

Есть, видимо, смысл привести суждение Т. Оноре: «...возможные типы пользования представляют собой открытый список»². Но совершенно очевидно, что идея открытого списка безнадежно губит весь смысл триады, всегда претендующей на полное исчерпание права собственности. Если же входящие в право собственности отдельные права не могут быть сосчитаны, как это присуще идущей преимущественно от Оноре идее набора, пучка прав, то речь идет скорее о практике, чем о теории. В этом смысле концепция «пучка прав» — «достаточно неточное и податливое понятие»³ (что с гораздо большими основаниями можно сказать об отечественной концепции «триады»).

¹ Об «охотничьем правомочии» пишет и Б.Б. Черепахин (*Черепахин Б.Б.* Первоначальные способы приобретения собственности по действующему праву // *Черепахин Б.Б.* Труды по гражданскому праву. М., 2001. С. 68).

² *Honore T.* Making Law Bind. Essays Legal and Philosophical. Oxford: Clarendon Press, 1987. P. 168.

³ *Пеннер Дж.И.* Картина собственности как «пучка прав» // Российский ежегодник сравнительного права / Под ред. Д.В. Дождева. № 1. СПб., 2008. С. 112. Работа посвящена критике концепции «пучка прав».

Другим примером сомнительной ценности триады может служить попытка решить на ее почве такой сложный, уходящий в самые недра истории общества вопрос, как природа денег, в частности безналичных. Л. Ефимова, полагая, что «обычно право собственности характеризуется через правомочия владения, пользования и распоряжения», совершает «обычную» логическую операцию и находит, что право пользования, которое «совпадает» с правом распоряжения, принадлежит владельцу счета, а право владения — банку. Вот такая «особенность» у безналичных денег, которые совмещают вещную и обязательственную природу. Этот тезис, впрочем, сразу подвергается ревизии, и режим права собственности для безналичных денег рассматривается уже как фикция. При этом автор не поясняет, являются ли также фикцией его обнаруженные ранее права пользования, распоряжения и владения¹. А вот если вести анализ не на почве триады (предположим, что автор имеет перед собой только текст ГГУ или вполне разделяет взгляды А. Рубанова и других цивилистов, которые не считают, что право собственности вообще следует «характеризовать через триаду»), то получаем иные выводы: безналичные деньги настолько тесно связаны с личностью банка, что, минуя банк, мы нигде этих денег не найдем: не только в физической форме, но и в юридической. Эта ситуация характерна именно для обязательственной личной связи. Но в то же время — и здесь лежащая на поверхности неразрешимая загадка — не имеется разницы между деньгами наличными и безналичными в качестве средства платежа при том, что как объект права деньги имеют различную природу². Вопрос явным образом смещается в область природы денег, которая уходит глубоко в недра истории общества и совершенно очевидно, что концепция триады ничем не может помочь поискам решения, очередной раз демонстрируя свою бесплодность.

Кстати, мало обращают внимания на тот парадокс (который особенно является парадоксом с позиций триады), что полезность денег обнаруживается только в тот момент, когда их собственник отдает их, но пока он ими владеет, пользоваться ими никак невозможно.

Особенно страдает от триады «наиболее важное», как обычно указывают ее сторонники, «правомочие распоряжения». Искреннее сочувствие этому важнейшему из правомочий, впрочем, несколько умеряется сомнениями в его существовании.

С. Скороходов, рассматривая договор комиссии, выполняет совершенно обычное для сторонников триады логическое упражнение и приходит к выводу о наличии у комиссионера «права ограниченного распоряжения»³. Приходится, стало быть, снова признать деление правомочий (совершенно бессмысленное, повторю, для самой идеи триады). В этом случае непонятно, однако, как оценить сделку комитента по распоряжению товаром, переданным для реализации комиссионеру, — видимо, как самоуправное лишение его и без того «ограниченного» права. Еще менее понятно, в чем состоит это право, если комиссионер обязан совершать сделки, составляющие предмет комиссии. Ведь право состоит не только в возможности определенных действий, но и в возможности их не совершать.

¹ Ефимова Л. Безналичные деньги — законное средство платежа // Закон. 2000. № 3. С. 82–83.

² Вопрос рассматривался ранее в отдельной главе.

³ Скороходов С. Правовой режим вещей по договору комиссии // эж-Юрист. 2003. № 10. С. 2.

На самом деле, конечно, у комиссионера нет никакого «права распоряжения» (хотя такой бывший в прошлые годы вполне стандартным ход рассуждений применялся не только к комиссии, но и к хранению, поручению и т.д., когда эти договоры классифицировались сообразно комбинациям «правомочий», которым предписывалось движение как на регулируемом перекрестке в разные стороны в зависимости от вида договора) и вообще никаких прав на имущество, кроме законного владения, как оно понимается в ст. 305 ГК РФ. И собственник не отдает ничего из своего права, а лишь лично обязывается перед комиссионером. Продажа осуществляется комиссионером от своего имени — для этого никакого правомочия от собственника получать не нужно, — а вещное действие продажи происходит в силу прямого указания закона, как это всегда происходит при правомерном распоряжении чужим имуществом. У комиссионера ни в какой момент времени нет никакого субъективного права на имущество — неважно, ограниченного или нет¹.

Однако С. Скороходов, оставаясь в жестких рамках триады, приходит к отдающему схоластикой (как и все продукты триады) выводу о том, что «обязательственное правомочие» распоряжаться чужим имуществом «восполняет отсутствие у комиссионера права собственности»². Справедливости ради нужно сказать, что эта идея высказывалась Б.Б. Черепахиным, который не совсем успешно, как мне кажется, пытался справиться с трудностями, вытекающими из германской конструкции вещного договора. В любом случае эти трудности никак не преодолеваются посредством триады.

Остается также неясной судьба «права ограниченного распоряжения». Исчезло ли оно под воздействием «обязательственного правомочия» распоряжения или же, дополнившись им, сравнилось с правом собственности?

Вопросы могут множиться, ничего не добавляя ни к содержанию закона, ни к содержанию конкретного обязательства и на самом деле весьма непростого³.

Проблема триады — проблема прежде всего истории права, и А.А. Рубанов совершенно справедливо указывает на Средневековье как источник возникновения триады⁴.

Есть смысл несколько подробнее остановиться на этом. Вообще говоря, в римском праве мы найдем указания на отдельные полномочия, связанные с собственностью: *uti, frui, habere, possidere* и др.⁵ Постепенно вырабатывались и понятия, под которыми понималось в том или ином контексте право, соотносимое с собственностью, обозначаемое как *dominium, proprietas, plena in re potestas*. Кроме того, возник-

¹ Замечу, что ограниченным правом является только вещное право на чужую вещь. Все другие субъективные права на имущество не описываются ГК РФ как ограниченные.

² *Скороходов С.* Правовой режим вещей по договору комиссии. С. 2.

³ Кстати, последующее изложение автором своих взглядов на статус родовых вещей, ставших предметом комиссии, оказалось гораздо более понятным и последовательным. Для этого нужно было всего лишь вернуться на почву классического права, покинув провинциальную и маргинальную (что и есть обозначенные тропы) стезю триады.

⁴ Не случайно при принятии ГГУ, что единодушно воспринималось как решительное избавление от юридических пережитков Средневековья, было сформулировано категорическое заявление: «...собственность не является суммой отдельных полномочий» (цит. по: *Савельев В.А.* Германское гражданское уложение. М.: Изд-во ВЮЗИ, 1983. С. 42.)

⁵ Римское частное право. М., 1948. С. 190.

ла уже и конструкция «голового права собственности» (*nudum ius Quiritium*), которая может казаться логически близкой к идее строения права как набора правомочий¹.

В связи с этим долгое время бытовал взгляд, согласно которому римскому праву были известны определения собственности как *uti frui habere* (заимствовано из аграрного закона 111 г. до н.э.) или *ius utendi fruendi et abutendi*², т.е. составленные по принципу исчерпывающего перечня. Сейчас этот взгляд поставлен под сомнение³.

Действительно, римские юристы употребляли названные термины, а также другие: *mancipium*, *possessio usufructus*, *usufructus*, *dominium*, *proprietas* — в разных, часто не совпадающих и взаимоисключающих значениях для различных ситуаций. Под этими терминами понимались: владение; владение, соединенное с пользованием; собственность; неполная собственность; заведомо ограниченное право и др.⁴ При этом, например, владение (*possessio*) определялось как «некое пользование» (*quidam usus*)⁵, что при ортодоксальном понимании триады просто бессмысленно (какой смысл в перечне, если его элементы не разграничены даже друг с другом?).

Еще труднее будет совладать с другим выражением из Дигест: *habere possidere* (в отрыве от контекста получаем «обладать и владеть»), причем, если обсуждать фактическую и юридическую сторону владения, «*habere* ближе к констатации факта, чем *possidere*»⁶.

Показательно, что мнение Павла, согласно которому право пользования и извлечения плодов (*usufructus*) составляет часть собственности (*pars dominii*), было отвергнуто тогда же Ульпианом, считавшим недопустимым «всякие попытки частных перечислений состава собственности»⁷. С учетом этого мнения Ульпиана следует оценивать в изобилии встречающиеся в историко-юридической литературе сентенции типа: «Римские юристы разработали основные правомочия собственника. Они говорили, что собственнику принадлежит право пользования вещью, право получения плодов, право распоряжения вещью»⁸. Лишено каких-либо субъективных сомнений и такое уверенное суждение: «Основные элементы права

¹ Если при этом правомочия одно за другим будут переданы, то останется одно «голое право», как пустая оболочка. Однако знакомство с контекстом, в котором возникло *nudum ius*, заставляет отказаться от каких-либо ассоциаций с идеей триады или иного перечня. Речь идет о противопоставлении бонитарной и квинтской собственности, причем возникновение бонитарной, хотя формально и не аннулирует квинтскую, но фактически сводит ее к пустой, о чем и говорится в фрагменте (см.: Римское частное право. С. 199; см. также: *Смирин В.М.* Римская *familia* и представления римлян о собственности // Быт и античность в истории / Под ред. Г.С. Кнабе. М.: Наука, 1988. С. 26). Как известно, Юстиниан при кодификации просто упразднил квинтскую собственность по этим причинам (как излишнюю).

² См., напр.: *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002. С. 274.

³ *Смирин В.М.* Римская *familia* и представления римлян о собственности. С. 25.

⁴ Там же. С. 25–28. См. также: *Гарсиа Гаррида М.Х.* Римское частное право: Казусы, иски, институты / Пер. с исп.; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2005. С. 306 и сл.

⁵ *Смирин В.М.* Указ. соч. С. 30.

⁶ *Дождев Д.В.* Основание защиты владения в римском праве. М., 1996. С. 183. В оригинальном тексте имеется противопоставление держания и владения, чем в первую очередь и вызвано такое словоупотребление, но для нас здесь важно отсутствие даже намека на то строгое разграничение правомочий, которое неизбежно возникает при введении логики триады или любого иного линейного расщепления собственности.

⁷ Римское частное право. С. 192.

⁸ *Медведев С.Н.* Вестготское законодательство V–VI веков. Ставрополь, 1992. С. 84. А. Косарев также указывает, что «право собственности в Риме, как и в отечественном праве, включало все три правомочия собственника». Впрочем, автор высказывается не столь категорично: во-первых, речь идет только

собственности: владение, пользование и распоряжение, обоснованные еще в римском праве, остаются принципиальной основой современного законодательства»¹.

Однако детальное исследование источников приводит В.М. Смирину к хорошо им обоснованному выводу, что римляне не только не выработали единого понятия собственности, четкой юридической терминологии в сфере права собственности, но и не стремились к этому. При этом он приводит действительно великолепную сентенцию Яволена: «Всякая дефиниция в гражданском праве опасна, ибо мало такого, что не могло бы быть опровергнуто»².

Нельзя считать простым совпадением то, что и в упомянутой работе Гегеля в связи с теми же проблемами точно так же цитировался Яволен.

С заключением В.М. Смирину вполне согласуется и замечание В.А. Савельева, исследовавшего тот же предмет: «Римскому праву не присуще понимание права собственности посредством перечисления его основных правомочий»³.

Не случайно римляне, создавшие богов для всех существенных явлений их жизни — и духовных, и материальных, — не имели бога(богини) собственности, тогда как такое божество было известно куда менее усердным в религиозной систематике североамериканским индейцами хайда⁴.

Е.М. Штаерман указывает, что «как известно, римские юристы не дали однозначной дефиниции собственности и наиболее близкого к собственности права на вещь — владения, долгое время от собственности не отделявшегося». Следуя этой логике, Е.М. Штаерман далее сопоставляет и противопоставляет *dominium* и *possessio*, хотя и вынуждена отметить неясность и неопределенность «у современных исследователей» понятия *dominium*⁵.

Более глубокой проработке эти и иные юридические формы, соотносимые с собственностью, в римском праве в их развитии подверг Д.В. Дождев, который отмечает, что «конструкция *dominium ex iure Quiritium* является результатом индивидуализации семейного имущества, когда *potestas...* стала мыслиться как функция главы семьи, и сохраняет поэтому потестарные характеристики групповой формы принадлежности». *Dominium* — «власть — собственность», выражающая позицию в семье и гражданском коллективе, а не «право самоценного индивида».

В архаическую эпоху была выработана сравнительно нестрогая и ограниченная законом во времени форма принадлежности вещи в коммерческом обороте, основанная на взаимном признании сторон — *usus auctoritas*. «С оформлением института владения позиция одной из сторон (приобретателя) получила признание админи-

o *propietas*, во-вторых, нет утверждения, что лишь тремя правомочиями — *possessio, uti, abuti* — исчерпывается *propietas* (см.: *Косарев А.И.* Римское частное право. М., 1998. С. 115).

¹ *Алехина Л.П., Черевичко Т.В.* Некоторые аспекты правовых рисков в отношениях собственности // Правоведение. 1998. № 1. С. 152.

² *Смирин В.М.* Указ. соч. С. 30–31. Высказывание Яволена в связи с отсутствием у римских юристов обобщающего понятия собственности цитирует также Е. Липшиц (см.: *Липшиц Е.Э.* Юридические школы и развитие правоведческой науки // Культура Византии. IV — первая половина VII в. / Отв. ред. З.В. Удальцова. М.: Наука, 1984. С. 367).

³ *Савельев В.А.* Власть и собственность: юридические аспекты собственности в праве классического периода // Древнее право. 1996. № 1. С. 120–121.

⁴ *Мосс М.* Очерк о даре // *Мосс М.* Общество. Обмен. Личность. М., 1996. С. 157.

⁵ *Штаерман Е.М.* Римская собственность на землю // Древние цивилизации. Древний Рим. М., [1997]. С. 331, 348 и сл.

стративной власти и стала отличаться исключительностью на уровне факта». Более высокая степень индивидуализации привела к образованию абсолютной связи лица с вещью, дающей возможность распоряжения в обороте — *in bonis*. Отсюда возникает и бонитарная собственность, защищенная *actio Publiciana* и *actio Serviana* (для залогового кредитора), ориентированная на собственность римских граждан (поскольку только им доступна *usucapio*) и тем самым соотношенная с *dominium ex iure Quiritium*¹.

Что же касается известной формулировки *lex agraria* 111 г. до н.э., упоминающего *habere possidere frui*, как будто следующей триаде, то описываемое ею право, равно как и *uti frui habere possidere*, «не означая Квиритскую собственность, тождественно фактическому пользованию»². Но для нас еще важнее характеристика прав, данных этим законом, как прекарных, т.е. «с возможностью возврата, обыкновенно обремененных оброком»³. Если так, а авторитет М. Вебера достаточно велик, чтобы могли быть основания сомневаться в его суждении, то главный римский «документ» о триаде доказывает совсем обратное. Известно, что прекарист — наиболее бесправный владделец земли, предельно далеко отстоящий от собственника. Следовательно, выводить из закона, описывающего прекарное владение, идею правомочий собственника — значит понимать под собственником существо даже более бесправное, чем крепостной крестьянин. Но, может быть, в этом и обнаруживается весь смысл, весь пафос концепции триады?

Итак, можно сказать, что римское право не передало Средневековью ни понятия собственности как набора правомочий, ни тем более (как частный случай) идеи триады. Это — всецело продукт европейской средневековой юриспруденции. Говоря об истоках этого феномена, можно указать как социальные, так и формальные, культурные причины интерпретации собственности как перечня правомочий. Средневековые считают «эпохой всеобъемлющего формализма и ритуала», страдающей «страстью к классификации»⁴, причем «каждое свойство видится как нечто самостоятельное»⁵. Даже неполное и недостоверное знание обязательно разбивалось на детально разграниченные, иерархически выстроенные части, рубрики, разделы, определения.

«В период господства теологической мысли осознание социальных отношений могло означать только одно: изображение их в соответствии с априорно заданными мифологемами», при этом весьма популярна идея «тройственного расчленения»⁶. (Сам прием уходит глубоко в архаику, хорошо известно «обычное утроение, при помощи которого первобытный человек воспринимает единичность»⁷.)

В этом смысле обработка римского права и вообще существование юридической мысли не могли обойтись без градаций, классификаций, дефиниций и разделений.

¹ Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник. М., 1996. С. 397–399.

² Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. С. 206–207.

³ Вебер М. Аграрная история Древнего мира. М., 2001. С. 417.

⁴ Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. М.: Искусство, 1984. С. 185, 217. Хейзинга пишет о «закостенелости и бесплодном классифицировании», присущих «разделениям и подразделением понятий» (Хейзинга Й. Осень средневековья / Отв. ред. С.С. Аверинцев. М., 1988. С. 235).

⁵ Хейзинга Й. Указ. соч. С. 230.

⁶ Гуревич А.Я. Средневековый мир: культура безмолвствующего большинства. М.: Искусство, 1990. С. 27, 30.

⁷ Фрейденоберг О.М. Поэтика сюжета и жанра. С. 140.

При этом абсолютизировались высказывания по частным случаям классических юристов, им придавалось общее значение, а возникающие в результате этого противоречия, которые классиков, как было показано, нисколько не смущали, были устранены путем казуистики и прекрасно разработанной схоластики. Именно так и возникли пресловутые «владение¹, пользование, распоряжение» (триада) как содержание права собственности.

Другая причина идет не от схоластики, а имеет социальные корни. И римское, и варварское общество, поскольку речь шла о лицах (субъектах права), имело в виду равных и свободных, понятие свободы было однозначным (фактическое имущественное неравенство никак не сказывалось на содержании свободы гражданина). Эта свобода «заключается в полноправии и поэтому может быть обозначена как позитивная свобода», позитивная свобода является «однозначной»². Развитие феодализма, как известно, происходило путем дробления статусов свободы. «Средневековое общество — общество, знающее широкий диапазон градаций свободы и зависимости. Для него не характерно единое и ясно определенное понятие свободы. Эти понятия относительны, нет ни полной свободы, ни полной несвободы»³. Поскольку в праве собственности в наибольшей, концентрированной форме выражены свойства лица, то совершенно естественно и неизбежно вместе с аналогичными изменениями свободы происходило изменение от «позитивного», «однозначного» права собственности, одинакового для всех, к дробному, с множеством градаций и различий, к такому праву, которое «всегда относительно», когда «нет ни полной» собственности, ни полной несобственности. Это бесспорное влияние изменений свободы на содержание собственности технически осуществлялось как предоставление отдельных правомочий (так же, как на место однозначной и полной свободе пришли предоставляемые сеньором, сувереном многочисленные «свободы»); чем больше было этих правомочий, тем «полнее» получалась собственность.

А.П. Куницын писал: «Когда право владения, право на сущность и право пользования принадлежат одному лицу, то право собственности называется совершенным, когда же оно принадлежит разным лицам, то право собственности называется несовершенно»⁴.

По видимости с этой градацией перекликается и разделение Д.И. Мейером права собственности на «полное и неполное»⁵. Но Д.И. Мейер сразу корректирует это понятие законодательства, определяя «неполное» право скорее как вещное, а не как вид собственности. В том, что не только и даже не столько оперирование триадой правомочий, сколько употребление «совершенного» и «несовершенного» модуса

¹ Отмечается, например, что в средневековом праве «понятие владения» приобрело «самостоятельное значение» (см.: Дембо И.Л. «Саксонское зеркало» — выдающийся памятник истории германского феодального права // Саксонское зеркало: Памятник, комментарии, исследования / Отв. ред. В.М. Корецкий. М.: Наука, 1985. С. 161). Это обстоятельство, пожалуй, следует отметить, имея в виду современное состояние проблемы владения в нашем праве.

² См.: Неусыхин А.И. Эволюция общественного строя варваров от ранних форм общины к возникновению индивидуального хозяйства // История крестьянства в Европе. Эпоха феодализма. Том первый: Формирование феодально-зависимого крестьянства / Под ред. З.В. Удальцовой и др. М.: Наука, 1985. С. 148, 149.

³ Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. С. 206.

⁴ Куницын А.П. Право естественное // Русская философия собственности. СПб., 1993. С. 69.

⁵ Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 1. М., 1997. С. 76.

(а именно их имплицитно содержит и концепция триады, всегда сопровождаемая главными, к которым относится обычно распоряжение, и второстепенными правами) всецело принадлежит средневековой системе знания, невозможно усомниться даже при самом поверхностном знакомстве со схоластикой.

В действительности, конечно, сколько бы ни было дано правомочий собственнику, его право никогда не будет полным, поскольку всегда могут быть измышлены и обоснованы права и возможности, в «перечень» не вошедшие, а реализация собственником своей власти над вещью с тех же позиций всегда может быть квалифицирована как выходящая за рамки перечня и потому неправомерная. Поэтому само определение собственности посредством любого перечня — это знак ограничения права, прямое обнаружение потенциальной, а чаще актуальной ущербности этого права. Тогда именно крушением идеи собственности можно объяснить торжество концепции триады по правилу, великолепно сформулированному Лао Цзы: «Когда целое распалось — осколки требуют имен». Не случайно критика этой концепции стала заметно нарастать именно на почве возрождения собственности.

Собственно говоря, правомочия, входящие в триаду, указывают не на права, а на их осуществление. Понятно, что владение, равно как пользование или распоряжение, — это те или иные материальные действия, факты. Скажем, отчуждение, выступающее как обычный вид распоряжения, — это один факт (точнее, состав), а уничтожение вещи (тоже распоряжение) — другой. Материальная природа владения, т.е. физического господства, также не вызывает сомнений. Физическое идеальным быть не может. Ну а уж пользование, веками обвиняемое в угождении телесности и забвении идеального, и вовсе не может быть заподозрено в отсутствии материальности. Однако право вообще может быть описано ближайшим образом либо указанием на обязанное лицо, либо на определенную вещь. И только особенная мера попечения за управомоченным, принятая на себя верховной властью, и уверенность в его неспособности к собственному разумению может привести к тому, что одновременно с наделением его правом ему еще укажут, как это право осуществлять.

Но с этой позиции утрачивает смысл обычно приводимое решение разрушающей концепцию триады задачи про арест вещи. Ее сторонники часто повторяют: право не исчезло, исчезла возможность его осуществления. Но право — это и есть возможность определенного поведения. Если право само по себе исчерпано тремя возможными вариантами поведения и все эти возможности отобраны, то приходится признать, что и права больше нет.

А.В. Венедиктов приводит мнение Пухты, который возражал против перечисления правомочий собственника, поскольку о правомочиях можно говорить лишь постольку, «поскольку собственность подлечит... ограничениям, благодаря которым от нее отделяются известные правомочия». Здесь же приводится и высказывание Вольфа: только ограниченное вещное право «можно описать. Для собственности же нельзя исчерпать перечислениями полноту возможного господства»¹. Т. Оноре замечает, что «права держателя или арендатора могут быть перечислены, а собственника — нет»².

¹ Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. С. 270, 272.

² Honore T. Making Law Bind. Essays Legal and Philosophical. P. 176.

Характерно, что в рассуждениях русских юристов, обсуждавших проект Гражданского уложения, проблематика правомочий и их соотношения с полнотой права собственности выходила на первый план именно в контексте ограничений, имеющих наибольшее значение, как известно, применительно к земельной собственности. При этом, впрочем, подчеркивалось, что «ограничения права собственности не могут состоять в изъятии из его содержания тех или иных правомочий». Такой подход, конечно, был шагом вперед от прослеживавшегося в т. X Собрания законов Российской империи «неполного права собственности, когда некоторые правомочия из него исключались», органически связанного с пониманием собственности «как наиболее полного вещного права»¹.

Пожалуй, уместно привести и суждение С.Н. Братуся: «...право собственности нельзя отождествлять с суммой правомочий владения, пользования и даже распоряжения»².

С технической же точки зрения важно то, что исчерпывающего перечня быть не может в принципе³, а когда он все же указан, масса энергии будет тратиться на совершенно бессмысленную борьбу с перечнем, когда конкретные явления жизни по требованиям оборота нужно будет то «подводить», то «выводить» из триады или иного перечня⁴. Тем более нет никакого смысла искать в триаде или другой, более подробной описи правомочий, буде такая появится, сущности собственности.

Наибольшим пороком методологии, согласно которой сущность собственности предполагается скрытой в триаде правомочий, является, пожалуй, тот, что на

¹ Кудрявцева Т.Ю. Ограничения права собственности на землю в России // Правоведение. 1997. № 3. С. 58–59.

² Право собственности в СССР: Сб. статей / Под ред. Ю.К. Толстого, В.Ф. Яковлева. М., 1989. С. 58.

³ В.А. Кикоть излагает взгляды на собственность А.М. Оноре, который выделяет 11 правомочий в составе собственности: право владения (в том числе бестелесной вещью); право пользования; право управления, т.е. решения, как и кем вещь может быть использована; право на доход, т.е. на блага, идущие от предшествующего личного пользования вещью и от разрешения другим лицам пользоваться ею; право на отчуждение, потребление, промотание, изменение или уничтожение вещи; право на безопасность, т.е. иммунитет от экспроприации; право передавать вещь; бессрочность; запрещение вредного использования, т.е. обязанность предотвратить использование вещи вредным для других способом; ответственность в виде взыскания, т.е. возможность отобрания вещи в уплату долга; остаточный характер, т.е. существование правил, обеспечивающих восстановление нарушенного правомочия (а не права собственности в целом). Л. Беккер, в целом согласный с концепцией А.М. Оноре, приводит подсчеты, которые позволяют указать 1500 вариантов правомочий собственника (Кикоть В.А. Об основных тенденциях развития учения о праве собственности при государственно-монополистическом капитализме // Лазар Я. Собственность в буржуазной правовой теории. М., 1985. С. 20–21. См. также: Советское и иностранное гражданское право (проблемы взаимодействия и развития) / Отв. ред. В.П. Мозолин. М.: Наука, 1989. С. 218–219).

У. Маттеи видит смысл идеи собственности как «связки правомочий», широко представленных в англо-американском праве, в том, что в этом случае собственность предстает как связь прав и «различных видов юридической ответственности, иммунитетов, обязанностей и т.д.» (Маттеи У., Суханов Е. Основные положения права собственности. М., 1999. С. 176–177). Но при этом он полагает, что при анализе собственности «не имеет смысла какая бы то ни было попытка конкретно оговорить, что собственнику надлежит делать с принадлежащим ему имуществом» (Там же. С. 79).

⁴ С.Н. Медведев, обобщая высказывания итальянских цивилистов по поводу определения собственности, данного в ст. 832 ГК Италии 1942 г. и восходящего к ст. 544 ФГК, пишет: «Установить объем правомочий собственника чрезвычайно трудно и вряд ли возможно, да и нужно ли?» (см.: Медведев С.Н. Семейное, наследственное и вещное право Италии (на основе Гражданского кодекса 1942 г.). Ставрополь, 1993. С. 64).

почве «прав владения, пользования, распоряжения» возникает устойчивое впечатление о тождественности этих «прав», где бы они ни обнаруживались. В результате и в нашей теории права, и в практике весьма редко можно, например, встретить понимание того, что владение, осуществляемое собственником, совсем не то, что у арендатора или хранителя, что это — совсем разное отношение к вещи, совсем разные мотивация и поведение.

Характерным примером такого подхода, даже внешне следующего схоластике с ее совершенными фигурами в виде предлагаемых автором таблиц с идеальными фигурами ромбов и квадратов дефиниций и состояний, можно, как нам кажется, считать математическую методику В.П. Павлова, оснащенную автором красивыми схемами с изображением ромбов, квадратов и других совершенных фигур и основанную на убеждении, что собственник, передавший свое имущество на время, уже «не может оставаться при этом собственником, а становится лицом, наделенным правомочиями собственности»¹. Математический подход В. Павлова, намеренного покончить с тайнами собственности посредством правил геометрии, не может не напомнить практики «исследования магического квадрата или магических свойств чисел и геометрических фигур»². Можно лишь напомнить, что хотя магические технологии и поспособствовали возникновению химии (через алхимию), астрономии (через астрологию) и т.д., но в части достижения результатов в социальной сфере они так и не дали никакого эффекта.

Очевидно, что автор уверен в том, что правомочия собственника обладают свойством передаваемости в неизменном виде так, что при этом сам собственник их утрачивает. Автор нисколько не сомневается в том, что право собственности исчерпывается триадой правомочий, причем смысл правомочий видит в «ограничении мыслимых действий собственника». Очевидное тяготение к средневековой системе построения понятий лишь подкрепляется ссылкой на исламское право, рассматривающее собственника как лицо обязанное (по-видимому, имеется в виду вакуфное имущество). Научная ценность этих взглядов В.П. Павлова, впрочем, может вызвать сомнения не столько потому, что он оставляет без обсуждения (и даже не упоминает) ставшей уже классической работы А. Рубанова, в которой показаны конкретные исторические обстоятельства возникновения триады в нашем праве (при ее отсутствии, скажем, в ГГУ, к которому, стало быть, методы В. Павлова, основанные на «правилах комбинаторики», неприменимы), но еще в большей степени потому, что налицо и отклонения от действующего законодательства: например, собственник именуется В. Павловым «добросовестным владельцем»³; тогда как добросовестный (и недобросовестный) владелец — это владелец незаконный, а собственник никак не может быть незаконным владельцем. (Если иметь склонность к афоризмам, можно сказать, что собственнику совесть не нужна.)

Впрочем, такой подход, конечно, не преобладает. В. Шагова по тому же поводу и на том же примере с арендой замечает: «В юридической литературе достаточно

¹ Павлов В.П. Метод систематизации имущественных правоотношений в гражданском праве // Государство и право. 1999. № 1. С. 39.

² Мосс М. набросок общей теории магии // Мосс М. Социальные функции священного / Пер. с фр. СПб., 2000. С. 227.

³ Павлов В.П. Указ. соч. С. 38 и сл.

часто высказывается мнение о том, что при исполнении договора аренды у собственника остается лишь «голый» титул, а правомочия владения и пользования в полном объеме передаются арендатору. Это мнение представляется недостаточно обоснованным, поскольку собственник в силу закона сохраняет все свои полномочия: владения, пользования и распоряжения принадлежащим ему имуществом»¹.

К сожалению, В. Шагова остается все же связанной логикой триады и не стремится отойти от нее, придерживаясь в целом скорее количественной стороны дела. Она, например, отмечает, что собственник сохраняет владение, учитывая имущество в своем хозяйстве, а пользования — извлекая арендную плату². А если собственник не ведет учета и отдал имущество безвозмездно (например, в ссуду)? Дело именно в качественных различиях. Если собственник вполне свободен, беспечен, увлечен вещью самой по себе, связывает с ней свое будущее (или напротив — намерен бросить ее при первой возможности), то арендатор стремится извлечь из вещи максимум сиюминутной выгоды, отягощен ответственностью за ухудшение вещи сверх нормального износа, и все улучшения вещи не для него, а для другого; владение же хранителя и вовсе лишено всякого чувства общности и на первом плане у него постоянно ощущаемая чуждость отданной на хранение вещи, которая сама по себе не содержит для него никакого блага и служит лишь источником тревоги. Ф. Теннис называл владение в рамках контракта, обязывающего владельца передать вещь, «негативной собственностью», состоящей в «необходимости вернуть должное к определенному сроку», в отличие от «позитивной» собственности как абсолютной свободы распоряжаться своей вещью без ограничения сроком и в отношении каждого³. При относительной ценности терминов «негативная» и «позитивная» собственность, нужно отметить совершенно ясную разницу, хорошо понятную и неюристу (каким являлся известный социолог), между владением в силу договора с собственником (законным владением) и владением собственника.

Между тем с позиций «триады» здесь везде одно и то же «право владения».

Есть смысл привести рассуждения Ж. Бодрийяра, вполне, конечно, свободного от забот по поводу триады как в силу чуждости юриспруденции, так и в силу принадлежности к современному гуманитарному знанию, которое не видит ценности в каких бы то ни было тривиумах и квадриумах схоластики. Для современного обитателя дома «самое важное уже не владение и не пользование вещами... Обитатель современного дома не «потребляет» свои вещи... Он доминирует над ними, контролирует и упорядочивает их. Он обретает себя в манипулировании системой, поддерживая ее в тактическом равновесии»⁴. Очевидно, что такое отношение к обстановке возможно лишь со стороны собственника: арендатор не может доминировать и управлять обстановкой, он принимает ее как данность и подчинен ей. Насколько юридические возможности собственника важны для него в смыс-

¹ Материалы конференции «Право собственности и другие вещные права в юридической науке, законодательстве и практике России и зарубежных стран» // Государство и право. 1999. № 11. С. 84.

² Там же.

³ Теннис Ф. Общность и общество. Основные понятия чистой социологии / Пер. с нем. СПб., 2002. С. 75.

⁴ Бодрийяр Ж. Система вещей. М., 2001. С. 31.

ле создания и манипулирования обстановкой¹, настолько же эти возможности недостижимы для арендатора или тем более хранителя: налицо совсем разные права на вещи, тогда как триада упрямо будет везде видеть владение, в крайнем случае — держание (которое, кстати, триадой также не замечается, как и разные виды владения, хорошо известные европейскому праву²).

Вполне корректным является изложение В. Витрянским механизма заключения договора доверительного управления — договора, имеющего особенный соблазн для сторонников триады. Автор абсолютно точно указывает, что «правомочия доверительного управляющего по управлению имуществом не могут в принципе представлять собой правомочия, делегированные (переданные) самим собственником, по той причине, что права доверительного управляющего в отношении доверенного ему имущества не переходят к нему от собственника, а возникают из договора доверительного управления имуществом...

А что же собственник, учредивший доверительное управление имуществом? Он сохраняет не только право собственности (как таковое) на имущество, переданное в доверительное управление, но и, что представляется очевидным, все свои правомочия. Другое дело — собственник имущества, заключив договор и наделив тем самым доверительного управляющего правомочиями по управлению имуществом, принял на себя обязательство воздерживаться³ от любых действий, препятствующих доверительному управляющему в исполнении обязательств, вытекающих из договора»⁴.

Характерно, впрочем, что В. Витрянский не только вынужден подчеркивать то, что права собственника не передаются, но и потратить еще несколько страниц на

¹ Приведу замечание М.Г. Масевич, высказанное в одной из наших бесед: насколько можно считать персонализацией имущество современного собственника, если он так склонен к смене обстановки и так легко меняет одни вещи на другие еще до того как прежние полностью использованы (потреблены)? Это — один из модусов собственности, связанный с модой, с выражением себя через смену вещей. Такое проявление собственности так же социально обусловленное, как и сохранение родового имени, доступно только обладателю полного права, только его личность и отражена в этом манипулировании (здесь лежит источник, заставляющий арендатора извиняться за немодную обстановку арендуемой квартиры: подразумевается, что арендатор бы ее сменил, если бы был хозяином).

² Еще раз повторю: маргинальность и провинциальность теории триады рано или поздно приведут к обнаружению того комичного факта, что таким образом описывают только собственность в России, а в Европе собственность другая, не нуждающаяся в разделении.

³ Есть смысл подчеркнуть и эту сторону совершенно точных рассуждений автора. Ведь иногда обязательство собственника воздерживаться от определенных действий (ст. 307 ГК) понимают в том смысле, что собственник лишается права осуществлять эти действия и тем самым ограничен в своем праве. Наиболее простодушные исследователи комбинируют эти доводы еще и с обветшалым инвентарем триады, старательно высчитывая, каких их своих правомочий лишен обязавшийся собственник.

Очевидно, что в этом случае смешиваются не только право и обязанность, но и вещное право и обязательство. Любое действие (бездействие), совершаемое по воле управомоченного лица, — это проявление его права, а не ограничение. Об ограничении права можно говорить лишь тогда, когда воздействие на вещь (если речь идет о вещном праве) производится без всякого учета воли собственника. Если же собственник прямо позволяет такое воздействие, то здесь нет ограничения, а налицо связь личного, обязательственного типа: между вещью и управомоченным лицом находится воля собственника (должника), от которой, т.е. только лично от должника, и зависит реализация права кредитора. Кажется, что все это просто, а между тем в этих трех соснах все еще блуждают многие юристы.

⁴ *Витрянский В.В.* Обязательства по доверительному управлению имуществом: существо и характерные признаки // *Хозяйство и право.* 2001. № 10. С. 27.

убеждение читателя, что право собственности и не может передаваться; не в этом состоит механизм возникновения обязательства.

Эта настойчивость, проявленная В. Витрянским, как, впрочем, и другими ведущими цивилистами, лишней раз свидетельствует о колоссальной инерции, имеющейся у концепции триады, повсеместно проявляющей свое действие, чаще просто обесмысливающее любой основанный на ней довод, а иногда и прямо вредное.

Понятно, что истинное постижение права невозможно, пока не станет ясной нетождественность позиций владения (или пользования и т.д.) в разных юридических ситуациях, различающихся степенью близости к вещи, ведь если, как принято с позиций теории триады, считать, что собственник отдает при аренде «право владения», то у арендатора, конечно, возникает совсем не то право, какое было у собственника¹. С. Франк очень тонко заметил: «Именно потому, что вещи и вообще средства существования совсем не только механические средства, безразличные, заменимые части внешнего мира, с которым мы случайно и равнодушно соприкасаемся, а любимые индивидуальности и части или продолжения нашей собственной личности, — именно поэтому нормальное наше отношение к ним не пользование, а «обладание», «владение» — то отношение, при котором вещи поставлены в интимную, внутреннюю, неотъемлемую связь с нашей личностью и подчинены нашей свободной воле»².

Очевидно, то «владение», «обладание», о которых пишет философ, никак не доступны никому, кроме собственника, ведь они выражают отношение к вещи как к себе, к «части себя», по словам Аристотеля. Конечно, такое отношение возможно только к своему и не может быть передано в принципе.

Не может быть сомнений, что деятельность собственника в принадлежащем ему вещном окружении, какими бы понятиями она ни описывалась, пусть даже это будет владение или пользование, всегда будет качественно, принципиально иной, чем поведение в чужой вещной среде всех прочих лиц. Абсурдом является само предположение, что права, созданные собственником иным лицам, — это те же права, которыми обладал и сам собственник.

Однако весь смысл триады для ее все еще многочисленных сторонников состоит в том, что входящие в эту кассету элементы — «правомочия» — представляются качественно равными себе и не претерпевающими никаких изменений при передаче³; соответственно все богатство реальных правоотношений сводится к разным

¹ Е.А. Суханов обоснованно подчеркивает, что «правомочия иного законного владельца, даже одноименные с правомочиями собственника», существенно отличаются от правомочий собственника (Гражданское право / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд. Т. I. М.: Бек, 1998. С. 488–489). В.П. Мозолин отмечает, что «положение п. 2 (ст. 209 ГК. — К.С.) о том, что [собственник] может передавать другим лицам, оставаясь собственником, права владения, пользования и распоряжения имуществом, вызывает сомнение. В действительности речь идет о передаче имущества во владение, пользование и распоряжение других лиц, границы которых определяются собственником, но не самого права» (Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 1: Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. М., 1996. С. 337).

² Франк С.Л. Собственность и социализм // Русская философия собственности. СПб., 1993. С. 319.

³ Против представления о передаваемости правомочий, входящих в триаду, в неизменном тождественном виде можно привести и доводы технического плана: во-первых, собственнику, конечно, принадлежит вещное право, но с передачей вещи на условиях аренды или иного титула, охватывающего владение и пользование, у арендатора и др. лица возникают права не вещного, а личного (обяза-

вариантам незатейливой мозаики из трех одинаковых камешков, а гибкость и многозначность жизни подменяется неодоушевленными схемами. Но как только, следуя жизни и истине права, мы обнаруживаем нетождественность, пестроту разных владений и пользований у разных лиц в зависимости от степени присвоения ими вещи, то вся ценность триады, конечно, в тот же момент рассыпается сама собой, и остаются лишь связанные с нею затруднения и неудобства.

Практическим примером этому может, кажется, служить известная проблема права на размещение рекламы на стенах зданий. Имеются попытки применить к этим отношениям конструкции владения или «пользования внешней частью стены» и с их помощью либо применить, либо отказаться от применения аренды. Еще большие трудности возникают в дискуссиях о возможной кондикции вследствие несанкционированного размещения рекламы, если подходы к ней отыскиваются через анализ объема «пользования» собственника и тем самым выяснения того, что собственник «потерял».

Известны также споры о законности актов органов местного самоуправления о «порядке размещения рекламы на стенах зданий».

Между тем, если подходить к проблеме с позиций права собственности как наиболее полного права, а не набора правомочий, то мы можем видеть, что право собственника здания распространяется, конечно, и на внешние стены, причем он не обязан мотивировать полноту своего права собственной потребностью в рекламе. Полное право в том и состоит, что оно простирается до тех пор, пока не натолкнется на свои границы в виде закона (в том числе – установленного законом субъективного права другого лица), причем эти границы должны доказывать те, в чьих интересах они установлены. Собственник не обязан доказывать наличия того или иного правомочия ни с целью защиты права, ни для заключения договора с третьим лицом о своем имуществе. Любые договоры собственника с третьими лицами о размещении баннеров или иных изображений будут иметь юридическую силу¹ без всякой необходимости квалификации их в качестве арендных договоров.

Поскольку суть проблемы состоит в том, что собственник не совершает никаких действий, а напротив, противостоит совершению действий третьими лицами, иные правовые акты, кроме закона, не могут санкционировать вторжение в сферу права собственности на здание, включая его стены (п. 2 ст. 209 ГК).

Не обязан собственник допускать и претерпевать и действия по размещению рекламы третьими лицами, поскольку такие действия осуществляются без договора с собственником и без соответствующего закона. В то же время законом могут быть предписаны случаи размещения каких-либо объектов на стенах здания,

тельственного) типа, иначе пришлось бы прийти к невозможному выводу о цессии вешных прав. Передаваемыми без изменений посредством цессии являются лишь обязательственные права, а вещные следуют за вещью, подчиняясь действию традиции, и не могут быть переданы по частям, как не может по частям совершаться традиция. Во-вторых, права собственника ограничены лишь законом, а права временного владельца вещи – еще и договором. Как видим, права собственника и законного владельца отличаются как по типу (качеству), так и по объему (количеству). Говорить об их тождественности при таких обстоятельствах едва ли возможно.

Вообще говоря, субъективные права в принципе не могут быть переданы, об этом подробнее говорится в главе о механизме возникновения прав.

¹ Естественно, при соблюдении соответствующих норм публичного права.

причем собственник в любом случае сохраняет право на негаторный иск, исходя из конкретных фактических обстоятельств.

Если исходить из того, что единственным основанием размещения объектов на стене является договор с собственником, то возникает и почва для кондикционного иска в размере сбережения соответствующей суммы, определяемой, однако, не как объем утраченного собственником «пользования», а по правилам п. 3 ст. 424 ГК. В этом отношении цена вещи, исчисляемая как сумма ее полезных качеств (и тем самым неявно отсылающая к логике агрегата полномочий), может быть ниже (как правило, и будет ниже), чем сумма тех доходов, которые может получить собственник от различных договоров с третьими лицами по поводу той же вещи. Понятно, что для отношений из неосновательного обогащения (во многих случаях также и из деликта) более применим второй подход.

После долгих дискуссий было высказано мнение, что «может быть заключен договор пользования несущей стеной или крышей здания для размещения наружной рекламы», причем сторона такого договора владельцем здания ни в каком смысле не становится, а к договору применяются по аналогии нормы об аренде, в том числе — о регистрации права¹.

Заметно, что вывод дался не без труда, причем основные усилия, как кажется, были направлены на преодоление логики триады вместо того, чтобы просто отбросить ее.

Отсюда, видимо, выяснение того, чем именно пользуется сторона договора, и особенное подчеркивание того, что при этом не возникает владения. Едва ли могут быть сомнения, что в будущем (поскольку кроме возможностей размещения рекламы имущество будет обнаруживать много других качеств, способных заинтересовать участников оборота) отношения заинтересованных третьих лиц с собственниками зданий следует выстраивать на почве обычного договора, без всякой полной или частичной передачи «правомочий собственника» либо (что тоже продиктовано идеями «триады») частей здания «в пользование без владения». В этом смысле приведенное выше решение частной задачи может оказаться слабой подмогой, поскольку оно определенно избегает общих подходов и само по себе чревато собственными сложностями.

Взять хотя бы регистрацию договора о рекламе по аналогии с арендой. Во-первых, нет никакой уверенности, что правила о регистрации прав (сделок) могут применяться по аналогии. Скорее, наоборот. Во-вторых, смысл и ценность такой регистрации не вполне ясны. Ведь на здании можно разместить много плакатов и т.п. Значит, отметка о наличии договора или многих договоров о рекламе ничего не может сказать участникам оборота. Остается лишь право следования, но и его ценность не очевидна. Едва ли реклама нуждается в такой повышенной защите. Да и применительно к зданиям, в которых существует множественность собственников помещений (о них говорится в Постановлении Пленума ВАС РФ № 64), не приходится ожидать ситуации отчуждения здания только для того, чтобы избавиться от размещенной на здании рекламы.

В целом анализ этой задачи и ее решения, как представляется, опять свидетельствует о непродуктивности, в самом лучшем случае, конструкции триады не только для теории, но и для практики.

¹ Пункт 7 постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания».

Примером очевидной практической ошибки, вытекающей из концепции триады, является, скажем, дело, помещенное ФАС МО в обзор, где покупатель имел намерение на получение объекта в собственность, тогда как фактически получил срочное владение. Суд посчитал заблуждение истца несущественным, т.к. оно относится к «объему прав, передаваемых по сделке».¹ Между тем, никакого сопоставимого объема прав (понятно, что суд имеет в виду «владение без распоряжения») здесь нет: налицо разные по своей природе права, которые вообще количественно нельзя сравнивать.

Немало трудностей вызывают и споры о правах владения и/или пользования, внесенных в уставный капитал хозяйственных обществ, прежде всего по той же причине связанности логикой триады правомочий (эти вопросы будут рассмотрены отдельно в дальнейшем, в главе о владении).

В. Белов справедливо замечает, что «субъективное право вообще не терпит каких-либо изменений в правомочиях. Как только происходит хотя бы одно изменение, субъективное право обретает иное качество».² Это высказывание, из которого очевидно вытекает невозможность передачи отдельных правомочий, может быть, и не следовало приводить ввиду бесспорности как тезиса, так и его следствий, если бы автор, насколько можно судить, не относился терпимо к концепции триады³. При таком подходе трудно понять, в чем В. Белов видит ценность этой концепции. Может быть, дело в том, что цессия, которой посвящена цитируемая работа, допускает, как известно, передачу части обязательственного права, а автор с достаточными основаниями полагает, что передачи на самом деле нет: у получателя право возникает, а не передается. При доказывании этого тезиса В. Белов опирается и на аналогии из движения вещных прав, хотя и в этом случае нужды в триаде и вообще в идее дробления собственности на полномочия не возникает⁴.

По-видимому, все же нельзя закончить эту главу, если не обратиться вновь к наиболее известной из всей проблематики триады задаче о сохранении собственности при отпадении всех трех элементов: владения, пользования, распоряжения в результате ареста и изъятия вещи.

Во-первых, нужно отметить, что утрата собственником возможности владеть, пользоваться и распоряжаться вещью в этом случае не означает возникновения этих прав у иных лиц; вопрос может возникнуть лишь относительно распоряжения, но он легко устраняется: право продажи вещи с торгов вытекает, конечно, не из ареста, а из судебного решения (или иного акта с исполнительной силой).

Во-вторых, и теперь понятно почему, у органа власти, осуществляющего арест и изъятие вещи, имеются относительно этой вещи полномочия только административного характера, но никак не частные (гражданские) права.

Иными словами, утрата собственником указанных возможностей в полном составе триады не означает приобретения их иными лицами, а это в значительной мере лишает, как уже говорилось, ценности всю концепцию триады, которая, по стро-

¹ Критика этого постановления в части применения ст. 178 ГК дана А.Зезекало в ст.: Заблуждение в тождестве предмета и в природе сделки: теория и практика // Вестник ВАС РФ. 2007. № 9. С. 71–72.

² Белов В. Сингулярное правопреемство в обязательстве. М., 2000. С. 28.

³ Там же. С. 20.

⁴ Подробнее этот вопрос рассмотрен далее.

гой логике, должна сохранять где-то существование, пока сохраняется и право собственности.

Но мы должны все же решить давно поставленную задачу: что происходит с собственностью после ареста вещи. Различные ее решения обычно исходили из того, что собственность бралась в отрыве от собственника, сама по себе. Но если мы считаем собственность продолжением личности, рефлексом собственника в материальном мире, то обязаны следовать этой сути собственности и при решении всех частных задач. Есть смысл процитировать высказывание Ж. Карбонье, направленное на преодоление «удаления юридической доктрины от реальности»: существует «нечто вроде лицемерия, в силу которого все всегда сводится к вопросу: что же такое собственность? не осмеливаясь при этом задать другой вопрос: а кто же такой собственник? Будучи ослеплены блеском статьи 544 ГК Франции, мы сочли, что лишь атрибуты собственности достойны нашей философии...»¹. Характерно, что Н. Рулан обращается к этому высказыванию, имеющему в виду «ужасающую социальную реальность» приобретения собственности, для обоснования своего тезиса: «...нельзя изучать собственность в отрыве от статуса ее обладателей»². Хотя это трезвое суждение снижает пафос Ж. Карбонье, трудно к нему не присоединиться. Но тогда и наша задача с арестом имущества должна решаться не только на почве доктринального определения права собственности, как это делалось до сих пор, но и с привлечением уходящего в социальные и юридические глубины понятия статуса лица.

Для права арест вещи, т.е. административное вмешательство, осуществляемое на различных стадиях отправления правосудия, является официальной реакцией публичной власти на предосудительное поведение ответчика, а затем — должника.

В римском праве принудительное исполнение судебного решения (*bonorum venditio*), внешне выступающее как сделка продажи имущества должника в форме публичного аукциона «под копьем», выражала «факт гражданской смерти продавца»³.

Известно, что первоначально должника убивали кредиторы, а затем стали продавать в рабство; гражданская смерть, стало быть, лишь встала на место смерти физической и юридической (рабство).

Bonorum emptor, выигравший этот аукцион, «становился универсальным правопреемником должника». Это означает, что номинальным собственником считался не должник, а *bonorum emptor*, соответственно и иски кредиторов предъявлялись ему. Римское право «последовательно воплощало принцип, по которому *bonorum emptor* замещает в гражданском обороте лицо (*persona*) экспроприированного»⁴.

Известные архаичным системам права не связанные прямо с публичным вмешательством формы судебного поручительства, основанные в значительной мере на инерции коллективной ответственности, также несли в себе идею замещения, вытеснения личности должника, если в конечном счете отвечал поручитель, вплоть до утраты должником свободы.

¹ Цит. по: Рулан Н. Указ. соч. С. 120.

² Там же.

³ Дождев Д.В. Римское частное право. С. 218–219.

⁴ Там же. С. 219.

Можно указать и на нормы ст. 34 Новгородской Судной грамоты, ст. 203, 204, 206 Соборного уложения 1649 г. (обобщившего право предыдущего периода в этой части), согласно которым должник с помощью власти выдавался головой «до искупу»¹.

Во всех этих формах достаточно отчетливо видны архетипы права, согласно которым «оковы», «сеть», «узы» — это «метафоры смерти»². Возникающее из архаичной обязательственной связанности рабство также устойчиво связано со смертью: «Раб — смерть; поэтому в Риме каждый приговоренный к смерти зачислялся в рабы, и только одних рабов можно было предавать смерти. Но суть в том, что «рабом» первоначально и был умерший — тот, кого убивали в схватке с врагами; раб — это враг»³.

Наконец, и архаичный суд «вовсе не связан с правом», это — поединок, тяжба⁴, дающие либо жизнь, либо обрекающие на смерть, причем, что важно для нашей темы, уже «акт обвинения — тот же акт убийства»⁵. Интересно, что распространившийся в эпоху принципата обычай самоубийства по приказу принцепса или в ожидании осуждения как замены казни объясняют тем, что в этом случае лицо «через *statuere de se* гарантирует себе возвращение в общество, из которого бы его исключило исполнение наказания», причем тем самым достигалось и сохранение имущества, передача его наследникам. Казнь, в отличие от самоубийства, влекла *publicatio bonorum*⁶.

¹ Российское законодательство X–XX веков. В 9 т. Т. 1: Законодательство Древней Руси / Отв. ред. В.Л. Янин. М., 1984. С. 307; Соборное уложение 1649 г. / Ред. кол.: В.И. Буганов и др. Л., 1987. С. 54.

² Фрейдберг О.М. Поэтика сюжета и жанра. М., 1997. С. 85. Эти представления — традиционный материал для анализа древних законов. Они уже упоминались в связи с работой Л. Кофанова.

М. Элиаде в более широком контексте отмечает универсальность «образов нити, веревки, обязательства»: они одновременно означают и «общение с Создателем (Ткачом)» и «обусловленность, закованность». «В обоих случаях человек не свободен» (*Элиаде М.* Азиатская алхимия / Пер. с рум., англ., франц.; Отв. ред. Н.Л. Сухачев. М.: Янус-К, 1998. С. 450–452).

³ Фрейдберг О.М. Поэтика сюжета и жанра. С. 85. Конечно, нельзя не заметить, что мы с другой стороны коснулись проблемы, подробнее рассмотренной применительно к дуализму права; здесь крайность дуального противопоставления врагам выражена через оппозицию жизнь — смерть.

⁴ В известных этимологиях это слово связано только с понятиями силы (тяги, натягивания), но не имеет никаких значений, затрагивающих право, правду (см.: Фасмер М. Этимологический словарь русского языка. Т. IV. М., 1987. С. 139–140; Черных П.Я. Историко-этимологический словарь современного русского языка. Т. 2. М., 1994. С. 278).

Здесь, конечно, затронут гораздо более широкий вопрос генезиса правовых форм. Есть основания доверять выводам Хейзинги, поскольку речь идет о процессуальных формах, что судопроизводство первоначально выступало как состязание. Хотя пространство суда на время делает участников неприкосновенными, судебный спор — это «спор о победе и поражении». И над ним постоянно витает более древнее и устойчивое представление, что состязание, ритуальный турнир «влечет за собой смерть победителю... а о победе нравственной истины пока еще нет и речи» (*Хейзинга Й.* Homo Ludens: Статьи по истории культуры / Пер., сост. и вступ. ст. Д.В. Сильвестрова. М.: Прогресс-Традиция, 1997. С. 85–88, 68).

«...Спор, «прение» (препирательство) жизни и смерти [происходит] в форме перебрасывания камнями или словами (вопросами и ответами, «да» и «нет»...). Известно, что загадка без разгадывания приносит смерть, а разгадка — жизнь» (*Фрейдберг О.М.* Миф и литература древности. М., 1998. С. 77).

Возможно, именно это качество суда как поединка привлекало амбициозных европейских феодалов, которые, как отмечает Г. Берман, имели страсть к постоянному сутяжничеству (и передали ее своим потомкам), которое тогда было лишь одной из форм состязания, занимавшего центральное место в феодальной культуре.

⁵ Фрейдберг О.М. Поэтика сюжета и жанра. С. 89–91.

⁶ Федерико д'Инполито. Этика и государство в эпоху Юлиев — Клавдиев // Древнее право. 1999. № 2 (5). С. 23.

Эти архетипы, положенные в основу права, позволяют понять источник и основание устранения на известной стадии (при отказе от защиты (неявке в суд), побеге от судебного преследования и пр., и во всяком случае на этапе принудительного исполнения решения) личности ответчика вплоть до лишения его всех или основных качеств полноправного члена общества. Как указано применительно к более древнему и потому более ясному по смыслу ритуалу *consecratio capitis et bonorum*, «индивид утрачивает правовую значимость и становится *res*»¹.

Мосс обращает внимание на то, что эта формула, обозначающая принесение нарушителя в жертву, предполагала обязательное уничтожение, ведь жертва всегда должна быть уничтожена. Осуждение в форме *consecratio bonorum et capitis* означает «одновременно наказание и жертвоприношение»². Отсюда, по-видимому, идет столь сильный, что не исчез до сих пор, как, впрочем, и другие феномены, связанные с жертвоприношением (причащение, искупление, освящение и пр.), импульс обязательности гибели нарушителя. Юридическому прогрессу мы обязаны лишь замещением (но замещение означает сохранность идеи) буквальной гибели ее аналогами: рабством, умалением статуса и т.п. В то же время лично-имущественный эффект жертвы нарушителя подвергся меньшим изменениям.

Хотя современное право, конечно, отказалось от отображения статусных качеств лица вместе с отказом от различных статусов в целом, суть публичной реакции на нарушение права по-прежнему в значительной мере состоит в лишении нарушителя определенных базовых юридических возможностей, причем формы этой реакции, естественно, сохранили известное сходство со своими архетипами, хотя «несомненно, мягче»³.

¹ Челинцева М.Н. Рецензия на кн.: Fiori R. *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*. Napoli, 1996 // Древнее право. М., 1999. № 1 (4). С. 236.

² Мосс М. Социальные функции священного. С. 19. Затронутое здесь и упоминаемое и раньше влияние всего круга представлений, вытекающих из акта жертвоприношения, на складывание права (впрочем, никем серьезно и не оспариваемое) проявилось, как об этом много пишет М. Мосс, и в такой сфере, как судебный процесс: суть жертвоприношения составляет следующее: «самое важное из видимых действующих лиц, принимающих участие в церемонии – жертва», от жертвоприношения «требуется абсолютная непрерывность»; хотя жертва обязательно должна быть уничтожена, но не за ее вину, у жертвы просили прощения; вина за гибель жертвы возлагалась на палача, который нес грех убийства (в Афинах приговор выносился ножу, и он бросался в море); начало и конец акта жертвоприношения – выход и уход участников – носят торжественный характер, выстроены по зеркальному принципу (см. там же. С. 36, 43, 57).

Нетрудно заметить, что многие из этих представлений лежат в самой основе современного судебного процесса, хотя обоснованы вполне рационально. Что касается вины жертвы (обвиняемого, ответчика), находящейся в центре процесса, то и она происходит от заимствованного у религии понятия греха (для уголовного процесса важно христианское понимание греха – не только внешнее поведение, но и внутреннее, сознательное отношение к нему; хотя в гражданских делах по-прежнему важнее внешнее поведение, причем ответчик может быть наказан при полном сочувствии суда к нему); в то же время греховность, униженность палача все же предполагаются. И если цель судебного процесса, как принято считать, – установление истины, то цель жертвоприношения – «превращение вещи в чистый дух» (Мосс М. Очерк о природе и функции жертвоприношения // Мосс М. Социальные функции священного. С. 74). (Эти идеи впоследствии развивались Ж. Бодрийяром, Ж. Батаем и другими авторами.)

³ Новоселова Л.А. Публичные торги и исполнительное производство. О понятии публичного торго (публичных торгов) // Закон. 2005. № 1. С. 95. Л.А. Новоселова присоединяется к тем исследователям, которые квалифицируют позицию должника опираясь на исторический генезис несостоятельности. Хочу отметить, что проведение этого подхода в судебной практике, чему в значительной мере посвя-

Но ведь мы считаем собственность отражением личности собственника. Не может быть, чтобы лишение личности ее основных юридических качеств не сказалось на ее способности влияния, воплощения в принадлежащем ей вещном мире, на ее вещной власти, т.е. на праве собственности. Конечно, в этом случае само право утрачивает свое наполнение, сворачивается в ожидании возвращения его обладателю утраченных личных качеств.

Именно это и происходит в случае ареста. Арест, как и вообще административное вмешательство, направлен, конечно, не против вещи, а против лица, он парализует именно его юридически значимую волю — его главное правовое качество, обрекает его на пассивность в течение всего времени вмешательства и в целом игнорирует волю лица в отношении его имущества, по общему правилу не придавая ей никакого значения, хотя орган власти и не игнорирует интересы должника, только присваивая себе их соблюдение. У. Маттеи пишет по этому поводу о замене («суброгации») ответчика государством: «...если нарушение субъективного имущественного права установлено в судебном порядке, никто иной, как машина правосудия, принимает меры к устранению нарушения посредством официальной процедуры *ad hoc* замены отказывающегося от сотрудничества с судом ответчика»¹. (Это объяснение, хотя и ограничивающееся описанием внешней стороны явления, все же предпочтительнее, чем простое заявление о том, что «должник лишен правомерного процессуального интереса»², которое мы найдем в большинстве бытующих юридических текстов и которое оставляет без ответа вопрос: почему «интерес» должника считается «неправомерным»? А без понимания фундаментальной сути феномена нелегко решать и текущие проблемы, как это будет показано дальше.)

Следовательно, юридическая суть ареста имущества — игнорирование публичной властью, а значит и обществом основных юридических качеств должника и прежде всего возможности, пользуясь выражением Гегеля, «помещения своей воли в вещь», или возможности волеизъявления себя в своих вещах, что несколько ближе языку позитивного права. Лицо не может быть лишено воли — это не в силах власти. Но игнорировать, не замечать этой воли, лишить ее возможности реализации публичный правопорядок, конечно, может. Именно в эту точку и направляется административное вмешательство, подкрепляемое силой лишь постольку, поскольку должник пытается придать своей воле материальное воплощение собственными действиями³.

щены усилия Л.А. Новоселовой, позволяет удовлетворительно решить ряд запутанных вопросов реализации имущества с публичных торгов.

¹ Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. С. 257. Там же автор проводит различие между системой «суброгации» и системой судебного приказа, принятой в общем праве, полагая, что идея замены неисправного ответчика государством находится под влиянием государственного централизма. Между тем невыполнение судебного приказа прямо ведет ответчика в тюрьму за неуважение к суду и тем самым возрождает уже выясненную нами выше ситуацию умерщвления лица путем лишения свободы, «наложения оков».

Итак, и замена неисправного должника государством, и применение к нарушителю частного права уголовных санкций восходят к единой исходной ситуации утраты лицом социального существования, а эта утрата моделирует еще более древнюю утрату им всякого существования.

² Утка В. Арест имущества должника // *эж-Юрист*. 2000. № 13. С. 8.

³ Д. Новак, отыскивая основание кондикции, распространил этот вывод, сделанный мной только для неисправного должника, далеко за пределы ареста имущества, в частности на сферу признания

Итак, разрешая одну из ключевых в теории триады задач ареста вещи, мы приходим к выводу, что при аресте имущества собственник лишается не трех или иного числа возможностей воздействия на вещь. Происходит качественное изменение в его отношении к вещи, в каких бы количественных показателях эти отношения ни выражались¹. С момента ареста воля собственника в отношении вещи игнорируется обществом, лишается всякого эффекта. Поэтому прекращается и реализация собственника в вещи, а возможная реализация вещи на торгах — это уже не его реализация². До этого момента связь собственника с вещью не рвется лишь постольку, поскольку в ней еще воплощена его личность, его прежняя деятельность, которая никем иным не может быть заменена, пока вещь не отчуждена.

сделок недействительными, таким образом, что сама по себе недействительность, по его мнению, — это следствие игнорирования воли лица (см.: *Новак Д.* Кауза имущественного предоставления и ее значение в обязательствах из неосновательного обогащения // *Вестник ВАС РФ.* 2004. № 3. С. 172–173). Мне кажется, что такое расширение идеи лишено оснований. Речь идет о том, что к неисправному должнику применяется сила. Углубляясь в генезис этого феномена, мы можем видеть, что применение силы замещает более архаичную идею умерщвления (изгнания, лишения гражданства и свободы) лица так, что лишение лица воли — прямое следствие лишения его жизни или личного статуса (правоспособности). С логической точки зрения применение силы также подразумевает невозможность какого-либо учета воли того лица, которое является объектом насилия; само насилие и означает игнорирование воли, ведь никто не может желать применения к нему силы. Санкционированное насилие само собой означает санкционированное игнорирование воли лица постольку, поскольку воля затрагивает предмет насилия. Это, в сущности, тождество.

А вот признание сделки недействительной, даже если полагать недействительную сделку правонарушением, никак не означает применение силы к лицу (поскольку в этот момент не может еще быть исполнения, да и по своей природе признание сделки недействительной никак не требует какого-либо физического действия по отношению к стороне в сделке). Тем самым отпадает и основание игнорирования воли лица. Основание недействительности сделки все же совсем иное, чем арест имущества должника.

¹ Вопрос, стало быть, должен быть поставлен иначе: не что происходит с собственностью при аресте вещи, а что происходит с собственником, как уже было замечено при обсуждении известного высказывания Ж. Карбонье.

² Поэтому те концепции, которые рассматривают должника как продавца при продаже имущества с торгов, не могут избежать условностей и фикций. Беда в том, что эти фикции не признаны законом и потому юридическими фикциями не являются, а остаются лишь ненадежными средствами примирить нестрогую логику с неверными юридическими представлениями.

ГЛАВА 9 ОПРЕДЕЛЕНИЕ СОБСТВЕННОСТИ

«Теологическая любовь к дефинициям», по выражению Ф. Броделя, которой вовсе не чужды и юристы, отводит самое уважаемое место в исследовании определению понятия (дефиниции). Поискам этого определения нередко предшествуют подразумеваемые упреки или даже прямые сетования в адрес позитивного права, не озаботившегося достаточно исчерпывающими легальными дефинициями.

Г.Ф. Шершеневич по этому поводу замечал: «Наш законодатель определяет право собственности», хотя «такие определения бесполезны в законодательстве»¹. То же говорит и Т. Оноре: «Определения собственности, содержащиеся в кодексах, — обычно плохие проводники»². Трудно, однако, сказать, насколько полезны дефиниции и в науке; во всяком случае, как можно заметить, Г.Ф. Шершеневич ими не увлекался.

Э. Кассирер заметил, что «подлинное и по-настоящему продуктивное объяснение понятия» осуществляется не абстрагированием, не выделением признаков, а показывает становление, возникновение: оно «не только показывает «что есть это целое, но и почему оно есть. Подлинная генетическая дефиниция позволяет нам заглянуть в структуру сложного целого». Дефиниция должна быть не описательной, а каузальной»³. Выше я пытался показать суть собственности через ее генезис, становление, полагая, что это будет более полезным, чем конструирование дефиниции.

В этом генезисе, создающем структуру собственности, свернута ее социальность. Через противопоставление своих и чужих, между которыми лежит непреодолимая грань, через присвоение и отталкивание, пересечение этой границы с чужими устанавливается личность в богатстве ее качеств и функций, которые воплощены в связывающих ее с другими лицами вещах и невозможны без этих вещей.

Власть над своими вещами, которая в каждый момент обеспечена силой, сначала собственной, затем совместно организованной, осуществляемая постоянно и активно, создает социальность, ценность лица. Признание этой ценности и признание власти выражаются через исключительность воли лица, не допускающей никакой иной власти и никакой иной воли. Это развитие, завершенное в идее верховной власти над вещью, и составляет понятие собственности, которое невозможно описать через его признаки, но которое следует понимать через развитие, совпадающее в основных чертах со становлением человека.

Из известных нам легальных определений собственности формулировка из Свода законов Российской империи внешне наиболее близка к описанию историче-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Спарк, 1995. С. 16.

² Honore T. Making Law Bind. Essays Legal and Philosophical. Oxford: Clarendon Press, 1987. P. 163.

³ Кассирер Э. Философия Просвещения / Пер. с нем. М., 2004. С. 279. «Мы понимаем только то, чему даем возможность возникнуть. Понятие о нестановящемся бытии нам не дано... Там, где человек действительно стремится к познанию, он должен образовать само познаваемое (курсив автора. — К.С.)» (Там же. С. 280).

скому, к описанию частной истории вещи: «Кто, быв первым приобретателем имущества, по законному укреплению его в частную принадлежность, получил власть, в порядке, гражданскими законами установленном, исключительно и независимо от лица постороннего владеть, пользоваться и распоряжаться им вечно и потомственно, доколе не передаст этой власти другому, или кому власть эта от первого ее приобретателя дошла непосредственно или через последующие законные передачи и укрепления, тот имеет на это имущество право собственности».

Здесь описан частный генезис субъективного права собственности, а не понятия собственности вообще, которое эта дефиниция мудро уклонилась определять, сославшись лишь на порядок, законами установленный, и тем самым сделав еще одну историческую отсылку, снова частную — к установлению (которое лишь по названию напоминает о становлении) права. Мы получаем две частные истории: сначала историю установления права, предполагающую последовательность некоторых конкретных фактов, подлежащих в случае спора доказыванию, а затем — историю установленного права, предполагающего его невозмутимое и ненарушаемое существование. Хотя сама длительность такого невозмущаемого бытия и не имеет решающего значения, как это было присуще *usus auctoritas*, сама логика упрощения права временем и последующими передачами¹, пожалуй, не чужда этой дефиниции. Но если отбросить эту отсылку ко времени и к частному становлению, то мы не получим никакого иного понимания, кроме того, что собственность есть власть, что является, пожалуй, провозглашением тождества и наперед очерчивает возможности легальной дефиниции.

Наряду с легальными постоянно предпринимаются попытки и иных, «научных» определений, которые, насколько известно, не пытаются охватить генезис, стать дефинициями «каузальными» (да это едва ли и возможно).

В попытках определить собственность через «состояние присвоенности», неявно включающее лицо (через морфему «сво»), можно почувствовать трудное пробивание к идее персонификации этого понятия, которое было бы, вероятно, облегчено, если бы эта постановка была осознанна, хотя бы путем ссылки на архаичный синкретизм, как это делалось, например, романистами.

Взгляды Гегеля на собственность и договор позволяют говорить об их связи, взаимопереходе, в известном смысле, следовательно, — о тождестве (впрочем, начинается Гегель все же с собственности), однако требования построения системы права заставляют назвать первым право, каким и является собственность, хотя бы с точки зрения порядка перечисления.

Но главенство собственности состоит не в том, что право первое или даже первенствующее, а в том, что именно собственность, как это показано выше, является наиболее полным воплощением личности в вещи.

Качества главного, основного в системе права предопределяют подходы к его пониманию. Неизбежно при этом обнаружение некоторой простоты определений

¹ Применительно к ритуалу традиции и ритуалу передачи вообще мы можем говорить о противостоянии ритуала юридической энтропии, размывающей определенность права, об эффекте подтверждения и укрепления (не в смысле совершения крепости, как она понималась русским правом, а в более широком, хотя связь понятий совершенно закономерна). Подробнее эта тема развивается в главе о передаче права собственности.

собственности, даже бедности. Нужно отметить, что такая простота совершенно неизбежна, поскольку речь идет о главной, центральной категории права, от которой так или иначе производятся другие правовые отношения. Если, следуя Аристотелю, принять собственность за некоторую сущность, то «сущность по природе первичнее отношения, последнее походит на отросток, на вторичное свойство сущего».

Отделить все эти иные отношения — это значит определить их, ограничить. Всякое определение — это ограничение. (Определить — это значит положить предел, границу, т.е. ограничить, точно так же латинский синоним — дефиниция (*definitio*) буквально переводится как ограничение, установление границ.) О собственности поэтому можно сказать лишь то, что это наиболее полное, неограниченное право, право вообще, тогда все другие вещные права образуются ограничением права собственности¹. Но если ограничение достигается определениями, то наиболее неограниченное право наименее определено. Его сила именно в отсутствии определений, в возможностях, в способности в качестве правового первоначала развернуться в любом направлении и наполниться любым содержанием².

То, что самое сильное право имеет самые малые определения, не должно, следовательно, нас пугать. Напротив, когда собственность определяют чересчур многократно, то это скорее всего означает попытки ее ограничения.

Знаменитая дефиниция французского Гражданского кодекса уже упоминалась: «Собственность есть право пользоваться и распоряжаться вещами наиболее абсолютным образом с тем, чтобы пользование не являлось таким, которое запрещено законами или регламентами» (ст. 544 ФГК). Если согласиться с А.А. Рубановым в том, что указание на пользование и распоряжение отражало лишь политическую конъюнктуру, а не суть собственности, то остается только определение собственности как наиболее абсолютного права на вещь.

Германское гражданское уложение гласит: «Собственник вещи может, насколько тому не препятствует закон или права третьих лиц, обращаться с вещью по своему усмотрению и исключать других от всякого воздействия на нее» (§ 903 ГГУ)³.

¹ С технической (но не с исторической) точки зрения буквально так образуются лишь вещные права (права на чужие вещи). А обязательственные права в силу дуализма гражданского права, о котором уже говорилось, могут рассматриваться как производные от собственности только опосредованно.

В то же время «в странах англосаксонской системы права традиционно преобладает другая точка зрения, согласно которой и вещные, и обязательственные права рассматриваются как разновидности права собственности или как различные права собственности, даже если это принадлежащие разным лицам частичные права на один объект. В последние годы эта точка зрения получает широкое распространение и в странах континентальной системы права (в ФРГ, Франции, Италии и др.)» (*Лазар Я. Собственность в буржуазной правовой теории. М., 1985. С. 37*).

² По этой логике некоторые исследователи, видимо, не удовлетворившись малым числом вещных исков, причисляют к формам защиты собственности также и деликтные требования либо даже распространяют защиту собственности на прочие обязательно-правовые иски. Известно, что и требования из недействительной сделки некоторыми авторами квалифицируются как форма защиты собственности.

³ Известны дебаты в рейхстаге по поводу собственности при принятии ГГУ. Если представитель католического центра протестовал против «ложного, не германского» понимания собственности, утверждая, что «мы не знаем в германском праве подобного абсолютного понятия собственности: оно привнесено из римского права... Юридическое понятие собственности следует формулировать уже Тот, кому дана собственность, не может распоряжаться ею по своему произволу или усмотрению», то авторы проекта — известные юристы заявляли: «Это не римское изобретение, но то понятие собственности, которое лежит в основе всякого права... никакое другое понятие собственности вообще невозможно».

Японская доктрина определяет право собственности как полное господство над вещью¹.

Оноре, начиная анализ права собственности, который завершился концепцией «пучка прав» (лишь внешне сходной с понятием триады), говорил о «лице, обладающем наибольшим правом на вещь, признанным в любой развитой правовой системе»².

Везде в развитом праве мы найдем весьма простые легальные понятия собственности³. Но это, повторяюсь, никак не означает неразвитости, слабости самого права собственности. Видимо, в понятие собственности следует включить и ряд ее свойств⁴.

Исключительность означает, что никакое иное лицо не может иметь на ту же вещь того же права — права собственности. Собственник всегда отстраняет всех других от собственности на данную вещь⁵.

Исключительность характеризует самую суть собственности. Легче всего понять это фундаментальное качество, если вспомнить, что право собственности, как мы уже говорили, раскрывается через договор, в котором стороны взаимно признают друг друга собственниками, причем это признание наперед в нем содержится. Лицо должно сначала признать другое лицо собственником, чтобы затем присвоить путем обмена его вещь. Если потом окажется, что это другое лицо было не вполне собственником, т.е. имелись и другие собственники на ту же вещь (что означает отсутствие исключительности)⁶, то, значит, и у приобретателя не возникло полного

«Свобода собственности необходима для всех нас... Вся наша общественная и нравственная свобода, которой мы обладаем как индивиды, самое драгоценное благо, которое мы все имеем, становится для нас единственно возможным благодаря праву свободной частной собственности» (цит. по: *Савельев В.А.* Германское гражданское уложение. М.: Изд-во ВЮЗИ, 1983. С. 42–43).

¹ *Вагацума Саказ, Ариидзуми Тору.* Гражданское право Японии. В 2 кн. Кн. 1. М.: Прогресс, 1983. С. 163.

² *Пеннер Дж.И.* Указ. соч. С. 122.

³ Если коснуться наших традиций, то есть смысл напомнить, что Д.И. Мейер определял право собственности как «полнейшее, сравнительно с другими правами, господство лица над вещью» (*Мейер Д.И.* Русское гражданское право. Ч. 2. С. 5). И.Н. Трепицын говорил, что «это право всегда и везде совершенно одинаково является высшей властью распоряжения и господства над вещами» (*Трепицын И.Н.* Приобретение движимостей в собственность от лиц, не имеющих права на их отчуждение. Варшава, 1907. С. 502). В этом суждении подчеркивается, кроме прочего, неуместность национальных особенностей при определении собственности.

Интересно, что сформулированное полтора века спустя как универсальное — автор не ограничивает себя какой-либо национальной системой права — понимание собственности звучит почти точно так же: «Будет только правильно, если мы возьмем как определяющую черту собственника ту, что это — лицо, имеющее наилучшее возможное притязание на вещь» (*Honore T. Making Law Bind. Essays Legal and Philosophical.* P. 187).

А.В. Венедиктов определял право собственности как право «использовать вещь своей властью и в своем интересе». У него же мы найдем и определение собственности как «права всеобъемлющего, высшего, наиболее полного, абсолютного, неограниченного, исключительного господства над вещью», в котором эмпирическое перечисление свойств перерастает уже в обобщение.

⁴ Эти свойства характеризуют также и другие вещные права, поскольку это не входит в противоречие с их смыслом.

⁵ А.В. Венедиктов приводит мнение Шлоссмана, считавшего, что исключительность проявляется как неограниченность определенной целью (см.: *Венедиктов А.В.* Государственная социалистическая собственность. Л., 1948. С. 299).

⁶ Здесь, конечно, не имеется в виду ситуация общей собственности, когда применительно к обмену предполагается общее (солидарное) волеизъявление.

права на вещь, оно не окончательно, неполноценно. Тогда, очевидно, исключается следующий акт товарного обмена. Но при таких условиях невозможен нормальный оборот. Поэтому в интересах оборота – установление безусловной исключительности, избавляющей стороны от сомнений по поводу полноты и окончательности возникающих у них прав на вещи.

Имея в виду исключительность, следует ожидать, что известная неопределенность понятия собственности в римском праве должна была привести к соответствующим последствиям и в праве договорном.

Действительно, применительно к основному договору – купле-продаже было «достаточным, чтобы вещь перешла в состав имущества покупателя. Нет необходимости устанавливать какое-либо право на купленную вещь, необходимо только предоставление пользования правом». Оспаривая уместность в современном законодательстве этого положения римского права, отстаиваемого Виндшейдом, Г.Ф. Шершеневич критикует его именно с позиций интересов оборота, подчеркивая, что «обмен допустим при условии, что каждая сторона предоставляет другой возможность полного распоряжения вещами»¹.

Происхождение исключительности из оборота позволяет понять, почему кризисы исключительности (расщепленная собственность, право оперативного управления в административно-распределительной системе и др.) всегда связаны с ограничениями товарности.

Абсолютный характер права собственности означает, что это право защищается в отношении всех иных лиц, которые должны воздерживаться от любых нарушений этого права². Как мы уже говорили, это качество защиты производно от древней самозащиты владения и в данной формулировке в большей степени относится именно к владению.

Если говорить о собственности (в отличие от владения), то скорее следует понимать под абсолютностью признание всеми иными лицами данного лица в качестве собственника. В этом понимании собственность очень близко соприкасается с некоторыми неимущественными правами, наибольшая ценность которых состоит именно во всеобщем их признании (авторство и т.п.). На этой почве возникла концепция так называемой интеллектуальной собственности.

Здесь часто различают негативный и позитивный аспект. Негативный означает устранение всех прочих лиц от вещи и соответственно защиту от всех этих лиц, а позитивный – возможность реализации прав на вещь без участия всех иных лиц.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 318.

Действующий ГК РФ вполне согласен с этими взглядами Г.Ф. Шершеневича. Тем не менее окончательно истребить следы первородной относительности в передаваемом по купле-продаже праве на вещь все же, на мой взгляд, не удалось.

² Возможность защиты вещного права от любого третьего лица означает и обратное: способность быть нарушенным всяким третьим лицом, отмечает В.К. Райхер. (Райхер В.К. Абсолютные и относительные права (К проблеме деления хозяйственных прав) // Известия экономич. ф-та Ленингр. политех. ин-та. Вып. 1 (XXV). Л., 1928. С. 275). На самом деле здесь выявляется не столько свойство вещного права, сколько тесная связь вещного права с владением. Объектом нарушения является владение как материальное явление. Именно материальные проявления прав и обнаруживают уязвимость, доступность вмешательству со стороны третьих лиц. Например, пока заключен договор перевозки, он еще выражается только в идеальных правах/обязанностях и не может быть нарушен третьими лицами; но когда уже начата погрузка, третьи лица могут вмешаться в этот процесс, так возникает нарушение права третьими лицами (этот аспект будет подробнее рассматриваться в главе о владении).

Очевидна связь исключительности с абсолютностью, так что их можно рассматривать как две стороны одного качества.

В качестве проявлений этих качеств для вещных прав вообще называют права следования и преимущества. Право следования означает, что вещное право следует за вещью при всех ее переходах от одного лица к другому. Право преимущества состоит в том, что при коллизии вещных и обязательственных прав преимущество отдается вещным правам (поэтому в первую очередь право собственности может называться сильным правом). Право преимущества наглядно обнаруживается, например, в ситуации банкротства.

Полнота господства собственника над вещью означает возможность совершать с вещью любые действия. Полнота (*plena in re potestas*, полное право на вещь) в наибольшей степени отражает свободу собственности, как и свободу собственника. Классическое право собственности простирается вплоть до *ius abutendi*, до права уничтожения вещи собственником. Как Гегель для характеристики свободы воли постоянно ссылается на свободу самоубийства как доказательство свободы существования, так и возможность уничтожения вещи служит доказательством (конечно, при этом никто не говорит о хозяйственной практике) свободы, полноты собственности.

Вводимые из соображений публичного интереса ограничения собственности не означают уменьшения полного господства, охватывающего вещь целиком¹.

Полнота собственности означает, что ее содержание, в отличие от других вещных прав, не может быть исчерпанным перечислением возможных правомочий или их «сгустков», о чем уже говорилось применительно к проблеме триады. Полнота собственности также вводит презумпцию всех правомочий в лице собственника².

Эластичность собственности (*ius recedentiae*) означает восстановление права собственности в полном объеме после отпадения любых ограничений собственности (залога, ареста и др.)³.

Здесь проявляется верховенство собственности перед любым другим правом, неспособность какого бы то ни было права поглотить право собственности окончательно и навсегда.

Можно также указать на бессрочность собственности, отличающую это право от других. Бессрочность, конечно, никак не связана с вещами, а отражает именно качества лица. Внешним признаком свободы лица является отсутствие преград и во времени, и в пространстве. Лицо признается свободным, суверенным повсеместно и всегда. Поэтому и воплощенная в вещи свобода лица, т.е. собственность, действует без границ во времени и в пространстве⁴.

¹ Сальковский К. Основы системы и истории римского гражданского права. Киев, 1910. С. 210. Аналогичен смысл и замечания А.В. Венедиктова по поводу пользования (*usufructus*): «...ограничение в праве распоряжения имуществом вообще не является формальным препятствием к признанию за управомоченным права собственности» (Венедиктов А.В. Правовая природа государственных предприятий. Л., 1928. С. 99).

² Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. С. 273.

³ Д.М. Генкин замечал по этому поводу, что эластичность присуща всякому праву (Генкин Д.М. Право собственности в СССР. С. 49–50). Правда, большого распространения этот взгляд не получил.

⁴ Отказ в защите права по причинам процессуального или политического характера не означает пресечения самого права собственности, а различного рода конфискации, национализации, иные

С прекращением лица, с его смертью прекращается и право собственности. В то время, когда, как мы верим, определяется будущее души человека, его имущество пребывает в смутном состоянии наследственной массы, которую с полным основанием можно сравнить с аристотелевской косной и бесформенной неодушевленной материей. Возникновение права собственности у правопреемников здесь происходит сначала, с вложением в имущество воли новых собственников, выраженной в акте вступления в наследство.

Ограничением бессрочности нельзя считать ни истечение исковой давности, ни завладение по давности, поскольку эти сроки текут после оставления вещи собственником, а сам срок права собственности никак не может быть ограничен.

Весьма характерным для всех вещных прав качеством является то, что в отличие от обязательственных, вещными правами признаются только те, которые прямо признаны законом (замкнутый круг вещных прав, *numerus clausus*). Это обстоятельство можно понять.

Вообще говоря, причиной разомкнутости круга обязательств, как и причиной возможности появления не указанных в законе сделок является не просто свобода воли, а именно свобода самообязывания собственной волей. Иными словами, если сторона в договоре готова ограничить, обязать себя определенным образом, то такое ограничение имеет силу, поскольку не затрагивает публичный порядок. Напротив, любое обременение других лиц, если они не изъявили на то воли, будет заведомо ничтожным¹.

Вещные права имеют абсолютное действие, т.е. известным образом ограничивают всех прочих лиц. Поэтому они не могут быть установлены по соглашению двух, трех или иного определенного числа сторон. Лишь все общество в целом, выступая как законодатель, может создавать ограничения для себя. Следовательно, вещное право как особый вид прав может с формальной точки зрения устанавливаться лишь законом.

Нельзя не отметить и своеобразный способ развития вещных прав. При том, что они не демонстрируют заметной динамики и характеризуются несомненным консерватизмом, что можно в целом объяснить их архаикой, вовлечение новых отношений в сферу вещных прав происходит посредством изменения самого понятия вещи. Нужно сказать, что этот способ достаточно архаичен и известен из римского права.

Именно этим можно объяснить то, что для определения вещи как предмета собственности обычно избегают слишком определенных выражений.

Наше понимание собственности позволяет считать вещь, следуя римскому определению, все, что не является лицом (собственником), или все, что способно к обороту (что при достаточном развитии оборота — одно и то же).

Но даже такое предельно широкое понимание вещи кладет пределы возможной экспансии вещных прав.

массовые «экспроприации» являются произволом, лежат за пределами права и поэтому также не могут быть способами прекращения права собственности, как неправовые, даже если они будут узаконены. В правовом смысле такого рода изъятия можно приравнять к хищению (*furtum*), а это означает неисправимую порочность основания приобретения и отсутствие полноценного права собственности у новых обладателей.

¹ Этот важнейший принцип создает весь механизм правопреемства, о чем пойдет речь дальше.

Например, результаты творчества не могут быть вполне отделены от личности творца, с одной стороны, а с другой — не могут быть (отчасти и поэтому) и окончательно отчуждены, т.е. не способны к обороту в его обычном виде. Отсюда возникает проблема «интеллектуальной собственности», не имеющая удовлетворительного решения в рамках вещных прав¹.

Хотя свое содержание собственность приобретает за пределами права, из свойств лица и потребностей оборота, по соображениям правопорядка она так или иначе ограничивается.

Иногда возможность ограничений собственности прямо упоминается в легальных дефинициях собственности. Такое указание необходимо, так как собственность является по существу правом неограниченным, полным. Вопрос о возможности ограничения собственности был весьма острым для тех систем права, которые некогда, в борьбе с феодальным укладом, строились на фундаменте неограниченной собственности. Затем эта конструкция неограниченного права собственности начинала размываться в пользу социальных обременений собственника. В отечественном праве ограничения собственности не ставились под сомнение; скорее практика произвольного и тотального вмешательства государства в частные отношения, нередко вполне феодальная по своим формам, напоминающая набеги опричников, и соответствующая идеология дарования собственности свыше все еще оставляют актуальной идею неограниченности и неприкосновенности права собственности.

Всякие ограничения права собственности неизбежно порождают весьма острые коллизии. Не может быть ограничений без нежелательных последствий в принципе, ибо ограничение собственности — это ограничение свободы, автономии, самостоятельности лица, которые сами по себе — единственный источник благосостояния человека. Поэтому проблема ограничения собственности — это проблема выбора менее худшего, выбора из двух зол. Обоснованием ограничения не может быть простое указание на противоречие права собственности иному праву или интересу. Такое противоречие можно обнаружить всегда. Обычно собственность как частное право ограничивают именно из публичных интересов. Публичный интерес при этом не лучше, не «прогрессивнее» частного, как это было принято утверждать, а обычно более важен чисто количественно, как сумма частных интересов.

В принципе возможны несколько способов ограничения права собственности.

Техническое ограничение — это прямое изъятие из права собственности конкретных возможностей, ущемление полноты права собственности (мы уже отметили, что при этом другие свойства собственности — абсолютность, исключительность, бессрочность и др. — не затрагиваются). Раньше, например, право собственности на жилой дом ограничивалось сразу по ряду параметров: ограничивались количество домов в собственности лица, их размер, право на отчуждение. Что касается других объектов недвижимости, то они вообще не могли стать предметами собственности в силу таких же прямых запретов.

¹ См.: *Суханов Е.А.* Лекции о праве собственности. М., 1991. С. 28–29. Эннекцерус считает, что права на нематериальные блага — произведения творчества не являются вещами (см.: *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 1. С. 268). Практически все другие «пограничные» проблемы собственности также связаны с интерпретацией объектов прав как вещей.

Общегосударственные, режимные ограничения предполагают ограничения прав лица, его свободы. Например, запрет на судебную (исковую) защиту многих прав, ограничения свободы передвижения и т.д. Несвободное лицо не может иметь полноценного права собственности.

Экономические ограничения приводят к свертыванию товарного обмена, переходу к различным формам прямого принуждения в сфере производства. Это всегда влечет размывание, ослабление собственности, ее редукцию, возрождение примитивных форм (например, захвата, массовых хищений, с одной стороны, и «наделения», распределения как главного способа приобретения вещей — с другой), т.е. по существу — утрату собственности.

В нашем недавнем прошлом все три способа ограничения собственности имели самое широкое распространение.

Сегодня проблема состоит в овладении исключительно техническими способами ограничения собственности. Основные сферы здесь — земельная собственность, производство, жилищная сфера, т.е. по существу все важнейшие отношения.

Выше упоминалась сентенция Яволена: «Всякая дефиниция в гражданском праве опасна, ибо мало такого, что не могло бы быть опровергнуто».

Германские юристы единодушно подчеркивают, что выработка определений — дело, опасное для законодателя. Ведь «определения часто бывают неверными вследствие трудности найти подходящее выражение»¹.

Английские юристы выражаются еще сильнее: «История права — это не логика, а опыт»², и подчеркивают стремление «избегать обобщений»³.

В конце концов такое лапидарное определение, как отношение к вещи как к своей, при всей кажущейся ненаучности оказывается довольно глубоким, если учесть, что «своей» можно считать вещь, если понимать ее как пространственное расширение личности, ее потенциала. Именно это качество принципиально отсутствует у обладателей всех других прав на вещь: они ни в каком случае не относятся к чужой вещи как к атрибуту, продолжению собственной личности. Именно здесь главным образом и заключена причина того удручающего сторонников «триады» обстоятельства, что внешним образом владение и пользование собственника и несобственника ничем не отличаются, а внутренних отличий у этих правомочий быть не может в силу их сугубо внешней, материальной сути. Остается тогда только апеллировать к «решающему» значению распоряжения, сводя тем самым все богатство собственности лишь к меновой, торговой функции.

¹ Савельев В.А. Германское гражданское уложение. М., 1983. С. 20.

² Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М.: Прогресс, 1982. С. 331.

³ Дженкс Э. Свод английского гражданского права. Общая часть. Обязательственное право. М.: Юриздат, 1940. С. 6. Это характерное качество английской юриспруденции «избегать обобщений» следует, видимо, отнести на счет общего установления, вытекающего из протестантского сознания и состоящего в том, что «посредством эмпирического исследования установленных Богом законов природы можно приблизиться к пониманию смысла мироздания, а философская спекуляция уводит от него» (Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма // Избранные произведения. М., 1990. С. 239). Такой подход исключал общие юридические определения (т.е. юридическую спекуляцию) (при возникновении иных ассоциаций следует иметь в виду, что «спекулятивная философия есть попытка создать связную логичную и необходимую систему общих идей») (Уайтхед А.Н. Избранные работы по философии. М.: Прогресс, 1990. С. 272), а отдавал приоритет сугубо эмпирическим наблюдениям, так что обобщение, даже основанное на одних фактах, воспринималось в английском праве с настороженностью.

Поэтому здесь не ставится цель дать универсальное определение собственности. Все, что написано выше, служило тому, чтобы читатель попытался самостоятельно сориентироваться и, если не избавился от «теологической любви к дефинициям», мог сформулировать собственную.

Наша задача состоит в том, чтобы насущные проблемы собственности решались лучше, чем это было до сих пор, а для этого нужно больше думать, больше сомневаться. Отсутствие легальной дефиниции и ее краткость как раз и способствуют этому.

Если же считать, что определение должно работать, т.е. служить средством для строения логических рассуждений, дающих полезный результат, то нужно сравнить практическую эффективность традиционного для советской литературы определения собственности, в котором дается, с одной стороны, указание на подчинение права «экономическим отношениям собственности», а с другой — поминается триада правомочий.

Если делать из этого логические выводы, то первый будет состоять в том, что право лишено собственной логики и любое утверждение может быть отвергнуто лишь отсылкой к «социально-экономическим потребностям». Кстати, так нередко и делалось, да делается и сейчас. Но всем хорошо известны разрушительные последствия такого рассуждения не только для права, но и для «социально-экономических» нужд нашей страны. Что касается логики триады, то, как об этом говорилось выше, собственность утрачивает свои качества и становится тождественной любому обязательственному праву, в котором без труда можно обнаружить триаду по частям или целиком, как, скажем, у доверительного управляющего. Логическая ценность такого средства, конечно, ничтожна.

Обратимся теперь к той дефиниции, которая определяет собственность как наиболее полное право.

Здесь мы получаем по правилам формальной логики сразу несколько немаловажных выводов, которые, в свою очередь, могут служить и на самом деле служат опорой при решении юридических задач и теоретического, и особенно практического свойства.

Первым выводом является тот, что собственников не может быть более одного, так как в противном случае имеющееся у них право не могло бы быть наиболее полным из всех существующих прав на ту же вещь.

Другой вывод состоит в том, что любое имеющееся право на вещь может и должно быть соотнесено с правами на ту же вещь¹ иных лиц. Следовательно, таких прав может быть достаточно много, а стало быть, все они, кроме самой собственности, неисключительны. Все эти права находятся в известной иерархии по отношению

¹ В буквальном смысле это выражение корректно для соотнесения владельческих прав. Только эти права, поскольку они, конечно, права (в системе ГК РФ для владения более применим термин «владельческая позиция»), относятся к вещи; в иных случаях права на вещь — это обязательственные права требования к собственнику или законному владельцу. Но если воспользоваться примененным Оноре оборотом «лучшее притязание», понимая под этим как обязательственное, так и иное требование к другой стороне спора о вещи, то термин «право на вещь» приобретет требуемую универсальность. Тогда «лучшее право на вещь», не предвещая даже вопроса о природе этого права, охватывает все возможные юридические конфликты по поводу вещи. Замечательно, что абсолютизация «лучшего права», превращение его в «самое лучшее» создает и качество абсолютного права.

к праву собственности, которое выступает как высшее. Соответственно, любое право на вещь имеет свое основание в воле собственника. Само по себе выявление природы права на вещь состоит в выявлении отношений субъекта этого права с собственником.

Следующий из этого третий вывод, очевидно, сводится к тому, что утрата права собственником разрушает всю иерархию прав на вещь; все эти права также утрачивают основания. Необходимо установление права собственности, а затем — всех производных от него прав вновь. Отсюда столь важным становится механизм правопреемства как средства сохранения системы имущественных прав; отсюда же и такое явление, как первоначальное приобретение права собственности, отрицающее все сложившиеся права на вещь.

Частным следствием этих заключений является и тот, что никакое частное право на вещь невозможно без соотнесения с правом собственности и тем самым невозможно вне личных отношений с собственником. Поэтому и является ошибочным тезис о возможности вещных отношений с собственником обладателя какого-либо права на вещь (законного владельца). Отсюда видна абсурдность теории «вещного права владения», выводимой некоторыми цивилистами из неверно читаемой нормы ст. 305 ГК.

Продолжением данного вывода является то, что наделение незаконного владельца каким угодно правом на вещь вопреки воле собственника невозможно. В известных случаях незаконный владелец приобретает право собственности на вещь, но исключительно в силу указания закона. Само по себе такое указание не имеет оснований ни в логике права собственности, ни в справедливости, а диктуется иными причинами.

На этом можно прервать цепь логических рассуждений, следуемых из определения собственности как самого лучшего права на вещь (тем более, что этим рассуждениям посвящены дальнейшие главы книги).

После этого бесплодность многословных и обстоятельных определений собственности, несмотря на содержащиеся в них указания на связь с экономикой, классовыми отношениями и пр. (а точнее, именно по причине этих указаний), становится совершенно очевидной, а сами эти определения представляются лишь данью верности давно обнаружившим свою несостоятельность теориям.

ГЛАВА 10

ФОРМЫ СОБСТВЕННОСТИ.

ЧАСТНАЯ И ПУБЛИЧНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

Формулировка п. 1 ст. 212 ГК: «В Российской Федерации признаются частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности» породила проблему формы собственности, само существование которой далеко не очевидно. Например, исследование проблем государственной и муниципальной собственности привело одного из современных авторов к справедливому суждению о том, что «в настоящее время существование таких категорий, как «государственная», «муниципальная собственность», впрочем, как и «публичная собственность», лишено особого юридического значения. Правосубъектность государства уже не может оказывать влияния на право собственности. Возникновение единого института права собственности имеет прочное основание в равной правосубъектности собственников»¹. В том же смысле при обсуждении частной проблемы — о понятии недвижимости — высказывается А. Ерш, оспаривая утверждение С. Гришаева о том, что в основании выделения недвижимости лежит право частной собственности на землю: «...земельные участки могут находиться в публичной собственности, однако это не меняет недвижимой природы находящихся на них объектов»².

На почве единого права собственности, вытекающего из ст. 209 ГК, или из ст. 1 Протокола № 1 Европейской конвенции по правам человека, публичная собственность выступает скорее как не-собственность. В этом смысле показательным делом бывшего короля Греции и членов королевской семьи против Греции. Спор, рассматривавшийся ЕС, затрагивал право на имущество короля (движимое и недвижимое) после учреждения в Греции республики. Ответчик ссылался на то, что речь идет о публичном имуществе как атрибуте государства, не подпадающем под понятие собственности, защищаемой европейским правом. Суд анализировал следующие

¹ *Пятков Д.В.* Гражданская правосубъектность хозяйственных публичных организаций и ее реализация при разграничении собственности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1999. С. 16–17. Работа Д. Пяткова посвящена главным образом поиску путей преодоления того странного обстоятельства, которое состоит в том, что «публичная» собственность не выступает непосредственно в гражданском обороте, так как органы, указанные в ст. 125 ГК, являются властными органами, а не участниками оборота, требующего, как известно, равенства, а юридические лица, созданные для эксплуатации публичной собственности, имеют не право собственности, а право хозяйственного ведения или оперативного управления. По мнению автора, наряду с публичной организацией существует также «хозяйственная публичная организация» как субъект права собственности, хотя и с тем же наименованием (*Пятков Д.В.* Указ. соч. С. 6 и сл.). Как видим, проблема публичной собственности решается не в рамках форм собственности, а в сфере правосубъектности.

² *Ерш А.В.* Здания и сооружения как предмет договора аренды // Вестник ВАС РФ. 2000. № 8. С. 97.

Вполне соглашаясь с позицией, согласно которой не может быть разницы в содержании публичной и частной собственности, можно, однако, заметить, что частная собственность на землю делает возможным оборот земли и того, что на ней находится, а это придает юридическое значение степени связанности имущества с землей. Если же на землю нет частной собственности, она оказывается вне оборота, соответственно, связь с земельным участком утрачивает значение и становится безразличной для права.

факты: являлось ли имущество предметом возмездных сделок, выплачивались ли налоги на имущество, совершались ли в отношении этого имущества акты конфискации и реституции (ибо бесцельна конфискация относительно имущества, которое не находится в частной собственности). В конечном счете ЕС признал, что имущество королевской семьи находилось у истцов на праве частной собственности.

Хотя законодательный источник нормы п. 1 ст. 212 ГК коренится, безусловно, в ст. 8 действующей Конституции РФ, в свою очередь находящейся в сложной связи притяжения–отталкивания с содержанием ст. 10 прежней Конституции, решение мы обязаны искать тем не менее в пределах современного гражданского права.

Вместе с конституционной традицией замены правовых понятий социально-экономическими, которая здесь, как можно видеть, сохранена, от прежнего законодательства перешла и прежняя проблематика, заметно, впрочем, утратившая остроту со времен перестроечных дискуссий. Тогда уже приходилось анализировать связь экономического и юридического понятий собственности¹. Результатом этого анализа стало выяснение того обстоятельства, что этой связи нет или, в смягченном варианте, что право собственности непосредственно не отражает экономических отношений собственности, даже если последние и существуют. С этих позиций искать суть формы собственности в глубинах «базиса» — заведомо бесплодное занятие.

Этот подход, однако, далеко не общепринят, и не следует ожидать, что многолетняя инерция внедрения в законы не облеченных в правовые формы более или менее абстрактных экономических конструкций остановится сама по себе. Именно этим и можно объяснить как феномен п. 1 ст. 212 ГК РФ (хотя при сопоставлении сакрального в известный период деления на общенародную, колхозно-кооперативную и личную собственность с нынешними формами собственности нельзя не заметить перемещения с «базисных» на достаточно поверхностные «уровни»; компромисс, по-видимому, как обычно не устраивает полностью ни одну сторону), так и другие малоудачные попытки скрещивания экономических и юридических категорий в законе, все еще предпринимаемые и современным законодателем.

Предложенное Е.А. Сухановым объяснение законодательного феномена «форм собственности» как экономического понятия, не влекущего, однако, различий в содержании права собственности и потому юридически незначимого², подчеркивает именно этот аспект. Это верное по сути замечание не исчерпывает, к сожалению, возникшей проблемы.

¹ Скловский К. К проблеме права собственности // Правоведение. 1990. № 1. С. 40–45.

² Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Спарк, 1995. С. 273 и др.

Впрочем, высказано суждение, что можно найти и юридические отличия: право государственной и муниципальной собственности имеет содержание, отличное от триады — правомочий владения, пользования, распоряжения, выступая в основном как управление (см.: *Зинченко С., Корх С.* Вопросы собственности: законодательство и практика // *Хозяйство и право.* 2000. № 6. С. 52). Не обсуждая очевидной связи этого высказывания с хозяйственно-правовой концепцией, отмечу, что случайный и поверхностный характер триады, как об этом уже было сказано, лишает, на мой взгляд, смысла любые теоретические конструкции, основанные на оперировании элементами триады. Соответственно вопрос должен ставиться иначе: обладают ли субъекты, указанные в ст. 124 ГК РФ, полноценным правом собственности или нет?

Во-первых, множественность форм собственности можно обнаружить в истории права, что само по себе является темой для обсуждения, хотя бы исторического характера.

Во-вторых, коль скоро норма возникла (а в силу конституционного происхождения ее бытие никак не может ставиться под сомнение), она начинает взаимодействовать с другими нормами и институтами, причем иногда самым неожиданным образом. Поэтому разумнее поставить ей сразу пределы и прежде всего в доктрине (поскольку первые угрозы, насколько можно судить, исходят отсюда), чем в дальнейшем сталкиваться с непредсказуемыми последствиями. Ведь уже налицо настойчивые попытки развернуть на базе п. 1 ст. 212 ГК РФ едва ли не новые отрасли права, оперирующие главным образом с «коллективной формой собственности», причем отсутствие собственно юридического содержания у понятия формы собственности позволяет создавать сколь новаторские, столь (что гораздо чаще) и вполне изжитые правовые конструкции¹, а это способно исказить всю систему законодательства еще до того, как она сложилась.

Например, предлагаемая В. Ивановым конструкция коллективной общинной собственности, реализуемой через генеральную доверенность, поскольку она, будучи признана субъектом права, «и не нуждается в юридической личности»², будучи близкой высказанному одним из дореволюционных юристов взгляду, что община как субъект права — не юридическое лицо, а «отвлеченная идея»³, очевидно не может быть принята системой законодательства иначе, как путем ее предварительного разрушения, неизбежного после дополнения подраздела 2 раздела I ГК наряду с лицами физическими и юридическими еще и идеями субъектов, выступающими в обороте через генеральную доверенность, возникающую непосредственно из самой идеи.

Эта концепция В. Иванова заслужила резко отрицательную оценку Е.А. Суханова, язвительно заметившего, что если община «не нуждается в юридической личности», то ей и не удастся выступить в качестве представляемой по генеральной доверенности, как это кажется допустимым В. Иванову, ведь «невозможно ни выдать доверенность, в том числе генеральную, филиалу или представительству юридического лица, домашнему животному или «неправосубъектной общине», ни получить доверенность от них»⁴.

Кроме того, предлагается также создать форму «приватизированной собственности», потому что «путем приватизации частная собственность возникнуть не может». Не уточнив своего радикального заявления, В.И. Крусс, как и В. Иванов, полагает, что предложенная им новая форма собственности поможет восстановить «утраченное моральное единство народа»⁵.

¹ Обычно используемый при этом путь рассуждений: закон не запретил коллективную форму собственности, разумея ее под «иными», а потому и тем самым ее благословил, в рамках гражданского права лишен смысла: поскольку никаким лицам (кроме некоторых, созданных самим собственником) не запрещено быть собственниками, то и п. 1 ст. 212 ГК ни в какой трактовке не может толковаться в смысле запрета, ограничения либо исчерпывающего перечня.

² Иванов В. Коллективная собственность общины // Закон. 1996. № 5. С. 119.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 221.

⁴ Суханов Е.А. Проблемы правового регулирования отношений публичной собственности и новый Гражданский кодекс // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сб. памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский. М., 1998. С. 208.

⁵ См. выступление В.И. Крусса на заседании круглого стола на тему: «Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному пра-

Например, Г.В. Чубуков и Н.А. Духно, оспаривая мнение Е.А. Суханова об отсутствии у понятия «форма собственности» юридического смысла, утверждают, что общая собственность — это не частная, а «совместная» собственность, если, например, «акционерное общество создается с участием государственного и муниципального капитала и имущества граждан»¹. Нетрудно видеть, что здесь разрушается сразу несколько несущих правовых конструкций, образующих систему гражданского права: во-первых, общая собственность по буквальному смыслу ст. 212 ГК РФ не может считаться формой собственности, так как не создается особый субъект права собственности; во-вторых, в силу ст. 66 ГК акционерное общество, как и другие хозяйственные общества, является собственником переданного ему учредителями имущества, совместная или долевая общая собственность здесь не возникает; в-третьих, вещные права учредителя (акционера) выражаются в праве на акции (если акции считать объектом вещного права), а не в правах на имущество хозяйственного общества.

Не отличается последовательностью и другой довод авторов: утверждая, что «формы собственности возможно научно классифицировать лишь по субъективному составу», далее они отстаивают правомерность указания в законе на «другие, не названные в Конституции формы собственности», так как возможно их «вырастание из реальных общественных отношений, экономики общества» в будущем². Стало быть, авторы допускают «вырастание из экономики» новых типов субъектов гражданского права — не государственных и не частных. Но история не дает никаких оснований ожидать, что кроме лиц физических и юридических могут когда-либо появиться иные типы субъектов права. Скорее здесь прорывается все та же идеология прямого вторжения экономических и иных неправовых категорий в юридическую ткань.

Можно заметить и другое: проблема форм собственности стала той сферой, в которой снова разворачивается спор о равенстве. Патерналистская идеология, составляющая содержание и придающая пафос концепциям государственной и коллективной собственности, конечно, не ушла в прошлое³. В последние годы она явно вышла на передний план. Но нарушение установленного законом и совершенно необходимого для функционирования рынка равенства субъектов, которое несет в себе эта идеология, вытекает, как хорошо известно, не только из права собственности, но и из права вообще. Надо быть готовым к тому, что дискуссия о формах собственности не утихнет, пока правовое сознание не станет общим хотя бы для юристов (или пока борьба против права не найдет другого плацдарма).

ву» (Государство и право. 1998. № 8. С. 62). Трудно согласиться с такой логикой, когда имевшиеся нарушения справедливости и закона, совершенные не по юридическим, а по политическим причинам, используются как основание для дальнейшего искажения закона.

¹ Чубуков Г.В., Духно Н.А. Гарантируют ли законы право собственности на землю российским крестьянам? // Журнал российского права. 1998. № 12. С. 24.

² Там же. С. 23–24.

³ С.С. Алексеев показывает, как возрождаются властно-государственные отношения в экономике через экспансию государственных корпораций (см.: Алексеев С.С. Право собственности: Проблемы теории. 2-е изд. М., 2007. С. 216 и сл.). Успеху этого корпоративного устройства общества, основанного на подавлении частной собственности и отдельной личности, способствует господство патернализма в идеологии.

Среди таких воинственных понятий, никак не свойственных праву и не усваиваемых им, наибольшим авторитетом пользуется, пожалуй, «коллектив»¹, вокруг которого строится большинство «иных форм собственности».

Однако, если коллектив имеет статус субъекта гражданского права, нет никаких преград ему быть собственником, а если при этом собственность подпадает под признаки собственности граждан и юридических лиц (ст. 213 ГК), т.е. (опять-таки следуя прежним воззрениям и терминам) частной, то это не может считаться пороком, пока не возобновлен процесс борьбы с частной собственностью (а именно в этом зачастую скрывается истинный пафос всей аргументации). Если же правосубъектность коллектива никак не складывается, очевидно, что проблема не в собственности, а именно в субъектности (что чаще всего и бывает).

Наконец, если речь идет все же об «иной» собственности, то при широких, по наконец-то воспринятой классической традиции, пределах прав собственника по ст. 209 ГК инаковость не может не означать сужения этого права, что трудно понять при том, что коллективная собственность всегда интерпретируется ее создателями исключительно апологетически.

Вообще сама идея равенства государства с иными субъектами частного права, закрепленная в ст. 124 ГК, — это лишь признание того известного факта, что рыночная экономика и соответствующее ей частное право ни в какой мере не могут смешиваться со всякого рода коллективистскими укладами, объединяемыми в идее социалистической экономики, что не бывает смешанного рынка². Поэтому всякие попытки установить особое, неравное положение «коллективных» собственников и особенно государства, чрезвычайно сегодня распространенные, базируются на ошибочном представлении о возможности подправить рынок, внести в него уравнивательные «элементы», заповедники, в которых отменяется действие спроса и предложения, отменяется, стало быть, уважение договора и неприкосновенность собственности. Ни к чему, кроме крушения права в целом (а вместе с ним — упадка экономики в целом) такие попытки привести не могут.

Нельзя не вспомнить, что идеологические аргументы используются только для ограничения права вообще³ и права собственности в частности. Само по себе воз-

¹ Иногда используются сходные понятия, например «народ»: в ст. 14 Степного Уложения (Основного Закона) Республики Калмыкия указано, что земля, недра, растительный и животный мир, водные ресурсы, воздушное пространство, расположенные на территории республики, являются исключительной собственностью народа Калмыкии. Критикуя этот закон, С.И. Герасин справедливо указывает, что «такая формулировка противоречит п. 2 ст. 212 ГК, согласно которой имущество может находиться в собственности граждан и юридических лиц, а также Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований. Других субъектов права собственности гражданское законодательство не предусматривает» (*Герасин С.И.* Правовая база реформирования земельных отношений // Государство и право. 1998. № 12. С. 70).

² *Мизес Л. ф.* Человеческая деятельность: Трактат по экономической теории. Челябинск, 2002. С. 244.

³ Ср.: «Либеральная концепция равенства резко ограничивает круг идеалистических оправдывающих оснований, на которые можно сослаться при ограничении свободы. Подобные основания неприменимы, если общество не может выработать единого мнения о предложенной ему идее» (*Дворкин Р.* На что мы имеем право? // Неприкосновенный запас. 2002. № 6. С. 11). Очевидно, что ограничение права с идеологических позиций предполагает и «восстановление идейного единства», что или прямо говорят, или подразумевают цитируемые здесь авторы. С этих позиций можно понять и смысл тех оснований ограничения права, которые перечислены в ст. 1 ГК: относительно этих ценностей существует достаточно широкий консенсус.

никновение идейных, не имеющих утилитарных, общепольных обоснований аргументов, – самое точное свидетельство тенденции к ограничению прав. Поэтому начиная с введения ограниченной «коллективной» собственности (а коллективная собственность не может не быть ограниченной), ее адепты без промедления приступят к ограничению собственности вообще.

Проблема, очевидно, сводится к определению, каково соотношение собственности и формы собственности или, иными словами, имеет ли последняя свое собственное содержание, которое может быть противопоставлено или хотя бы сопоставлено с правом собственности по ст. 209 ГК.

Говоря о сути собственности, мы имеем в виду, конечно, только форму бытия свободы лица.

Понимая право вообще и право собственности как основное, как следствие таких неотъемлемых качеств лица, как свобода и свободная воля, которые в свою очередь присущи всем и, более того, именно эта их всеобщность и была главным завоеванием цивилизации в сфере права, то в буквальном смысле слова варварством (если считать, что варварство предшествует цивилизации) оказывается иное допущение – о различном масштабе этих прав у разных людей, и следовательно, о возможности разных форм прав, в том числе форм собственности. Действительно, только в тех случаях, когда общество строилось на сословных началах, по принципу формального неравенства, и возникали разные формы собственности. Нельзя при этом не заметить, что и индивидуальная свобода в то время выражалась не иначе как через сообщество (сословие), а степень свободы зависела от «способности передвигаться из одного сообщества в другое»¹.

С технической точки зрения формы собственности, стало быть, – это наследие средневекового партикуляризма, который был настоящим расцветом разных форм собственности². При ближайшем рассмотрении нетрудно убедиться, что суть формы сводилась тогда к тому или иному ограничению или наделению льготами и привилегиями. Реально разные формы собственности сопоставлялись одна с другой, а не с общим эталоном, который стал известен лишь в результате изживания феодализма.

Из средневекового, в том числе русского, права нам известны различия в собственности городской, феодальной, вотчинной, поместной, общинной, церковной и т.д.

Приведем характерный пример посессионного права – вечного владения имениями, отведенными казной лицам, не имеющим право владеть ими, с условием постоянной поддержки фабрик и заводов. По прекращении деятельности или даже уменьшении производства таких казенных заводов нарушались и права владения имениями³. В этом примере наблюдаются такие характерные черты, как огра-

¹ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М.: Изд-во МГУ; Инфра-М – Норма, 1998. С. 369.

² Интересно, что в средневековом китайском праве выделялись знакомые нам по ст. 212 ГК три формы собственности: частная, казенная (государственная) и общественная (см.: Кычанов Е. И. Основы средневекового китайского права (VII–XIII вв.). М.: Наука, 1986. С. 190). Если учесть, что община имела некоторые публичные функции, сопоставимые с нынешними муниципалитетами, то аналогии, конечно, трудно избежать.

³ Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. Ростов н/Д: Феникс, 1995. С. 552–553.

ничество полного права собственности независимо от того, насколько это полное право было в общем виде известно современному этим формам законодательству, и известная искусственность, сотворенность формы собственности. Эти черты всегда присущи данным формам и, естественно, следуют за ними при попытках переноса их в другие правовые системы.

Очевидно, что проблемы формы собственности — не в самой собственности, а в субъекте. Таким образом, и ограничения и привилегии — это отражение особенностей правового положения субъектов, а точнее — установление юридической иерархии субъектов гражданского права. Естественно поэтому, что пестрота субъектов, присущая сословному устройству, не могла обходиться без множества форм собственности.

С устранением по мере преодоления сословности феодализма, в недрах которого и начался «естественный рост начал свободы»¹, прирожденных различий статуса, утверждением ключевого понятия свободного лица и наделением его чертами всеобщности проблема форм собственности применительно к физическим лицам исчезла, сменив скучноватым единообразием полноты права прежнюю красочность ограничений, запретов и льгот. (Н.А. Бердяев говорит о том, как «обуржуазивание мира» «стерло краски индивидуальности» феодального строя.)² Иногда кажется, что ее еще можно обнаружить у лиц юридических, что объясняется тем, что сами эти субъекты изначально несут на себе отпечаток известной ограниченности и искусственности; ограниченность же не может не влечь в известных случаях некоторого ограничения правоспособности путем либо установления их учредителем, либо законодателем — для специальных целей (которые сами по себе — ограничение). Но технически такие ограничения не могут достигаться теперь учреждением отдельной формы (или, используя понятие, восходящее к практике ограничительности, — режима) собственности, а устанавливаются гораздо более цивилизованным путем — через специальное вещное право (оперативное управление, хозяйственное ведение), которое после придания ему законодателем определенного содержания уже не может быть допускающим всякий произвол суррогатом собственности, как это было раньше. В результате нет нужды затрагивать содержание самого права собственности.

Следовательно, при бесспорной недопустимости различий в праве собственности физических лиц и отпадении предпосылок таких различий в отношении лиц юридических толкование формы собственности в смысле наличия различий в содержании права собственности в рамках системы права содержит в себе очевидную опасность расстройств этой системы. Конечно, современное право собственности на известное имущество не может претерпевать метаморфоз, качественных и количественных изменений при переходе этого имущества от одного лица к другому. Все время сохраняется одно и то же право, черты которого указаны в ст. 209 ГК.

Другая потенциальная опасность, таящаяся в данном понятии, состоит в возможности найти в нем основание для ограничения полного права собственности лица с позиций режима (формы) собственности, которые не могут не корениться в средневековых юридических представлениях о праве-привилегии, т.е. о том, что

¹ *Владимирский-Буданов М.Ф.* Указ. соч. С. 617.

² *Бердяев Н.А.* Философия свободы. Смысл творчества. М., 1989. С. 163.

право даруется сувереном, а не подчиняет равным образом и суверена, и вассала (подданного). Об этом приходится говорить потому, что на нашей почве принцип дарования, а следовательно, и произвольного лишения прав до сих пор является не только всеобщим предрассудком, но и повсеместной идеологией и практикой. Именно поэтому и возникшее в результате не вполне аккуратной законодательной работы понятие формы собственности может стать в известных обстоятельствах угрозой такой основе права, какой всегда является право собственности.

Однако коль скоро формы собственности все же стали фактом нашего законодательства, нужно четко ограничить сферу их существования и рассматривать исключительно как способ определения принадлежности имущества тому или иному виду субъектов, действительная разница (но никак не неравенство¹, конечно) между которыми никем не оспаривается, тем более, что законодатель озаглавил ст. 212 ГК именно таким образом, максимально затруднив тем самым поиски в формах собственности иного содержания². В этом качестве это правовое понятие может иметь свое применение. Например, с помощью указания на принадлежность имущества (форму собственности) регулируются отношения по приватизации.

Приведем такое дело.

Между муниципальным Железноводским городским предприятием по эксплуатации газового хозяйства и ИЧП «Юпитер» (г. Железноводск) был заключен договор, по условиям которого стороны возводили новое производственное строение, причем предприятие газового хозяйства передавало для последующей перестройки ветхое производственное здание, а ИЧП «Юпитер» вело основные строительные работы. До того, как договор был исполнен, между сторонами возник спор, ставший предметом судебного разбирательства.

Ставропольский арбитражный суд расценил заключенный договор как договор о совместной деятельности (простого товарищества), но одновременно признал его ничтожным. Суд указал, что в результате спорного договора Железноводское ГПЭГХ произвело отчуждение части своего имущества в ином порядке, чем это предусмотрено законом о приватизации.

Следуя содержанию ст. 124 Основ гражданского законодательства (ст. 1043 ГК), суд пришел к выводу, что «с момента передачи здания» оно стало «общей собственностью», потому что договор о совместной деятельности (простого товарищества) направлен на создание общей собственности, и именно эти действия и стали незаконным отчуждением имущества.

¹ Рассмотрим следующий пример. Комитет по управлению имуществом Республики Коми дал поручительство в обеспечение кредитного договора, которое было оспорено в суде по тем основаниям, что Комитет действовал за пределами своей специальной правоспособности. Однако суд отклонил этот довод и указал, что субъекты Российской Федерации в соответствии со ст. 124 ГК выступают в гражданских отношениях на равных началах с иными лицами (Вестник ВАС РФ. 1996. № 10. С. 105).

² Нельзя не согласиться с высказанным Л.В. Щенниковой в этой связи суждением: «...с позиций гражданского права нет форм собственности, а есть различные субъекты этого права» (Щенникова Л.В. Вещные права в гражданском праве России. М.: БЕК, 1996. С. 24). Л.В. Щенникова предлагает законодателю отказаться от понятия «частная собственность» как излишне обремененного политическим содержанием. С этим, конечно, нужно согласиться, но лишь с одновременным устранением понятия формы собственности вообще. В противном случае аннулирование понятия частной собственности при сохранении государственной и иных форм будет непременно истолковано в смысле поощрения экспроприаторских или по крайней мере уравнилельных тенденций. Вероятно все же, что понятийный аппарат не может слишком опережать общее правовое развитие.

Ответчик оспаривал это решение, ссылаясь на то, что любое имущество, возникшее в силу договора о совместной деятельности (простого товарищества), не переходит в иную форму собственности (соответственно частную или государственную (муниципальную), поскольку участники совместной деятельности сохраняют свой статус, не создавая нового лица.

Не обсуждая деталей этого, бесспорно, непростого дела¹, укажем на характерный подход к трактовке понятия формы собственности, который здесь обнаружился и который, на наш взгляд, должен быть признан единственно допустимым и обоснованным.

Поскольку применительно к законодательству о приватизации переход собственности из государственной в частную является ключевым понятием, принадлежность конкретного имущества тому или иному субъекту должна быть четко установлена на всех этапах заключения и исполнения договора. Одним из технических терминов здесь может стать и форма собственности, соответственно частная или государственная, причем очевидно, что при этом и сам термин, и охватываемое им понятие в любой момент выступают как синоним принадлежности имущества определенному лицу. В то же время не появляется никаких оснований допускать какую-либо возможность толкования формы собственности в смысле изменения содержания самого права собственности.

Таким образом, по моему глубокому убеждению, намеченный законодателем в названии ст. 212 ГК и практикой путь отождествления формы собственности с принадлежностью имущества одному из видов субъектов, указанных в законе, следовало бы воспринять и в теории гражданского права как единственно допустимый, а любые попытки ревизовать с позиций формы собственности те или иные аспекты единой модели права собственности — лишены оснований.

ПРЕДЕЛЫ ВМЕШАТЕЛЬСТВА ГОСУДАРСТВА В ЧАСТНУЮ СОБСТВЕННОСТЬ. НЕКОТОРЫЕ ПРАКТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ

Сам по себе вопрос о пределах вмешательства государства в сферу частной собственности не может быть раз и навсегда решен. В зависимости от политических, экономических, юридических факторов степень вмешательства государства в отношения частной собственности то нарастает, то уменьшается. Общие критерии сформулированы в ст. 1 Протокола № 1 к Европейской конвенции по правам человека. Поэтому практически оправданной является оценка тех или иных споров с позиций указанной нормы.

В последние годы обозначился интерес отечественных юристов к нормам о защите прав собственника по ст. 1 Протокола № 1 к Европейской конвенции по правам человека (далее — Конвенция по правам человека, Конвенция)². Одновремен-

¹ Источник трудностей этого дела, кроме главного вопроса: является ли создание общей собственности отчуждением, видится также в том, что суд смешал режим имущества, принадлежавшего сторонам, и имущества, передаваемого в качестве вклада и создаваемого в процессе совместной деятельности. Есть смысл напомнить слова Юлиана: «...в силу заключения товарищества никто не перестает быть собственником своей вещи» (Дигесты. С. 326). Общая собственность возникает на то имущество, обобществление которого необходимо для целей общей деятельности (деньги, материалы). Передача здания для перестройки едва ли может рассматриваться как вклад в совместную деятельность.

² См.: *Старженецкий В.В.* Россия и Совет Европы: право собственности. М., 2004; см. также: *Зименко Б.Л.* Защита права частной собственности юридических лиц согласно Европейской конвенции

но с появлением публикаций на эту тему ссылки на ст. 1 Протокола № 1 стали достаточно часто встречаться в исковых заявлениях, жалобах, других процессуальных документах. Видимо, можно говорить о востребованности этой нормы именно в текущей российской правоприменительной практике.

Присоединение России к указанной Конвенции и Протоколу № 1 означает инкорпорацию известных норм в российское законодательство. Следовательно, эти нормы действуют не только тогда, когда спор достигает юридических инстанций Совета Европы, но и при рассмотрении конкретных дел судами Российской Федерации. Поэтому и отношение к применению норм о пределах вторжения в частную собственность не должно ограничиваться одной лишь заботой о соблюдении внешнего декораума, который чужд «настоящей жизни», как это у нас принято, когда речь идет о взаимодействии с международными институтами, но именно о внедрении этих начал в самую настоящую жизнь. А это, конечно, потребует определенных корректив и в практике, и в юридической психологии.

Попробуем обозначить некоторые практические аспекты ст. 1 Протокола № 1 (П1-1, как это принято писать в документах ЕС).

Для начала имеет смысл воспроизвести здесь эту норму:

«Каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишен своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права.

Предыдущие положения не умаляют права государства обеспечивать выполнение таких законов, какие ему представляются необходимыми для осуществления контроля за использованием собственности в соответствии с общими интересами или для обеспечения уплаты налогов или других сборов или штрафов»¹.

Очевидно, что речь идет не о споре двух частных собственников²; прежде всего имеется в виду ситуация изъятия имущества государством (конфискация, реквизиция, а также иные механизмы, влекущие переход имущества от частного лица государству), т.е. описывается проблема пределов вмешательства публичной вла-

по правам человека 1950 года // Вестник ВАС РФ. 2001. № 9; Глашев А. Право собственности глазами Европейского суда // эж-Юрист. 2001. № 48.

¹ Вся практика применения (и, стало быть, содержание) нормы, изложенной в ч. 2 ст. П1-1 о пределах вмешательства государства в право собственности, состоит в категорическом отторжении той давно укорененной в российском менталитете идеи, что «институт частной собственности является всего лишь легко отменяемой привилегией, милостиво пожалованной всемогущим сувереном жалким индивидам» (*Мизес Л. ф.* Человеческая деятельность: трактат по экономической теории. С. 676). Печальные события последних лет обнаружили, что российское государство относится к собственности именно как к жалкой привилегии, причем персональный характер этой привилегии имеет вполне античное понимание – собственность оказывается правом конкретного лица, которое должно быть известно государству по имени, а законы о собственности превращаются в законы, имеющие в виду определенных персон.

² Попутно можно заметить, что концепция множественности «форм собственности», по-прежнему отстаиваемая многими юристами и экономистами, обычно комбинируемая с идеями «многоукладной экономики», по существу обозначающими сохранение ведущей роли государства как хозяйствующего субъекта, о чем уже говорилось выше, как можно видеть, не вписывается в систему мирового права. Например, все «нечастные» формы собственности, столь близкие сторонникам огосударствления хозяйства, оказываются вне защиты ст. 1 Протокола. Следовательно, бесконечно множимые предложения учреждения разного рода коллективной нечастной собственности должны оцениваться и с той точки зрения, что такие формы получают пониженную по сравнению с частной степень защиты.

сти в отношении частной собственности. Впрочем, спор может представлять собой не только конфликт частного лица и публичного органа, но и конфликт одного частного лица с некоторым множеством частных лиц. Европейскому суду известны споры собственника с арендаторами¹. Такого же типа коллизия возможна и с участием жителей дома, района города и т.п. В этих случаях мы будем иметь столкновение частного и общего (general) интереса.

Такого рода спор возникает и между потребителем услуг или товаров, имеющим установленные законом льготы, и исполнителем (продавцом), если предоставленные льготы не компенсируются бюджетом. В этих спорах публичный, но не государственный интерес представлен лицом, имеющим льготы, а частный — исполнителем (продавцом).

Вообще говоря, представление о публичном интересе как об интересе некоторого множества лиц — это еще достаточно умеренное отрицание безусловно ошибочного, конечно, отождествления публичного интереса с функционированием и нуждами государства. Ф. Хайек писал более решительно: «То, что в центре общественного внимания должны быть не какие-либо известные особые нужды, а условия сохранения стихийного порядка², позволяющего индивидуумам удовлетворять свои потребности самостоятельно, без содействия властей, хорошо понималось на протяжении большей части истории. Для тех античных авторов, чьи идеи составляют основу современного идеала свободы, — для стоиков и Цицерона — общественная польза и справедливость были одним и тем же. Частое в Средние века обращение к *utilitas publica* обычно подразумевало всего лишь поддержание мира и справедливости»³.

Мы можем видеть, что при таком подходе публичный интерес совпадает с сохранением права. С этой позиции (увы, для нашей действительности остающейся недостижимой) никакое отступление от закона во имя «публичного интереса», а также противопоставление справедливости (как сферы публичного интереса) и права (как сферы частного интереса) просто недопустимы.

Присоединение к Конвенции по правам человека означает кроме чисто юридических следствий и признание принадлежности к европейской правовой культуре. Одним из оснований этой культуры является признание автономной личности высшей ценностью. Вокруг этой идеи, собственно, и строится вся конвенция. Но атомизм как раз и предполагает, что любое общее благо принципиально сводимо

¹ Дело *James and Others*. В этом деле подробно анализируется соотношение публичного и общего интересов (public interest & general one) и делается вывод, что между ними нет существенной разницы. Выводится и другое правило: принудительное изъятие собственности одним частным лицом у другого (с частичной компенсацией) может быть допустимым в рамках ст. П1-1, если при этом выполняются цели социальной политики. Впрочем, универсальность этих суждений не может не быть ограничена, что подчеркивается судом. В частности, допускается широкое политически обоснованное вмешательство в жилищную сферу. Указанное дело относится именно к этой области.

По делу *Spadea and Scalabrino v. Italy* суд пришел к выводу о правомерности ограничения прав собственников в пользу арендаторов в рамках жилищной политики, проводимой государством для решения жилищной проблемы.

² Отечественного читателя прошу в этом выражении обращать внимание не на слово «стихийный», а на слово «порядок».

³ *Хайек Ф.А. ф.* Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. С. 170.

к благам индивидуальным, что не может быть общего блага, не выражающего благополучия, счастья стоящих за ним индивидов: «...в конечном счете дело является благом лишь в той мере, в какой приносит удовлетворение индивидам»¹. Из этого следует, что публичный интерес — это не что-то глубоко священное и бесконечно важное, безусловно подавляющее все иные формы социальности, как это обычно у нас считалось, да и считается до сих пор.

Публичный интерес отличается от частного не качественно, а количественно, выражая известный общий интерес, совокупность частных интересов того или иного коллектива или социума. Оба этих интереса сопоставимы, имеют единую меру и подвержены единым критериям. Идущая от Гоббса и Локка и создавшая европейское право доктрина исходит из того, что «полагать, что общество состоит из чего-то еще, помимо индивидуальных выборов и действий, значит вызывать к жизни странную мистическую сущность, призрачный дух коллективизма, существование которого не может быть признано серьезными, здравомыслящими учеными»². Если, как пишет Ч. Тейлор, в европейском сознании эта доктрина уже стала очевидностью, здравым смыслом, то мы все еще находимся под угрозой поисков призрачного духа коллективизма не только в рамках ежедневно тиражируемых теорий (вроде общинной собственности и т.п. химер), но и в сфере судебных споров.

Несмотря на то, что в начале 1990-х гг. был отменен режим официальных юридических преимуществ всего публичного перед частным, в том числе государственной собственности перед частной, среди отечественных юристов решительно преобладает идеология превосходства государственного над частным. И разделяется она отнюдь не только старшим поколением юристов.

Несколько лет назад я познакомился с кандидатской диссертацией, посвященной критике закона о банкротстве, в центр которой была помещена такая характерная идея: для устранения нарушений процедуры банкротства следует привлечь в этот процесс органы государства (естественно, помимо суда и агентства по несостоятельности). Совсем еще юный автор уже уверен (и эта уверенность поддерживается в нем окружающими), что органы государства имеют какие-то замечатель-

¹ Тейлор Ч. Неразложимо социальные блага // Неприкосновенный запас. 2001. № 4 (18). С. 8. Статья Ч. Тейлора, опубликованная в 1995 г., посвящена критике традиционного понятия общего блага как совокупности благ индивидуальных. Автор выявляет «неразложимо (irreducibly) общие блага», такие как язык, культура. Эти блага отличаются от общих, разложимых на индивидуальные, таких, например, как безопасность (С. 13–18). Эти идеи, безусловно, интересны. Важно однако, чтобы они не были интерпретированы в духе отрицания индивидуальных прав и свобод — именно для того они здесь и упоминаются. Если для Ч. Тейлора не может быть сомнения в иллюзорности всяких коллективистских, в том числе бюрократических, воплощений, существующих и подавляющих индивида и он выносит свой анализ за рамки «великой традиции» (выражение Ч. Тейлора) естественного права в поисках методологии, применимой для решения возникающих проблем в сфере политики (национализма и др.), то для нас пока еще актуальна другая задача — практического подтверждения приоритета личности.

Если уж говорить о научных авторитетах, то либеральная философия Хайека во всяком случае оказывает куда большее влияние на европейскую политику и право, чем взгляды Ч. Тейлора, которые интересны именно тем, что они принимают за общепринятое.

Кроме того, поскольку европейская Конвенция по правам человека построена на традиционной доктрине прав человека как автономной, независимой личности, то любая, даже вполне либеральная философская критика этой идеологии не может иметь для юриста никакого прикладного значения, пока она не примет формы закона.

² См.: Тейлор Ч. Указ. соч.

ные свойства не указанной им, впрочем, природы, позволяющие им устранять нарушения одним фактом своего присутствия.

Множество других теорий завершаются вполне в щедринском духе «закрытия Америки» предложениями усилить государственный контроль, передать решение частной задачи государству и т.д.

Между тем у государства нет никаких иных имущественных средств, кроме взятых у населения, все его могущество в сфере производства — это результат чужих усилий, но не его собственных. Широко известная неэффективность государственных и муниципальных предприятий терпится только из-за того, что их создание, хотя и не оправданное экономически, продиктовано иными соображениями, в том числе — заботой о населении. Иногда это так, но во всех случаях, когда издержки от убыточности государственных предприятий покрываются за счет средств, изъятых у населения (а это происходит всегда), нужно обсуждать, в какой мере это оправдано интересами населения.

Об этом приходится писать, потому что освоение той нормы, о которой идет речь, кроме чисто технических трудностей вызовет сильнейшее психологическое сопротивление. Дело в том, что ст. П1-1 применяется не сама по себе, а в контексте того толкования, которое дано ей судом.

С учетом практики выработаны критерии допустимости вмешательства в частную собственность. Эти критерии состоят в том, что одновременно должны выполняться требования законности, осуществления вмешательства в общественные интересы, соблюдения справедливого баланса частного и общего интересов. Если нет хотя бы одного условия, вмешательство считается недопустимым¹.

Нельзя сказать, что нашей правоприменительной практике близок такой подход. Сама идея, что одной только законности недостаточно для применения соответствующей нормы, даже если это — норма о конфискации, едва ли может быть принята без сомнений большинством ныне практикующих юристов.

Более того, мы скорее обнаружим противоположный подход: при наличии явно выраженного публичного интереса в жертву обычно приносятся и законность, и баланс частного и публичного².

¹ *Зимненко Б.* Указ. соч. С. 125 и сл. В казусах ЕС постоянно воспроизводится этот тезис. Подчеркивается, впрочем, что ЕС не ревизует вообще закон, а проверяет применение закона в данном случае; если такое применение оказывается противоречащим ст. П1-1, то решение принимается в пользу частного лица, хотя бы ответчик убедительно доказал, что оспариваемый судебный акт представляет собой безусловно точное применение закона.

² Примеров существует множество. Приведу один. Предприятия, ведущие подводные работы, в 1990 г. получили статус арендных и заключили договоры об аренде с выкупом. В 1992 г. эти предприятия не были включены в программу приватизации. Несмотря на это они приватизировались на основании ранее заключенных договоров. К концу 1990-х гг. по настоянию государственных органов приватизация была признана незаконной исключительно по мотивам существенного публичного интереса. Все ссылки ответчиков на то, что они соблюдали действовавшее законодательство, а также на то, что за прошедшее десятилетие они понесли большие издержки на поддержание флота в пригодном состоянии, были отвергнуты. Таким образом, и законность, и баланс интересов уступили одному только доводу о необходимости восстановления госконтроля над флотом спецназначения. При этом государство не имело никаких средств для ведения подводных работ, да и не имело такой функции. Изъятый подводный флот был оставлен в аренде у ответчиков. Весь смысл иска свелся к изъятию части дохода в виде арендной платы в бюджет. Никакого публичного интереса в этом, конечно, обнаружить невозможно. Никакого улучшения подводных работ от изъятия дохода у подводников также произойти не может, что вполне очевидно.

Конечно, этактистская идеология наложила свою мертвящую печать не только на судебную практику. К сожалению, и законодатель со всей полнотой выразил свою преданность идее превосходства государства над частным началом, например, в печально знаменитых нормах Бюджетного кодекса РФ¹. Но поставив себя над гражданским оборотом, государство прежде всего добилось того, что любые сделки с публичным элементом оказались в зоне сплошных и чрезвычайных рисков (на практике это выражается в том, что коммерсанты стремятся иметь дело не с государством вообще как заведомо ненадежным, неравным партнером, а с конкретным чиновником, предсказуемость которого гарантируется подкупом. Таков итог благих намерений, которыми была выслана дорога к Бюджетному кодексу).

Впрочем, гражданское законодательство, несмотря на сильное противодействие, в основном смогло избежать такого рода нелепостей.

Кроме того, позитивный закон содержит механизмы, позволяющие в известных случаях парализовать силу субъективного права и решить спор исходя из общих начал, что характерно и для применения ст. П1-1.

В ГК, например, имеется норма, позволяющая судам отказать в защите права, несмотря на всю законность заявляемого требования. Разрешается это в том случае, когда налицо злоупотребление правом. Но, во-первых, эта норма применяется с большой осторожностью и не получила массового сочувствия. Во-вторых, достаточно широко представлены теоретические попытки доказать, что злоупотребление правом выходит за рамки самого права, а стало быть, здесь уже нет и права, а значит, нет и действий суда вопреки праву. В-третьих, законодателю предлагается самому точно указать, в каких случаях происходит злоупотребление правом². Это третье высказывание особенно ясно демонстрирует, насколько трудно многим юристам сойти с той точки, что суд в принципе не может вынести решение, направленное против права, выходящее за буквальное содержание нормы.

Понятно, что тому применению ст. П1-1, которое исходит из недостаточности одной только законности для вторжения в частную собственность, не суждены легкие пути. Кроме того, что судам вполне чужда идея отказа в требовании, основанном на законе, им еще придется решать и спор в пользу частного собственника вопреки государственным (реже – общим) интересам. А на это судам решиться, пожалуй, еще труднее.

Итак, теперь требование, направленное на вмешательство в частную собственность, недостаточно обосновать только формальным соответствием закону. Необходимо еще доказать одновременное наличие двух дополнительных критериев: осуществление этого требования (действия) в общественных интересах и соблюдение справедливого баланса частного и общественного начал.

Только практика может наполнить эти положения конкретным содержанием. Попробуем наметить здесь некоторые возможные подходы.

Прежде всего обращает на себя внимание соотношение ст. П1-1 и ст. 169 ГК. Говорить о прямой коллизии этих норм, видимо, нет оснований. Статья П1-1 вполне согласна с тем, что государство вправе охранять основы правопорядка путем втор-

¹ Подробнее см.: Суханов Е.А. Об ответственности государства по гражданско-правовым обязательствам // Вестник ВАС РФ. 2001. № 3.

² См.: Куликова Л. Закон или судебское усмотрение? // эж-Юрист. 2001. № 16. С. 8.

жения в частную собственность, в том числе и конфискация ее. По формальным признакам нормы ст. 169 ГК и ст. П1-1 не противоречат друг другу и потому нет оснований обсуждать вопрос, в какой степени норма ст. 169 ГК утрачивает свое действие, уступая норме более высокой юридической силы, какой, по известному правилу, является норма, вытекающая из международных договоров.

Практические коллизии могут возникнуть на почве применения, понимания этих норм. Ведь ст. 169 ГК толкуется нашими судами по традиции исключительно в рамках ее формальной применимости. Даже если суд находит, что конфискация несправедлива, несоразмерна, он старается обосновать свой отказ в соответствующем требовании тем, что отсутствует состав, описанный в названной статье, т.е. нет покушения на основы правопорядка и нравственности¹. Такая аргументация требует от суда чрезмерного напряжения и повышает его опасения создать «прецедент», а такие опасения всегда сковывают суд. Между тем к ст. 169 ГК вполне применима норма ст. П1-1, причем не только тогда, когда речь идет о конфискации вещей, но и при конфискации денег, поскольку ст. П1-1 трактует собственность весьма широко — как имущественное право².

Если мы говорим о применимости ст. П1-1 к конфискации имущества в порядке ст. 169 ГК, то материал для анализа может дать нижеизложенное дело.

Аффилированные организации с иностранным участием ВТИ Фертаско лтд., АО «Интерншл ВТИ Груп Холдинг БВ», ООО «Новороссийский Внештрейдинвест» вели строительство технологического комплекса по перевалке жидких минеральных удобрений, который был сдан в эксплуатацию в 1997 г. Объект строился на территории г. Новороссийска, в том числе на части территории, занимаемой на праве бессрочного пользования АО «Новороссийский комбинат «Импортпищепром».

Имелся договор, заключенный между ЗАО «Внештрейдинвест» и комбинатом, о совместном строительстве указанного объекта. По условиям договора комбинат предоставлял площадку под строительство и имеющиеся коммуникации. После сдачи в эксплуатацию выстроенный объект был зарегистрирован как недвижимость (впоследствии акт регистрации был отменен).

По окончании строительства возник спор о принадлежности комплекса, выстроенного исключительно на средства иностранных инвесторов.

Дело неоднократно рассматривалось судебными органами.

Одним из судов было принято решение об изъятии комплекса в государственную собственность по основаниям ст. 169 ГК. Хотя это решение впоследствии было отменено по надзорному протесту с направлением дела на новое рассмотрение, оно так или иначе поддерживалось иными судебными органами низших инстанций. Поэтому важно разобраться в том, какие аргументы привел суд для столь радикального вмешательства в частную собственность. Ведь именно этот аспект ва-

¹ Как свидетельствует обобщенная С.В. Сарбашем практика, в большинстве случаев в применении ст. 169 ГК РФ ВАС РФ отказывает (см.: *Сарбаш С.В.* Арбитражная практика по гражданским делам. М., 2000. С. 177–178). Подробнее вопрос рассматривается дальше.

² В этом смысле она была вполне применима для решения спора вокруг телеканала ТВ-6, разvernувшегося осенью 2001 г., причем не в пользу истца.

жен с позиций применения ст. П1-1. Кстати, в одном из надзорных протестов на вынесенное решение имелась ссылка на ст. 1 Протокола.

Итак, суд, поддерживая конфискацию в порядке ст. 169 ГК, нашел, что при заключении договора о совместной деятельности комбинат как государственное унитарное предприятие не имел права распорядиться государственным имуществом без согласия собственника (ст. 295 ГК). Поэтому договор, по условиям которого при строительстве комплекса использовалось государственное имущество — площадка и коммуникации, является незаконным, нарушающим основы правопорядка.

Конфискованный по ст. 169 ГК комплекс был передан КУГИ, который сразу же продал его в аренду комбинату «Импортпищепром», к тому моменту уже акционированному.

Итак, налицо спор о вмешательстве государства в частную собственность.

Нетрудно усомниться в законности решения суда. Нарушение ст. 295 ГК состоит в отчуждении государственного имущества, находящегося у предприятия на праве хозяйственного ведения. А земля на таком праве не передается. Наиболее прочное вещное право на землю, доступное ГУПу, — это право постоянного пользования. Значит, поскольку речь идет о сделке, предметом которой является пользование землей, нормы ст. 295 ГК оказываются неприменимыми. А из ст. 269 ГК не следует запрет на совершение действий по возведению на земельном участке, находящемся на праве постоянного пользования, строений как для себя, так и для другого лица или для совместных целей. Стало быть, для квалификации сделки как незаконной нет оснований.

Но как оценить тот факт, что комплекс возводился без оформления права на землю вторым участником?

Вообще говоря, договор с владельцем земли затрудняет квалификацию строительства как самовольного, если при этом были получены все необходимые разрешения. Строение может считаться самовольным, например, тогда, когда и обладатель права на землю, и другие участники в равной мере являются нарушителями. Например, земля предоставлялась для целей, исключающих строительство. Однако в нашем случае промышленное строительство велось на площадке, уже занятой производственным объектом.

Но даже если строительство и является самовольным, то и тогда изъятие объекта должно проводиться в порядке ст. 222 ГК.

Между тем в силу п. 3 ст. 222 ГК конфискация строения не допускается. Возможно лишь передача объекта в пользу собственника земли (лица, имеющего землю на праве постоянного пользования) с компенсацией расходов.

В нашем случае собственником земли является государство, а владельцем на праве постоянного пользования — комбинат. Как разрешить эту коллизию? На мой взгляд, изъятие комплекса как самовольной постройки (естественно, с компенсацией) в государственную собственность в таком случае возможно лишь после изъятия соответствующего земельного участка, занимаемого комплексом, из постоянного пользования комбината.

Этот вывод, в частности, можно обосновать следующим. Если самовольная постройка возводилась с согласия пользователя земли, то он лишается возможности ссылаться на нарушение своих прав и требовать изъятия построенного в свою пользу. Более того, он лишен и возможности требовать сноса построек.

Если же при этом серьезно нарушены условия пользования участком, то наличие нарушение прав собственника земли и пользователем участка, и участником строительства. Соответственно возникают основания для изъятия самого участка или части участка.

И только тогда, когда строительство велось вопреки явно выраженной воле владельца – ситуация, признаем, практически невероятная, возможно применение санкций, предусмотренных ст. 222 ГК, в пользу владельца земли.

Применимо ли правило ст. П1-1 к изъятию строения государством? Думаю, что есть основания для положительного ответа. Очевидно, что вмешательством государства в частную собственность охватываются не только случаи безвозмездного изъятия имущества, но и иные, в том числе и с компенсацией.

Более серьезным возражением было бы то, что нарушитель не является собственником самовольного строения. Но ст. П1-1 трактует собственность достаточно широко, не ограничиваясь строго формальным ее описанием; в английском тексте ст. П1-1 упоминается *possession*. Думаю, что владение, не являясь правом, все же защищается именно по этому основанию.

Вспомним, что И. Покровский, говоря о защите владения, характеризовал его как кульминационный пункт идеи личности. Но ведь речь идет как раз о защите личности. Именно этому предмету посвящена Конвенция по правам человека¹. Поэтому мы можем вывести из анализируемого дела и такой весьма важный вопрос: имеет ли самовольный застройщик право на обращение в суд? В контексте Конвенции это вопрос представляется как вопрос о том, имеет ли застройщик гражданское право (*civil right*). При рассмотрении дела *Jacobsson против Швеции*, суд пришел к выводу, что гражданское право – понятие, определяемое не только в рамках национального законодательства. *Якобсон* ссылался на то, что длительное время не отменялся запрет на возведение строений (в том числе ведение серьезных строительных работ на имеющемся строении) на принадлежащем ему земельном участке. Этот вопрос решался в административном порядке, причем высшей и последней инстанцией являлось правительство. Истец полагал, что ему не была предоставлена судебная защита гражданского права. Ответчик заявил, что право на строительство возникает не раньше, чем дано разрешение, а *Якобсон* его не получил. Суд тем не менее решил, что в деле *Якобсона* было нарушено право на обращение в суд.

Если мы признаем, что не только собственность, но и владение защищаются ст. П1-1, а право добиваться через суд признания права на постройку защищается ст. 6 Конвенции, то изъятие самовольной постройки государством должно получить дополнительные основания кроме одного только нарушения земельного законодательства или строительных норм.

Понятно, что если строение представляет угрозу жизни и здоровью людей, возведено с нарушением норм безопасности, то его снос отвечает смыслу ст. П1-1.

¹ Учитывая, что ГК РФ не предусмотрена полная защита владения, в частности, самоуправное лишение владения по совершенно непонятным причинам не защищается против собственника (ст. 234), можно, видимо, считать правило ст. П1-1 применимым для защиты и в этих случаях. Применимым, повторю, уже в российских судах.

Подробнее проблемы защиты владения излагаются далее.

Но обращение в государственную собственность самовольной постройки не может рассматриваться как автоматически следующая за нарушением санкция. Собственно, из п. 3 ст. 222 ГК вытекает, что изъятие не допускается, если нарушителю выделяется земельный участок. Уже одно это правило, восходящее к известной советскому правопорядку процедуре «узаконения» постройки, вполне отвечает идее баланса публичного и частного интересов. Однако по смыслу п. 3 ст. 222 ГК решающая роль в установлении такого баланса отводится не суду, а административному органу. Если же в предоставлении земли отказано, то по буквальному смыслу ст. 222 ГК за нарушителем постройка не может быть закреплена. Полагаю, однако, что суд вправе выйти за пределы этого ограничения и решить спор в пользу нарушителя. Возможно это тогда, когда предоставление земельного участка не повлечет существенного нарушения публичного интереса. Видимо, в этом случае наряду с требованием о признании права собственности самовольный застройщик должен заявлять и требование о выделении соответствующего земельного участка.

Основанием такого решения спора будет ст. П1-1. Суд при этом должен также дать оценку тому, отвечает ли публичному интересу длительное пребывание имущества без какого-либо титула. В деле *Eckner & Hofauer* о консолидации земельных участков суд пришел к выводу, что хотя сама по себе процедура консолидации преследует общие интересы, имея в виду соседей-землевладельцев, в данном случае сама длительность процесса консолидации, занявшая не менее 17 лет, является нарушением ст. П1-1, так как истцы все это время оставались в неопределенном состоянии относительно своих земельных участков. Аналогия этого дела, конечно, затруднена тем же аргументом: самовольное строение не дает права. Но с другой стороны, несомненно, что длительное отсутствие права вредит не только застройщику, но и публичному интересу и потому ничем не может быть оправдано¹. Полагаю, что если по смыслу ст. 222 ГК строение не может быть закреплено за собственником (владельцем) земельного участка и нет оснований для его сноса, то возникает повод говорить о нарушении прав застройщика, дающем ему соответствующий иск, который может быть обоснован не только ст. 222 ГК, но и ст. П1-1.

Конечно, если самовольным строительством нарушено частное право, то налицо спор двух частных лиц, разрешаемый исключительно в рамках ст. 222 ГК.

Этот же вывод применим и для тех ситуаций, когда властное вмешательство направлено на защиту частного интереса. Например, должник (акционерное общество), оспаривая торги, сослался на то, что в силу ст. П1-1 «ни общество, ни государство не заинтересованы в изъятии у предприятия имущества, непосредственно участвующего в производстве и доведении его до банкротства». Объект недвижимости, выставленный на торги по требованию взыскателя — налоговой инспекции, был куплен частным лицом. Таким образом, признание торгов недействительными влекло возврат сторон в первоначальное положение, т.е. истребование недвижимости от покупателя. Следовательно, налицо спор двух частных лиц, а к такому спо-

¹ Вероятно, только для обладателя права имеет значение правило: собственник должен иметь гарантии от произвольности, непредсказуемости и неопределенности. Правило сформулировано ЕС в рамках рассмотрения заявления арендодателя, несколько лет не имевшего легальной возможности выселить арендатора (дело *Edoardo Palumbo v. Italy*). Тем не менее правило само по себе имеет интерес.

ру ст. П1-1 неприменима. Кроме того, весьма характерна логика должника. Ссылаясь на ст. П1-1, направленную на защиту частного лица от публичного вмешательства, он исходит из противоположного — из приоритета публичного интереса над частным, пытаясь только обосновать совпадение этих интересов в своем деле.

Более верным в данном случае было бы возражение против требований налоговой инспекции как публичного органа с той же мотивировкой. Однако нельзя не заметить, что ст. П1-1 в наименьшей степени затрагивает именно налоговые прерогативы государства.

Рассматривая данный спор, суд отказал в иске о признании торгов недействительными, не обсуждая вопроса о публичном интересе. Но в других случаях суды обсуждают баланс публичного и частного интересов.

Например, прокурор предъявил иск в защиту государственных и общественных интересов об истребовании из владения ЗАО «Центральный рынок» г. Ростова-на-Дону имущества, внесенного в уставный капитал ЗАО в 1992 г. Истец сослался на то, что передача имущества в собственность ЗАО противоречила законодательству о приватизации. Суд первой инстанции иск удовлетворил. Суд кассационной инстанции, отменяя решение и отказывая в иске, сослался на то, что «нарушение целостности рынка вследствие изъятия основных средств и оборудования может повлечь неблагоприятные последствия в его работе, а следовательно, не отвечает общественным и государственным интересам (интересам населения города)». Такая мотивировка вполне отвечает смыслу ст. П1-1, хотя эта норма и не была упомянута. Впрочем, суд сослался также на то, что такая форма приватизации, как внесение муниципального имущества в уставный капитал хозяйственного общества, была предусмотрена законом. Поэтому данный случай не может быть примером наиболее сложного для наших судов решения: пресечение вмешательства государства в частную собственность несмотря на формальную законность такого вмешательства, только по мотиву нарушения баланса публичного и частного интересов. Тем не менее это решение суда заслуживает поддержки уже потому, что им утверждается важный тезис: не всякое требование публичного органа соответствует публичному интересу.

В последнее время известную популярность приобрела идея «деприватизации». Нет сомнений, что в процессе приватизации имелось достаточно разной степени нарушений. Но недостатком ст. 168 ГК, вообще весьма уязвимой, является то, что она не проводит различий между серьезным и мелким нарушением. В результате едва ли не любая сделка может быть признана не соответствующей закону. В этом случае именно в оценке последствий аннулирования приватизации сосредотачивается суть конфликта. Если на самом деле возврат приватизированного имущества повлечет для частного лица ущерб, несоразмерный с тем интересом, который защищает публичный орган, суд вправе, а точнее обязан сослаться на ст. П1-1 и отказать в иске.

О.В. Гутников, Впрочем, не согласен с известной цивилистам неудовлетворительностью конструкции нормы ст. 168 ГК, не делающей различий между серьезным и несущественным несоответствием сделки закону¹, и пытается оспорить этот

¹ Аналогичная оценка должна быть дана и реализации имущества с торгов. Здесь также любое нарушение правил проведения торгов может быть основанием для их аннулирования (ст. 449 ГК). При об-

вывод, ссылаясь на то, что «при правильном применении ст. 180 ГК РФ... всю сделку можно признавать недействительной только тогда, когда закону не соответствуют самые существенные ее элементы»¹.

При том, что закон, к сожалению, не упоминает элементы сделки, а автор, несмотря на практическое значение своего суждения, никаких примеров отыскания судами элементов сделки и последующего «правильного применения» нормы также не привел, остается обратиться к правилу ст. 180 ГК. Прежде всего совершенно ясно, что оно вовсе не исходит из существенности или несущественности части сделки. Эта норма ориентирована совсем на иной механизм — связь между частями сделки. Связь частей сделки чаще всего проистекает из свойств ее предмета. Например, если один автомобиль обменивается на два мотоцикла, причем один из них похищен, то обсуждается вопрос: может ли недействительная часть сделки по распоряжению похищенным мотоциклом быть независимой от сделки в целом? Очевидно, нет; обмен автомобиля на мотоцикл, видимо, не состоялся бы. Значит, ничтожным будет договор в целом.

Впрочем, на мой взгляд, эта часть сделки вовсе неотделима, но я имею в виду дело, в котором иск был заявлен прокурором именно «о признании сделки недействительной в части похищенного», поэтому здесь применимость ст. 180 ГК обсуждать волей-неволей пришлось.

Между тем существенность или несущественность нарушений (несоответствия) закона сделкой никакого отношения к связи между частями сделки, конечно, не имеет. Если протокол о результатах торгов должен быть подписан в день проведения аукциона или конкурса (п. 5 ст. 448 ГК), то нарушение этого срока хотя бы на один день (а это бывает нередко, причем по вине организатора торгов) — это уже несоответствие закону, позволяющее оспаривать сделку (и таких споров сколько угодно). Интересно узнать, каким образом здесь может применяться правило ст. 180 ГК? Неужели мы будем считать срок подписания протокола частью сделки и отделять эту часть от сделки в целом?

Изложу другое известное дело из той же сферы. Участник аукциона на момент подачи заявки не имел лицензии на производство той продукции, право на поставку которой (заключение контракта) разыгрывалось на торгах. Лицензия была получена спустя несколько дней после аукциона. Несмотря на очевидную несущественность нарушения, результаты торгов оспаривались несколько месяцев участником, проигравшим торги (и предложившим, естественно, худшие условия). Как здесь можно было бы применить норму ст. 180 ГК? В части лицензии? Но нет таких частей у сделки.

В. Синайский говорит о принадлежностях сделки, таких, как цель, надлежащее волеизъявление, дееспособность². Пожалуй, могут быть указаны еще какие-либо

суждении этого вопроса на Президиуме ВАС РФ в декабре 2004 г. некоторые ведущие цивилисты вполне обоснованно, на мой взгляд, предлагали дать судам рекомендации отказывать в исках о признании торгов недействительными в случае несущественных нарушений процедуры. Эти предложения столкнулись с возражением, имеющим твердую легальную почву: закон не различает существенных и несущественных нарушений правил торгов.

¹ Гутников О.В. Недействительные сделки в гражданском праве. Теория и практика оспаривания. М., 2005. С. 331.

² Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 145 и сл.

принадлежности¹. Возможно, эти принадлежности по отдельности могут быть признаны незаконными или не соответствующими закону, но вот недействительными — никак не могут.

Мы должны задаться вопросом: что вообще означает недействительность?

По-видимому, недействительность означает то, что юридический факт, т.е. то явление объективного мира, с которым закон связывает юридические последствия, юридическое действие, таких последствий, такого действия не произвел. И поэтому он оказался недействительным, хотя и остался, конечно, фактом, явлением действительности. Средствами права невозможно произошедшее событие сделать небывшим. Сила юридических фикций прекращается за пределами права, в материальном мире. Вопрос, наверное, лишь в том, юридический теперь это факт или нет², но он выходит в этом случае за рамки нашего обсуждения. Другой вопрос, который ближе к теме: какие именно юридические факты могут утратить свое юридическое действие либо не создать такого действия с самого начала? Вероятно, обсуждению подлежат, кроме сделок, например, ненормативные акты. Известна проблема оспаривания акта оценки и т.д.

Что касается фактов, не имеющих характера действий, направленных на создание юридических последствий, то их юридическое действие увязывается, насколько известно, с самим фактом, а не с его волевой направленностью. Тем самым спор о последствиях такого факта (события, поступка) сводится к выяснению того, имел ли место сам этот факт. Это известный праву спор о тождестве явления его описанию в законе. Если этот факт установлен (отождествлен), лишить его действия уже невозможно. Поэтому не имеет смысла спор о недействительности рождения человека, недействительности дорожно-транспортного происшествия или недействительности ремонта компьютера.

Применительно к иным отличным от юридических фактов юридическим понятиям, например, субъективному праву, говорить о действительности или недействительности совсем невозможно, хотя и приходится встречать содержащиеся в судебных решениях формулировки, оперирующие «недействительностью права собственности», и т.п. Если право имеется, то оно действительно, если право не действует, значит, его нет. Стало быть, спор о «действительности права» — это спор о признании права, который, конечно, чаще всего — спор о наличии того юридического факта или состава, который это право создает или прекращает.

Итак, такое качество, как недействительность, может быть присуще исключительно юридическим фактам, а среди них — сделкам.

Часть сделки, ставшая недействительной, — это отдельная, самостоятельная сделка, волеизъявление как юридический факт. Только поэтому она может быть недействительной. Ведь недействительна в системе права именно сделка, а не ее элементы!

¹ Вероятно, такие принадлежности и могут быть так или иначе отождествлены с «элементами», которые О. Гутников рекомендует правильно применять. Следует, однако, заметить, что неоднозначность термина во всяком случае делает малопригодной любую практическую рекомендацию, основанную на применении описываемых спорными и неясными терминами понятий (которые в этом случае тоже обычно бывают не вполне ясными).

² Некоторые соображения о природе недействительной сделки высказаны в той части книги, в которой говорится о последствиях недействительной сделки, реституции.

Закон не знает недействительности элементов сделки. Стало быть, нужно сначала в составе сделки обнаружить недействительную сделку и затем попытаться ее «извлечь», как говорит Г.Ф. Шершеневич. Если после этого извлечения оставшаяся часть, во-первых, является сделкой, а, во-вторых, по ее смыслу могла бы быть совершена, то только тогда и применимо правило ст. 180 ГК. Следовательно, для применения данной статьи мы должны обнаружить в составе сделки несколько сделок. Не случайно Л. Эннексерус, обсуждая этот вопрос, говорит, что правило § 139 ГГУ (вполне сходное с нормой ст. 180 ГК) «относится главным образом к такой сделке, которая состоит из нескольких сделок, соединенных по воле сторон в одно целое, т.е. которое стороны желали как одно целое»¹.

Например, имеется условие о том, что арендатор вправе пользоваться парковкой, находящейся у арендуемого здания. Выясняется, что парковка не принадлежит арендодателю и он не вправе был разрешать ею пользоваться. Возникает спор о действительности аренды здания в целом. В этом случае мы можем представить договор аренды как два договора — о пользовании зданием и о пользовании парковкой. И затем решить вопрос о связи между этими двумя договорами.

Отдельные условия (ст. 157 ГК), взятые изолированно, могут быть представлены как части сделки, хотя бы они и не указывали на собственные, изолированные права и обязанности, именно потому, что эти условия имеют природу волеизъявлений, направленных на юридические последствия, т.е. являются сделкой. И хотя верно, что «условное волеизъявление — это одно нераздельное целое», не подлежащее разложению на «основное и побочное»², нераздельность скорее говорит о характере связи, исключаяющей их раздельное бытие, чем о том, что условие не может восприниматься как часть сделки. Поэтому условие может быть извлечено из сделки, но придется признать, что оставшаяся после этого извлечения сделка утрачивает смысл.

Отнюдь не всегда вообще возможно в сделке обнаружить несколько сделок (условий). Если так, то, значит, правило ст. 180 ГК попросту неприменимо. Никаких иных элементов, которые не могут быть представлены как сделка, искать там для целей ст. 180 ГК не следует. А если учесть, что элементы — это по определению³ не сделка и даже не юридические факты (в последнем случае следует, конечно, говорить о юридическом составе, что не имеет никакого отношения к норме ст. 180 ГК), то решение очевидно: элементы никогда не могут быть признаны недействи-

¹ Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 2: Введение и общая часть. М., 1950. С. 310. Далее автор говорит также о применимости этой нормы к тем случаям, когда часть исполнения невозможна или исполнение в части противоречит закону (С. 311). Если исходить из того, что такое исполнение делимо (только тогда может быть выделена его часть), то, на мой взгляд, соответствующую сделку можно для целей ст. 180 ГК РФ представить как две (или более) сделки об исполнении по частям. Например, если из трех самолетов, предназначенных для аренды по одному арендному договору, один оказался арестован, то следует рассмотреть вариант, что имеется два договора — об аренде двух (свободных) самолетов и одного (арестованного), а затем решить вопрос о связи этих сделок.

² Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 2: Введение и общая часть. С. 283.

³ Выражение не лишено иронии, так как определения элемента, насколько известно, не имеется. Будем считать, что это — нечто, аналогичное принадлежности. Тогда можно заключить, что принадлежность сделки никогда не может быть сделкой. Соответственно принадлежность может противоречить закону, но не может быть недействительной.

тельными по правилам ст. 168 ГК просто потому, что эти правила относятся только к сделке, юридическому факту, тогда как элементы этих качеств лишены, потому что не способны создавать юридическое действие. Соответственно, и существенность элементов утрачивает всякое значение (возможно, впрочем, что ценность этого понятия велика в теории эмпириокритицизма, если эта теория, знаменитая своими критиками, еще существует).

Это позволяет заключить, что если из оспариваемой сделки невозможно извлечь в качестве недействительной сделки ее часть таким образом, чтобы после этого извлечения оставшаяся часть также была бы сделкой, то на этом следует остановиться, так как в этом случае правило ст. 180 ГК неприменимо. Обнаружение каких-либо элементов, в том числе и несущественных, никакого отношения к применению правила ст. 180 ГК РФ не имеет. А если учесть, что «само понятие существенного элемента сделки является неоднозначным»¹ даже по признанию самого автора обсуждаемой рекомендации, то ожидать практического эффекта от этого предложения едва ли приходится.

Соответственно остается и проблема устойчивости сделок, в несущественной, малозначительной степени не соответствующих закону, и с помощью правила ст. 180 ГК эта проблема, как мы смогли убедиться, никак не разрешается.

Позволю себе поэтому все же вернуться к высказанной выше и вполне практически исполнимой идее непосредственного применения правила ст. П1-1.

НЕКОТОРЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ О НАЦИОНАЛИЗАЦИИ И РЕСТИТУЦИИ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

Арбитражным судом г. Петербурга рассматривалось в 2007 г. следующее дело.

Русское географическое общество, созданное в XIX в. знаменитыми русскими географами, приобрело в 1908 г. здание в г. С.-Петербурге, выстроенное специально для общества на собственные средства и пожертвования.

Здание было национализировано в 1926 г. Однако на протяжении всего времени существования здания в нем продолжало находиться РГО. Какого-либо договора на пользование зданием, в том числе с выплатой арендной платы, никогда не имелось. Кроме того, из-за крайне ограниченных источников доходов любое возложение на РГО имущественных обязательств привело бы к его банкротству и прекращению деятельности. Выселение же РГО из здания было бы воспринято общественностью как совершенно возмутительная акция и, насколько известно, не обсуждалось публичными органами.

Понимая свою ответственность за сохранность здания и хранящихся в нем уникальных архивов, РГО обратилось с иском в суд, требуя признать за ним право собственности на здание по приобретательной давности.

Вообще говоря, истца, видимо, нельзя считать добросовестным: собственник истцу известен. В данном деле даже имеется такой факт, как судебное решение о признании КУГИ С.-Петербурга собственником, что само по себе не лишает, конечно, владельца права обратиться в суд с заявлением о признании права собственности в порядке ст. 234 ГК.

¹ Гутников О.В. Указ. соч. С. 107.

Впрочем, добросовестность владельца для приобретения по давности не является обязательным атрибутом этого института. Большинство правовых систем допускает приобретение по давности и без доброй совести¹.

Но в данном деле заслуживают внимания те факты, которые обосновывают позицию ответчика как собственника.

Собственником спорного здания является публичный орган, обосновывающий свое право собственности национализацией. Но такая национализация должна укладываться в механизм правопорядка в целом.

На мой взгляд, единственным основанием для оценки акта национализации 1926 г. может быть только ГК РСФСР 1922 г., поскольку именно этим законом регулировались тогда отношения собственности. В ст. 3 ГК РСФСР 1922 г. указывается, что особыми кодексами регулируются земельные, семейные отношения и отношения из найма рабочей силы. Следовательно, отношения собственности на здания регулировались ГК РСФСР 1922 г.

В ст. 6 ГК РСФСР 1922 г. указывается, что никто не может быть лишен гражданских прав или ограничен в правах иначе, как в случаях и в порядке, определенных законом. Между тем гражданское законодательство не содержало норм, описывающих порядок и случаи национализации, поэтому сам по себе акт национализации как лишение собственника принадлежащего ему права в рамках правопорядка, установленного ГК РСФСР 1922 г., не мог бы считаться легальным механизмом.

Да и до 1922 г. советское законодательство не имело закона, отвечающего признакам закона с формальной и содержательной точки зрения, который являлся бы достаточным для легализации национализации. Известные декреты 1917 г. (хотя здание РГО под их действие и не подпадало) таким признакам не отвечали.

В соответствии с Декретом от 22 мая 1922 г. «Об основных частных имущественных правах, признаваемых РСФСР, охраняемых ее законами и защищаемых судами РСФСР», только имущество, экспроприированное до 22 мая 1922 г., не подлежало истребованию (примеч. 1 к ст. 59 ГК РСФСР 1922 г.). Из этой нормы можно, во всяком случае, сделать вывод, что после 1922 г. национализация имущества как способ приобретения государственного права собственности гражданским законодательством не регулировалась. Действительно, такой нормы в ГК РСФСР 1922 г. не имеется.

При таких обстоятельствах провозглашение права государственной (муниципальной) собственности на здание в силу акта национализации в 1926 г. не могло восприниматься ни как сколько-нибудь юридически обоснованное, ни как регулируемое правом.

В силу п. 2 раздела второго Конституции РФ 1993 г. законы и другие правовые акты, действовавшие на территории Российской Федерации до вступления в силу настоящей Конституции, применяются в части, не противоречащей Конституции Российской Федерации.

Нетрудно понять, что акты о национализации по своей сути (не говоря уже о своем негодном юридическом качестве) противоречат действующей Конституции, не допускающей изъятия имущества без суда и без компенсации. Как уже го-

¹ Подробнее соответствующие вопросы излагаются в главе о приобретательной давности.

ворилось выше, по мнению судьи КС РФ Н.С. Бондаря, имеется и конституционный принцип неприкосновенности частной собственности¹. Следовательно, ссылки на акты национализации как на основание собственности государства, лишены сегодня юридической почвы.

Итак, мы должны признать, что ответчик на самом деле не имеет достаточных оснований для защиты своего права собственности. Таким основанием могло бы быть длительное открытое владение имуществом как собственным в течение многих лет, которое с 1992 г. (с обратной силой) стало признаваться в качестве приобретения собственности по давности.

Парадоксальным образом государству, а не частным лицам оказывается более уместной защита своей позиции по ст. 234 ГК в спорах, вытекающих из национализации. В то же время публичному органу при этом нужно было бы доказать, что владение начато им добросовестно. Однако при этом следовало бы учесть следующее.

Сама по себе национализация могла бы рассматриваться как сколько-нибудь легитимная лишь в том случае, если бы она отвечала тем целям экономической политики, для которых она и была провозглашена.

Как известно, правительство РСФСР и иные органы власти проводили национализацию для изменения способа производства, в частности, для прекращения частного производства путем лишения частных предпринимателей юридической и фактической возможности ведения производства. Проводимая для этих целей национализация во всяком случае не могла быть мотивирована в отношении общественных организаций, и еще меньше оснований усматривать какие-либо основания национализации в тех случаях, когда фактически имущество у прежнего собственника не отбиралось и никаких изменений в эксплуатации им имущества акт национализации не влек. В этом случае ни по своему обоснованию, ни по своему результату национализация не могла восприниматься как законная и юридически состоятельная.

С точки зрения формы добросовестность зависит от оценки соответствия процедуры реального изъятия в порядке национализации с какой-либо формой, вытекающей из законодательства, с каким-либо упорядоченным механизмом. Произвол и насилие исполнительных органов при захвате имущества не могут, конечно, создать позиции добросовестного приобретения (в ее предельно широком смысле, в том числе выходящем за рамки ст. 234 ГК). Впрочем, эта оценка могла бы быть дана только судом.

Выше уже говорилось, что добрая совесть не присуща сама по себе приобретению по давности, поэтому возможен и переход к приобретению по давности без доброй совести.

В любом случае приобретатель для давности должен владеть имуществом, поэтому публичный орган лишь тогда может сослаться на действие механизма приобретения по давности, когда он является владельцем. Поскольку непосредственно публичный орган владения не осуществляет, к его владению приравниваются случаи, когда имущество передано по срочному договору иному лицу либо находится у иных лиц на праве хозяйственного ведения (оперативного управления).

¹ Бондарь С.Н. Конституционализация социально-экономического развития российской государственности (в контексте решений Конституционного Суда РФ). М., 2006. С. 163.

Споры о правах на национализированное имущество затрагивают проблему реституции – возврат имущества прежним собственникам, подвергшимся экспроприации.

Начиная с Афин, когда проводилась реституция при реставрации политического режима, важнейшей ее чертой было различие между изъятыми имуществами, еще оставшимися у тех, в пользу кого они были изъяты, кому они были переданы при экспроприации, и теми имуществами, которые уже оказались у третьих лиц. Во втором случае обычно избирались способы компенсации, не связанные с изъятием имущества, либо реституция вовсе не проводилась. Это ограничение действия реституции в натуре только первым получателем имущества является ее главной чертой и будет подробнее рассмотрено в главе о реституции.

Практически реституция довольно широко проводилась в ФРГ и странах Восточной Европы в последние два десятилетия¹. Опыт реституции показывает, что ее действие затрудняется со временем, так что реально могут претендовать на реституцию крайне незначительная часть экспроприированных собственников, причем уменьшение их числа происходит со временем в геометрической прогрессии. Несколько прочнее позиции общественных организаций, церкви, которые, как правило, не претендуют на производственные активы, подвергающиеся наибольшему изменению (тогда встает вопрос об утрате их идентичности), и обычно легче доказывают правопреемство.

Приведенное выше дело РГО показывает, что реституция возможна в рамках каждого конкретного спора, взятого в его особенностях, индивидуальности; в этой сфере едва ли возможны трафареты, что предполагает высокую степень усмотрения суда. Поэтому в законе, если он будет принят, должны быть описаны самые общие условия реституции и указаны широкие пределы усмотрения, которые должен иметь суд.

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВА НА ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ ЗЕМЕЛЬНОГО УЧАСТКА

Практика применения Земельного кодекса Российской Федерации (далее – ЗК РФ), как и можно было предположить, обнаружила ряд острых проблем в той сфере имущественных отношений, которая подпадает как под действие земельного, так и под действие гражданского законодательства.

Провозглашение любого из законодательных актов приоритетным по отношению к другому едва ли можно считать удачным способом решения этих проблем, поскольку действительное соотношение законов зависит не столько от произвола законодателя, сколько от существа регулируемых отношений.

Вообще говоря, поскольку гражданское право не может, насколько известно, рассматриваться как часть права земельного, каждый раз, когда речь идет о возникновении права собственности или иного частного права на земельный участок, приходится убеждаться, что правомерен лишь вопрос о способах установления спе-

¹ Материал собран в кн.: Реституция прав собственности. М.: Посев, 2005.

Выступления российских участников проникнуты вполне оправданными пессимистическими настроениями.

цифики земельных отношений в рамках имеющихся гражданско-правовых инструментов. Очевидно, что земельные участки являются имуществом и подчиняются тем или иным закономерностям, обслуживающим оборот.

Отвлекаясь от этих общих посылок, в которых нет ничего нового, я бы хотел остановиться на некоторых конкретных вопросах, поставленных судебными делами.

В приведенном ниже деле речь идет о пределах действия ст. 36 ЗК РФ. Предусмотренный этой нормой механизм приватизации земельных участков обусловлен тем обстоятельством, что соответствующие земельные участки фактически уже заняты владельцами строений, зданий, помещений в этих зданиях. Некоторые из этих владельцев (но далеко не все) имеют какие-либо права на землю; большинство не имеет никаких. Мы получаем, следовательно, ситуацию фактического владения без каких-либо прав, что само по себе является ненормальным положением, требующим устранения и перехода к такому режиму, когда собственники строений (зданий, сооружений, помещений) имеют то или иное право на земельный участок. Понятно, что право государственной (муниципальной) собственности на земельные участки, фактически занятые иными лицами, исключает возможность юридически обоснованного освоения данных земельных участков, запутывает вопросы их налогообложения¹ и хозяйственного использования, ведет земельные отношения в тупик. Противоречит это положение и принципам ЗК РФ, среди которых провозглашен принцип принадлежности участка и строения одному лицу.

Именно совокупность этих вполне очевидных факторов и выражена в норме ст. 36 ЗК РФ. Между тем в ее применении наметились тенденции, идущие вразрез с ее назначением, что и видно из приведенного ниже земельного спора.

Акционерному обществу «Ростовкнига», созданному в процессе приватизации, принадлежала на праве собственности часть здания (нежилые помещения в здании). Другие помещения в том же здании принадлежали собственникам квартир — жилых помещений, среди которых были как физические лица, так и муниципалитет. Кондоминиум не создавался, что вообще характерно для нынешней экономической ситуации и превращает дело в чрезвычайно типичное, а проблемы, поднятые в нем, делает остроактуальными.

АО «Ростовкнига» обратилось с заявлением о приобретении в собственность $\frac{1}{4}$ доли в праве на земельный участок, расположенный под зданием и примыкающий к нему, т.е. участок, обслуживающий здание, использование которого для иных целей исключено по основаниям, вытекающим из градостроительных и иных норм, регулирующих городское землепользование².

Суд первой инстанции иск удовлетворил, сославшись на ст. 35, 36 ЗК РФ. Суд кассационной инстанции согласился с принятым решением.

Президиум Высшего Арбитражного Суда (далее — ВАС) РФ принятые решения отменил и в иске отказал, указав, что норма ст. 36 ЗК РФ допускает исключительно совместное обращение в исполнительный орган государственной власти или орган местного самоуправления всех собственников строений. Другой порядок приобретения права собственности на

¹ До сих пор по существу не обсуждается незаконная ситуация, когда налогообложение пользования землей не увязано с правом на землю. Очевидно, что в ближайшее время уже только это обстоятельство заставит поторопиться с легализацией фактического землепользования.

² Этот спор уже обсуждался в консультации А.А. Маковской (Хозяйство и право. 2003. № 10).

земельные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности, законом не предусмотрены¹.

Суть позиции Президиума ВАС РФ сводится, стало быть, к ограничительному толкованию нормы ст. 36 ЗК РФ, которая не предусматривает возможности приобретения права собственности на земельный участок одним из собственников здания, комплекса зданий или помещений независимо от других. Президиум ВАС РФ прямо расценил данную норму как ограничительную и сослался в обоснование этого на п. 3 ст. 129 ГК, указав, что речь идет об ограничении оборотоспособности земельных участков.

Президиум ВАС РФ не нашел оснований для толкования ст. 36 ЗК РФ в ее связи с иными нормами (в частности, ст. 1 ЗК РФ, ст. 55 Конституции РФ и др.) и применил ее как вполне изолированный закон.

Понятно, что множественность собственников на строение предполагает и множественность собственников на земельный участок, находящийся под строением, что прямо указано в ст. 35 ЗК РФ применительно к сделкам, совершаемым лицом, которому принадлежит право на долю в общей собственности на строение. Именно в этом и состоит смысл ссылки арбитражного суда, рассматривавшего иск АО «Ростовкнига», на ст. 35 ЗК РФ. Непосредственно норма ст. 35 ЗК РФ этот спор, конечно, не регулирует, но имеет характер нормативной конкретизации общего принципа единой судьбы права на строение и на земельный участок (ст. 1 ЗК РФ). Любые иные решения, в том числе и решение о закреплении земельного участка за одним из совладельцев здания даже и с правом «вступления» в договор иных лиц, нарушают принцип единой судьбы, заложенный в ст. 1, 35 ЗК РФ. Непонятна юридическая природа права «вступления», которое не укладывается в существующую систему субъективных прав. Очевидно, что оно не является ни вещным, ни обязательственным, ни преимущественным правом. Да и с экономической точки зрения непонятно, как будут распределяться возникающие в этом случае расходы, в том числе налоговые, на содержание земельного участка, каким образом он будет управляться и т.д.

Поэтому компромиссное решение о возможности заключения арендного договора с правом вступления в него иных лиц (п. 3 ст. 36 ЗК РФ), в котором по крайней мере имеется формальная возможность урегулировать указанные выше вопросы², не распространяется на предоставление всего земельного участка в собственность первому обратившемуся лицу из числа владельцев недвижимости.

Единственным применимым средством реализации права на получение земельного участка в собственность при множественности владельцев остается возникновение права на долю в общей собственности на земельный участок соответственно той доле, которую имеет истец в строениях, расположенных на земельном участке.

Против такого решения выдвигаются следующие аргументы:

— возникает общая собственность с муниципалитетом, что неприемлемо;

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 20 июля 2004 г. № 3934/04.

² Согласие арендатора на вступление в договор иных лиц может быть дано под условием включения в договор положений о возмещении вступающими в договор лицами ранее понесенных расходов и т.д.

— общая собственность на неделимый объект не может возникнуть из сделки (ст. 244 ГК);

— такой иск невозможен, так как не предусмотрен ст. 36 ЗК РФ.

Как видно, Президиум ВАС РФ опирался только на последний аргумент, тем не менее обсудим все возможные возражения.

1. Возникновение общей собственности между частным землевладельцем и муниципалитетом (или иным публичным органом) не вступает в противоречие с законом.

Равенство всех форм собственности означает, что не может быть запрета на возникновение общей собственности, участниками которой выступают публичные органы и частные лица. Ставится под сомнение лишь возникновение общей собственности на объекты, находящиеся в оперативном управлении (хозяйственном ведении), но, во-первых, эта позиция не нашла, насколько мне известно, поддержки, а во-вторых, она и не описывает нашу ситуацию, поскольку речь идет о тех земельных участках, которые фактически заняты собственниками построек и не могут использоваться для хозяйственной эксплуатации иными лицами, а потому и не могут быть переданы в оперативное управление либо хозяйственное ведение, не говоря уже о том, что такие титулы для прав на землю и не существуют.

Фактическое осуществление общей собственности на землю означает, что частное лицо, с одной стороны, и муниципалитет, с другой стороны, осуществляют право общей собственности в соответствии с законом, т.е. определяют порядок пользования участком, распоряжаются им путем достижения общего согласия. Спорные вопросы могут быть решены судом. Иными словами, между сторонами имеются правовые отношения, урегулированные законом и позволяющие разумно управлять земельным участком.

В рамках установленного порядка пользования муниципалитет может устанавливать арендные отношения с иными собственниками строений. Дело в том, что если предметом аренды не может быть доля в праве общей собственности, то отдельные вещи, в том числе вещи, находящиеся в общей собственности, могут быть предметом аренды. Ведь порядок пользования означает, что каждый из совладельцев получил определенные возможности в отношении общего имущества — например, определено, какие части участка могут использоваться для прокладки коммуникаций, а какие — для размещения зоны отдыха, определено, кто и как осуществляет проезд и проход по участку. Тот объем прав пользования, который закреплен за каждым из совладельцев, оказывается теперь уже в его собственной власти, и он получает возможность распорядиться им путем передачи в аренду (безвозмездное пользование) иным лицам¹.

¹ Попутно нужно заметить, что правило ст. 607 ГК, описывающее объекты аренды (непотребляемые вещи), никак не означает, что в аренду сдается непременно вещь как целое. Во-первых, уже то, что аренда возможна и без установления владения арендатора, заставляет признать, что предметом аренды является именно объем прав арендатора (и обязанностей арендодателя). Во-вторых, суть аренды во все и не состоит в том, что объект «передается», а заключается в том, что арендатор получает право на пользование, эксплуатацию полезных свойств вещи, которые могут осуществляться любым способом, удобным арендатору. Например, аренда концертного зала наиболее удобна арендатору, если он использует его по назначению, т.е. для проведения зрелищного мероприятия, без точного описания всех тех помещений, которые предполагается использовать, и, конечно, без получения фактического владения (что на практике предполагает наличие персонала, подчиненного арендодателю). В этом случае арендатор получает право провести концерт или иное мероприятие, и этого права ему вполне достаточно. По-

Не исключается, конечно, и совместная передача участка в аренду с множественностью лиц на стороне арендодателя.

Кроме того, общая собственность частного землевладельца и муниципалитета позволяет иным собственникам помещений (строений) приобретать свои доли в праве общей собственности постепенно, в разные сроки, что, нужно признать, является идеальным переходным механизмом¹, а ведь именно такой механизм и должен быть найден для нынешнего состояния земельных отношений.

Таким образом, возникновение общей собственности на земельный участок между частным лицом и муниципалитетом сохраняет все юридические возможности использования участка, не загоня стороны в неразрешимый тупик обязательной альтернативы: либо все вместе, либо никак.

2. Известен аргумент, и мне приходилось уже его обсуждать применительно к собственности на здания, что в силу ст. 244 ГК невозможно установить общую собственность путем договора между собственником неделимой вещи и иным лицом. Последовательное и строгое проведение нормы ст. 244 приводит к отрицанию права на отдельное помещение в здании².

Известны и возражения: фактически таким способом общая собственность возникает, и эту массовую практику невозможно игнорировать. Компромисс может быть достигнут на пути введения в ст. 244 ГК РФ известной европейскому праву фикции принадлежности собственнику неделимой вещи 100% долей в праве собственности на свою вещь.

Применительно к ст. 36 ЗК РФ можно отметить, что только одно упоминание этой нормой помещения как самостоятельного объекта права собственности означает, что норма ст. 244 ГК, поскольку она применяется в совокупности со ст. 36 ЗК РФ, не может влечь тех строгих выводов, которые из нее следуют. Ведь иначе придется признать, что в отношении неделимого объекта — здания — общая собственность в силу договора с собственником может возникнуть, а в отношении земельного участка — не может.

лучать при этом в управление целое здание и брать на себя издержки по его содержанию, охране и пр. арендатору совсем не нужно и не интересно.

Точно так же хозяину катера вовсе не интересно арендовать часть реки (что юридически невозможно) или даже часть берега, а достаточно договориться с собственником водного объекта о праве причаливать к берегу (или к причалу). Никакой передачи объекта (а ни часть реки, ни часть берега вещами и не являются) в этом случае не происходит, да этого и не нужно.

Пользование субстанцией вещи возможно и без получения самой вещи, но непременно требуется содействие собственника, обязанности которого и составляют суть договора аренды.

¹ В проекте Жилищного кодекса РФ предлагался более радикальный вариант — возникновение общей собственности на земельный участок по заявлению *любого собственника помещения* многоквартирного дома (ст. 44 проекта). Очевидно, что проект ЖК РФ в этой части вполне отвечает тому подходу, который я пытаюсь здесь обосновать, но можно также отметить, что он является и более радикальным. Эта радикальность, видимо, объясняется пониманием того, что жильцы многоквартирного дома едва ли будут выдвигать возражения, что предпочли бы аренду общей собственности; скорее всего, они не будут выдвигать никаких возражений.

В окончательном тексте соответствующие нормы размещены в ст. 16 Закона о введении в действие ЖК РФ. Участок переходит в общую долевую собственность с момента его формирования. Однако заявление о его формировании может быть сделано лишь после того, как такое решение принято общим собранием собственников помещений в жилом доме.

² Подробнее эти вопросы освещены в главе об общей собственности.

Кроме того, эмпирическое давление на норму ст. 244 ГК столь велико, что реально ее строгое проведение, по всей видимости, невозможно и, во всяком случае, ожидать, что начнется такое проведение с оборота земли, не приходится, тем более, что в силу упомянутого правила ст. 35 ЗК РФ оборот земли и оборот строений должны подчиняться одинаковым механизмам.

3. Наиболее ожидаемым является довод о том, что заявление о приобретении доли в праве общей собственности на земельный участок исключается ст. 36 ЗК РФ, поскольку такой способ в ней буквально не указан. Именно такова аргументация Президиума ВАС РФ, причем эта аргументация сопровождается прямым указанием на п. 3 ст. 129 ГК РФ, т.е. содержит отсылку к нормам об ограничении оборотоспособности земли.

Прежде всего необходимо разобраться, является ли в данном случае умолчание способом исключения юридических возможностей участника оборота, т.е. способом ограничения права на приобретение земельного участка (оборотоспособности земельного участка). Обращает на себя внимание то, что в ст. 27 ЗК РФ содержится два механизма ограничения оборотоспособности земельного участка. Первый по своей сути аналогичен тому, который предусмотрен ст. 129 ГК и сводится к установлению различных режимов земельных участков (п. 2 ст. 27 ЗК РФ). Этот механизм не вызывает возражений. А на второй, видимо, отличный от него, указывает весьма туманная формулировка п. 3 ст. 27 ЗК РФ: содержание ограничений оборота земельных участков устанавливается Земельным кодексом и федеральными законами. Если это правило отлично от правила п. 2 ст. 27 ЗК РФ, а в противном случае в нем бы не было нужды, то, стало быть, и земельный участок, не ограниченный в обороте, тем не менее утрачивает оборотоспособность в силу «содержания ограничений».

Хотя технические погрешности нормы п. 3 ст. 27 ЗК РФ очевидны и сами по себе настолько серьезны, что, пожалуй, могут быть расценены как повод просто лишить это положение права на жизнь, некоторые частные сопоставления со ст. 36 ЗК РФ все же могут быть сделаны. Прежде всего, «содержание ограничений оборота» предполагает все же положительное указание «соответствующего закона» на это содержание. Умолчание к способам изложения содержания отнести невозможно. В этом отношении умолчание в ст. 36 ЗК РФ об иных способах приобретения участка не может означать ограничения его оборотоспособности, поскольку по своему режиму участок является оборотоспособным, и суд этот факт под сомнение не ставил.

Важным представляется и такой аспект. В силу п. 3 ст. 55 Конституции РФ (ст. 1 ГК) субъективные права могут быть ограничены по известным и достаточно весомым основаниям.

Из этого общего правила во всяком случае следует, что любые ограничения прав должны быть обоснованы ссылкой на конкретные основания, которые не могут быть иными, чем те, которые указаны в ст. 55 Конституции РФ. По-видимому, применительно к ст. 36 ЗК РФ можно было бы говорить, что имеющиеся в ней ограничения прав, поскольку они могут быть обнаружены, обоснованы публичным интересом.

Например, отказывая в предоставлении земельного участка в собственность, ответчик сослался на то, что этот участок предполагается использовать для реконструкции централь-

ной части города, а часть земельного участка находится на землях общего пользования (второй аргумент затрагивает уже режим земельного участка). Президиум ВАС РФ, отменяя решение о предоставлении земельного участка, посчитал необходимым при разрешении спора исследовать генеральный план города¹.

Но такого основания невозможно найти для обоснования отказа одному из со-владельцев строения в требовании приобретения доли в праве на земельный участок. Ведь публичный собственник в любом случае не может пользоваться земельным участком, занятым строением. Он несет лишь бремя собственника, которое может быть в той или иной части переложено на иное лицо на основании договора (ст. 210 ГК). Но мы обсуждаем именно ту ситуацию, когда договора о пользовании нет и заключить его невозможно. Стало быть, публичный собственник, не пользуясь землей, несет все бремя, связанное с собственностью. Никак нельзя усмотреть в этом положении какой-либо публичный интерес.

Важно отметить, что если сам земельный участок не ограничен в обороте, то и право на долю в общей собственности на тот же участок также не может быть ограничено в обороте, что вполне очевидно, но, к сожалению, не нашло никакого отражения в упомянутом постановлении Президиума ВАС РФ. Доля в праве на объект имеет ровно ту же оборотоспособность, что и сам объект. Имея в виду этот бесспорный довод, можно утверждать, что по основаниям ст. 129 ГК недопустим отказ в приватизации путем приобретения доли в праве собственности на земельный участок (равно как и на иной объект), не ограниченный в обороте.

Наконец, с точки зрения механизма действия ограничение относительного права одной стороны (а к такому роду прав и относится право на приватизацию) влечет возникновение прав, юридических возможностей (расширении сферы свободы) или конкретных благ у другой стороны, и именно в этих правах, возможностях и благах и обнаруживается социальная ценность, выраженная в ограничении права. В нашем случае, несомненно, расширяется сфера усмотрения публичного органа в отношении земельного участка, так как никто не имеет на этот участок частного права. Но, поскольку участок изъят из хозяйственной эксплуатации публичного органа и, следовательно, его право лишено интереса, все его усмотрение сводится к произвольным действиям, причем при отсутствии материального интереса в самом земельном участке (уже только появление этого интереса создает угрозу фактическим пользователям) мотив,двигающий произволом публичного органа, смещается в сферу тех собственных интересов, которые обнаруживаются как частный бюрократический интерес, заведомо находящийся в конфликте с истинным публичным интересом, поскольку всякий частный бюрократический интерес — это интерес извращенный, наносящий вред правопорядку в целом. В каких формах реализуется бюрократический произвол в сфере земельных отношений, я говорить не буду, эта материя хорошо известна.

Итак, можно видеть, что сохранение за публичным органом права собственности на тот земельный участок, который им не используется и не может использоваться, не только не отвечает публичному интересу, но и почти неизбежно приводит

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 9 декабря 2003 г. № 11314/03 // Вестник ВАС РФ. 2004. № 7. С. 61.

к конфликту с публичным интересом. А если так, то мы не видим никакого законного основания для ограничения права фактического владельца земли в отношениях с публичным органом, имеющим право собственности на земельный участок.

Следовательно, основной аргумент Президиума ВАС РФ, состоящий в том, что норма ст. 36 ЗК РФ является ограничительной, не выдерживает критики с позиций системы права, включая конституционное, земельное и гражданское законодательство в их связи.

Изложенное позволяет оценить норму ст. 36 ЗК РФ как указание на некоторые, но не все возможные способы приобретения прав на земельный участок, на котором находятся здания, владельцами этого здания. Полагаю, что такое понимание нормы ст. 36 ЗК РФ является единственно возможным, так как ее узкое, ограничительное применение обязательно приведет земельные отношения в тупик. Кроме того, что уже сказано выше, следует критически оценить и иные положения этой нормы. В частности, в п. 1 ст. 36 ЗК, который мыслится, надо полагать, как общее правило, право на приобретение земельного участка признается лишь за собственниками зданий, строений и сооружений. При том, что сами по себе эти термины лишены точного юридического содержания, они все же обычно употребляются для обозначения объектов недвижимости, отличных от помещений. Если так, а на это указывает то обстоятельство, что далее в ст. 36 ЗК РФ уже упоминаются и помещения, то мы приходим к выводу, что собственники помещений, в отличие от собственников строений и сооружений, ограничены в праве на приобретение земельного участка, что само по себе трудно объяснить. Достаточно сказать, что помещением признается встроенный магазин (как в нашем деле), а сооружением (строением), например, гараж или трансформаторная подстанция, по своему размеру в десятки раз уступающая магазину. Но дело даже не в количественных данных. Не ясен сам принцип такого ограничения.

Можно лишь догадываться, что для собственников помещений, как это вытекает из п. 2 и 3 ст. 36 ЗК РФ, применима исключительно общая долевая собственность на земельный участок. С этим можно согласиться только с рядом оговорок, которые едва ли имел в виду законодатель. Прежде всего имеется в виду, что любая множественность владельцев земельного участка (т.е. множественность на стороне собственника строения) должна влечь те же последствия, что и возникновение права собственности на помещение. Как уже говорилось, такое понимание вытекает из ст. 1, 35 ЗК РФ (принцип единой судьбы строения и земельного участка). Но это разумное правило сводится на нет принудительной солидарностью действий при приобретении земельного участка. Эта принудительность не вытекает ни из каких норм и принципов ни земельного (если только не отождествлять принудительность с основами публичного права и таким образом — публичными элементами в праве земельном), ни гражданского права.

Общая долевая собственность не должна мыслиться исключительно как собственность частных лиц. Кстати, если среди собственников помещений имеется муниципалитет (а для жилых зданий это правило, ведь часть квартир всегда не приватизирована), то все равно возникнет общая с муниципалитетом собственность, даже если будет соблюден порядок принудительной солидарности, предусмотренный п. 3 ст. 36 ЗК РФ. Следовательно, общая собственность частного лица и пуб-

личного органа прямо допускается не только всей системой прав на объекты недвижимости, созданной ГК РФ и ЗК РФ, но и отдельно взятой нормой ст. 36 ЗК РФ. Поэтому совершенно непонятно, почему категорически отвергается та же общая собственность частного лица и публичного органа на основании отдельных обращений собственников помещений.

Признав возможность возникновения общей собственности, мы должны оценить последствия той позиции, которая вытекает из постановления Президиума ВАС РФ от 20 июля 2004 г. Как нетрудно убедиться, толкование ст. 36 ЗК РФ, которое дано Президиумом ВАС, состоит в том, что допустимо исключительно совместное обращение с заявлением о предоставлении земельного участка в собственность всех фактических владельцев земельного участка. Если такого заявления нет, то любые другие заявления, в том числе заявления одного или нескольких, но не всех владельцев, подлежат отклонению как выходящие за рамки ст. 36 ЗК РФ. Напомню, что в нашем деле строение — жилой дом со встроенным магазином — находится на земельном участке, который в $\frac{1}{4}$ части закреплен за магазином (имеющим форму АО) на праве бессрочного пользования, а в целом находится в муниципальной собственности. Другие владельцы, в том числе собственники квартир (жилых помещений) в здании, прав на землю не имеют и никакого намерения вступить в АО в договор о приобретении земли не обнаруживают.

Совершенно очевидно, что описана ситуация, типичная для всей городской застройки. Можно с уверенностью сказать, что именно так и обстоит дело в большинстве случаев, а совместного обращения владельцев, как хорошо известно, достичь не удастся практически никогда. Следовательно, во всех этих случаях (а они составляют подавляющее большинство) не возникнет никакого права на земельный участок. Если это положение будет признано соответствующим закону, то мы вынуждены будем признать, что в части городского землепользования ни принципы ЗК РФ, ни простое следование здравому смыслу и хозяйственной целесообразности не будут достигнуты никогда. Земельные отношения навсегда будут заведены в тупик.

Полагаю, что ситуацию следует все же решить в духе, более отвечающим Конституции РФ и интересам общества.

Как выглядит юридический тупик, замыкание в котором я безуспешно пытался предупредить, стало ясно уже в первый же год после опубликования вышеизложенного материала.

Администрация г. Курска заключила с обществом «Актив» договор купли-продажи участка площадью 3145 кв. м. по ул. К. Маркса, 17, поскольку общество «Актив» было собственником здания по ул. К. Маркса, 17. Договор был оспорен ТОО «Молния», за которым судом было признано право собственности на $\frac{34}{472}$ доли в упомянутом здании. Президиум ВАС РФ признал недействительным договор купли-продажи между обществом «Актив» и администрацией полностью как заключенный с нарушением п. 3 ст. 36 ЗК РФ¹.

Очевидно, что «Актив» и «Молния», несмотря на свои энергичные наименования, не найдут сил для совместной заявки. Тем самым право на участок под при-

¹ Постановление от 11 октября 2005 г. № 7659/05 (Вестник ВАС РФ. 2006. № 3. С. 59–62).

надлежащим им зданием никогда не будет установлено. Вот так и выглядит тупик в жизни. Печально, что ВАС РФ так настойчиво его воспроизводит. Между тем не было никаких препятствий хотя бы признать сделку недействительной в части $\frac{34}{472}$ доли, оставив в этом размере муниципальную собственность и предоставив обществу «Молния» по своему выбору либо получить право на долю в собственности, либо заключить арендный договор с администрацией. Но суд выбрал иной вариант, все пороки которого показаны выше.

НЕКОТОРЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ О ПРАВЕ ОХОТЫ

Одним из аспектов взаимоотношений государства и собственников является такое подзабытое уже право, как право охоты.

Между администрацией Ивановской области и Ивановским областным обществом охотников и рыболовов (охотпользователем) в 1997 г. был заключен договор на предоставление в пользование охотничьих угодий общей площадью 1860 тыс. га на 25 лет. При том, что вся площадь области едва превышает 2000 тыс. га, договором охвачена почти вся территория Ивановской области. При заключении договора охотпользователь не получил соответствующей лицензии.

Впоследствии охотпользователю было отказано в выдаче лицензии на право пользования объектами животного мира из-за того, что не была проведена экологическая экспертиза.

В 1998 г. прокурором был предъявлен иск в интересах управления охотничьего хозяйства Ивановской области о признании договора недействительным. Иск был удовлетворен.

Отменяя решение суда, президиум ВАС РФ указал, что ответчик выполнил все необходимые действия для получения лицензии, а для проведения экологической экспертизы необходимо указать, в связи с какими обстоятельствами необходимо ее проведение. Дело было направлено на новое рассмотрение. Впоследствии в иске было отказано.

Затем, уже в 2001 г., решением арбитражного суда по иску Ивановской областной организации охотников и рыболовов управление по охране, контролю и регулированию использования охотничьих животных Ивановской области было обязано к выдаче истцу лицензии по заявке, поданной в 1998 г.

Налицо спор, затрагивающий сферу, до сих пор мало привлекавшую внимание юристов. Очевидно, что в центре спора такие объекты, как животный мир, охотничьи угодья. Животный мир находится в государственной собственности. Поэтому лицом, правомочным им распорядиться, является соответствующий государственный орган. Например, в силу Постановления Правительства РФ от 19 января 1998 г. № 67 таким органом было признано Министерство сельского хозяйства и продовольствия РФ, которое в силу Постановления Правительства РФ от 27 декабря 1996 г. было уполномочено выдавать долгосрочные лицензии в отношении объектов животного мира.

Хотя такое закрепление функций не окончательно, нельзя не обратить внимание на то, что орган, ведающий распоряжением объектов животного мира, и орган, лицензирующий такое распоряжение, совпадают в одном лице. Именно это совпадение и предопределило тот конфликт, который лег в основу приведенного выше спора. Суд не увидел другого выхода из этого спора, кроме освобождения пользо-

вателя от необходимости получения лицензии, если договор уже заключен. Хотя с позиций ст. 173 ГК такой подход не кажется очевидным, он все же имеет свою логику. Тем не менее проблема не исчерпывается только этой коллизией.

Если мы обратимся к ст. 37 Закона о животном мире, то увидим, что орган исполнительной власти на основании заключения соответствующего специально уполномоченного государственного органа по охране, контролю и регулированию использования объектов животного мира и среды их обитания принимает решение о предоставлении заявленной территории, необходимой для осуществления пользования объектами животного мира, согласовав с собственниками земель, земле-владельцами, владельцами лесного фонда, органом, ведающим управлением вод-ным фондом, условия предоставления территории за плату или бесплатно в соот-ветствии с законодательством РФ и законодательством субъектов РФ.

Не может не вызвать недоумения, что права собственников земли регулируются почему-то законом о животном мире, да еще в рамках выдачи лицензии на поль-зование объектами животного мира. Возможно, у законодателя были достаточные основания рассматривать земельного собственника наравне с исчезающими ви-дами животных (закон был принят в 1995 г.), но, надеюсь, последние законода-тельные изменения позволяют относиться к этой фигуре с меньшим сарказмом.

Надо заметить, что и в заявке на получение лицензии, и в форме лицензии, утвержденных совместным приказом МСХиП и Государственным комитетом по охра-не окружающей среды в 1998 г., ничего о собственниках земли не говорится. Стало быть, их согласие должно быть получено каким-то иным образом.

Возникает вопрос: что здесь является предметом согласования?

Право охоты исторически принадлежало собственнику земли, хотя сама охо-та и была предметом регулирования вплоть до запрета на охоту на определенные виды животных или в определенные сроки¹. Не затрагивая крайне увлекательный сюжет об истории права охоты, перейдем к нынешней ситуации.

Сам по себе тот факт, что животный мир находится в государственной собст-венности, отнюдь не означает, что государству принадлежит и право охоты. Пра-во охоты, тесно связанное с таким понятием, как охотничье угодье, очевидно, все же принадлежит собственнику угодья, или, точнее, соответствующего земельного участка, называемого в законе о животном мире «территорией». Это вытекает хо-тя бы из того, что охоту нельзя осуществлять, не вторгаясь в права собственника, а следовательно, собственник должен либо уступить это право, либо быть понуж-ден к такой уступке прямым указанием закона. Несомненно, всякая такая уступка является ограничением права, а значит, поскольку речь идет о праве охоты, тре-буется ограничительное толкование. Ограничительное толкование закона в свою очередь означает, что недопустимы косвенные, неявные доводы, возможно лишь положительное законодательное установление. Такого установления нет. Напро-тив, из ст. 37 Закона о животном мире вытекает, что собственников все же следу-ет спросить, что предполагает наличие у них соответствующего права. Да и увле-чение охотой сколь угодно большого числа людей едва ли может быть основанием ограничения собственности в силу п. 2 ст. 1 ГК РФ.

¹ См., например: Законы гражданские (Св. Зак. Т. X. Ч. 1): Практический и теоретический коммен-тарий / Под ред. А.Э. Вормса и В.Б. Ельшевича. Вып. второй. М., 1913. С. 346.

Наша задача значительно облегчается тем, что сходная проблема была предметом рассмотрения Европейского суда по правам человека в Страсбурге (далее — ЕСПЧ). А по известному правилу нормы, применяемые ЕСПЧ, обязательны для российских судов с момента присоединения России к Конвенции по правам человека.

В деле *Chassagnou and Others v. France* истцы ссылались на то, что предоставление ассоциации охотников права охотиться на их земельных участках нарушает их право собственности, поскольку они не давали согласия на передачу права охоты. Ответчик указывал, что французским законодательством предусмотрено, что небольшие участки, если их владельцы не объединятся в специальный пул для достижения установленного размера (тогда все участки, включенные в пул, выводятся из охотничьих угодий), включаются в охотничьи угодья и без их согласия. При этом, по мнению ответчика, права истцов не нарушаются, так как они автоматически становятся членами ассоциации и могут участвовать в ее деятельности, осуществляя право контроля. Кроме того, истцы могли бы установить прочные и непрерывные ограждения, не позволяющие перемещаться животным на их территорию, и таким образом добиться изъятия своих участков из охотничьих угодий.

ЕСПЧ признал, что налицо нарушение права собственности, которое включает и право охоты. Занятие охотой, хотя и относится к числу публичных интересов в сфере досуга, однако, по мнению ЕСПЧ, не является настолько существенным, чтобы оправдать ограничение права собственности истцов. Что касается обязанности создавать пул участков или обносить их прочной непреодолимой оградой, то эти условия ЕСПЧ расценил как дискриминационные.

Общие нормы российского законодательства (ст. 1, 209 ГК), ограждающие собственника, достаточны для того, чтобы прийти к выводу о незаконности охоты на чужом земельном участке против воли собственника.

В силу ст. 262 ГК разрешается свободный доступ на земельные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности, с использованием находящихся на этих участках природных объектов в пределах, допускаемых законом, а также собственниками участков. Очевидно, что из-под действия этой нормы изъяты частные земельные участки, в том числе принадлежащие организациям, занимающимся предпринимательством в сфере сельского хозяйства. Кроме того, охота, как деятельность потенциально экологически опасная, очевидно, не относится к такому виду пользования природными объектами, которое возможно помимо закона и без согласия собственника. В то же время в силу ст. 23 ЗК РФ возможно установление публичного сервитута охоты нормативным актом РФ или субъекта РФ, органа местного самоуправления, если это необходимо для обеспечения интересов государства, местного самоуправления или местного населения, с учетом общественных слушаний.

Не говоря уже об определенных противоречиях между ст. 262 ГК и ст. 23 ЗК РФ, нельзя не заметить, что даже при соблюдении формальных требований для установления сервитута охоты собственник не утрачивает права его оспорить, например, по мотивам нарушения баланса между степенью ограничения его права и степенью того интереса, для которого установлен сервитут (ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции по правам человека). Еще раз отмечу, что право охоты не рассматривается

ЕСПЧ как достаточно важное и во всяком случае не принадлежит к правам человека, защищаемым Конвенцией.

Итак, для возникновения у третьих лиц права охоты необходимо либо согласие собственника земельного участка, на котором ведется охота, либо установление публичного сервитута нормативным актом. В последнем случае собственник имеет право оспорить его как по формальным основаниям, так и по мотивам нарушения баланса между публичным и частным интересами¹.

Теперь, кажется, мы можем оценить судебное решение, с которого начато изложение. Очевидно, что судьба договора о предоставлении в пользование охотничьих угодий в Ивановской области зависит от того, не нарушаются ли им права собственников тех участков, которые и составляют сами угодья. Если выяснится, что собственники ущемлены в своих правах и право охоты никому в установленном порядке не передавали, то, надо полагать, договор окажется незаконным.

¹ Кроме того, собственник вправе и требовать выкупа или замены земельного участка с возмещением убытков, если использование участка вследствие установления сервитута стало невозможным (п. 7 ст. 23 ЗК РФ).

ГЛАВА 11

ОБЩАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

Общая собственность кажется совершенно очевидной, а попытки обнаружить здесь проблему вызывают раздражение как неуместное теоретизирование. Однако общая собственность, достаточно успешно обслуживая практические нужды, упорно сопротивляется простым объяснениям и по мере углубления становится все менее очевидной.

Не случайно Г.Ф. Шершеневич отметил, что «общая собственность, явление весьма частое, представляет значительные трудности для уяснения ее юридической природы»¹.

В Дигестах говорится: «...противно природе, чтобы если я держу какую-либо вещь, и ты рассматривался бы, как держащий ее» (D. 41.2.3.5).

Хотя речь идет, очевидно, о владении, но природе противна именно собственность нескольких лиц на вещь. С таким положением, когда дом или участок находится во владении не одного лица, здравый смысл совладать еще сможет, но вот когда сразу несколько лиц объявляют себя хозяевами этого дома или участка, то тогда на самом деле правосознание возмущается.

И во всяком случае нуждам оборота, без сомнения, противен тот случай, когда у вещи нет полного господина, исключающего всех других и решающего судьбу вещи.

Сама по себе общая собственность привлекала внимание античных мыслителей. Известно, что в утопиях Платона (как и во всех позднейших утопиях) важнейшее место отводилось общей собственности (связь этой идеи с идеализированным первобытным укладом не вызывает сомнений). Схоласты (а еще раньше Августин) считали, что «законом естественным или божественным не предусмотрено раздельное владение вещами...». «Должно быть общее пользование для всех тем, что существует в этом мире». Только мирские обстоятельства заставили перейти к человеческому праву частного владения. Разумно это мирское решение, во-первых, потому, что «общность всех вещей воспрепятствовала бы мирному общению, поскольку злой и жадный человек захватывал бы больше того, что ему необходимо. И это совершалось бы также с применением насилия по отношению к другим... Также это препятствовало бы необходимому поддержанию жизни, потому что более сильные воины лишали бы других необходимого»². Далее автор высказывается в поддержку идей Аристотеля, выступившего против обобществления имущества³.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Спарк, 1995. С. 214.

² Нельзя не заметить сходства обоснования частного владения (о нем говорит Д. Скотт) с некоторыми обоснованиями частной собственности как абсолютного права, направленного против всех. Разница лишь в том, что если понятие абсолютности подразумевает всеобщую злонамеренность, то в тексте знаменитого схоласта выделяются только жадные и злые. Но в обоих случаях частное владение предполагается как источник удовлетворения потребностей, а отнюдь не как сфера свободной деятельности лица: ведь поскольку говорится о самостоятельности лица, не возникает идеи необходимого минимума. Стало быть, речь идет об обосновании частного владения (собственности) с уравнивательных позиций, т.е. заведомо сильно ограниченного.

³ Блаженный Иоанн Дунс Скотт. Избранное / Сост. и ред. Г.Г. Майорова. М., 2001. С. 539–543.

Превознесение «насильственного братства людей» (по гегелевскому выражению), основанного на общности имущества, встретило энергичный отпор со стороны Аристотеля. Приводя аргументы о естественности («внедрено в нас природой») частной собственности, Аристотель замечает, что «те, которые чем-либо владеют и пользуются сообща, ссорятся друг с другом гораздо больше тех, которые имеют частную собственность»¹. Вполне согласуется с этим определение общей собственности римскими юристами как *mater rixarum* (мать раздоров)².

Гегель с заметным удовольствием приводит слова Эпикура, который отсоветовал друзьям создавать союз, основанный на общности имущества «именно по той причине, что это доказывает отсутствие взаимного доверия, а те, кто не доверяет друг другу, не могут быть друзьями»³.

В этих, пожалуй, бесспорных доводах знаменитых философов содержится указание на весьма существенное обстоятельство: общие собственники не только и не столько объединяют имущество, сколько разъединяют⁴ его посредством общей собственности. Если с содержательной точки зрения общая собственность выступает как препона обороту, то с формальной она существенно ограничивает свободу и автономию участников⁵. Поэтому «впадение» в общую собственность никак нельзя считать нормой, и ее постоянно сопровождает более или менее заметная аномалия, искажение общих правовых установлений.

Русский читатель может опереться на опыт — собственный или сегодня уже скорее опосредованный коммунальных отношений и рожденной ими коммунальной идеологии. Среди таких очевидных черт этих отношений, как априорная тягостность коммунального быта (имеется, однако, идеализирующий их миф, обычно адресованный в прошлое и непосредственно критикующий современную казительную ситуацию), деградация имущества, поступающего в общее пользование⁶, мож-

¹ Аристотель. Соч. В 4 т. Т. 4. М., 1978. С. 411. Е.М. Штаерман приводит данные, из которых видно, что идеология общей собственности использовалась знатью, сопротивлявшейся выделению наделов из общественных земель (*ager publicus*), тогда как плебеи «желали иметь свой надел и «жить, никому не кланяясь» (Штаерман Е.М. История крестьянства в Древнем Риме. М., 1996. С. 177). Можно заметить, что и у Платона апология общей собственности сочетается с аристократической политической идеологией. Есть, видимо, основания поставить под сомнение обоснованность распространенной иллюзии об имманентном демократизме общей собственности.

² Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: Учебник / Под ред. Д.В. Дождева. М.: БЕК, 2000. С. 164; Зелер В.Ф. Учение о праве общей собственности по римскому праву. Харьков, 1895. С. 130. Там же автор уточняет, что общая собственность может стать, в зависимости от состава участников, и вовсе невыносимой.

³ Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1990. С. 105.

⁴ Ср: «Все юридическое по существу своему более разделяет, чем соединяет» (Кавелин К. Что есть гражданское право? И где его пределы? СПб., 1864. С. 121. Цит. по: Антокольская М.В. Место семейного права в системе отраслей частного права // Государство и право. 1995. № 6. С. 38).

Кажется, лучше заметил И. Бродский: «Правота разделяет беспощадней греха». Кажется, грех скорее соединяет, а право разделяет.

⁵ В этом плане весьма показательны споры о мере принудительности, допустимой в отношениях общей собственности в кондоминиуме. См.: Постановление Конституционного Суда РФ по делу о проверке конституционности п. 1, 3 и 4 ст. 32 и п. 2 и 3 ст. 49 Федерального закона от 15 июня 1996 г. «О товариществах собственников жилья» от 3 апреля 1998 г. и Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ Б.С. Эбзеева (Российская газета. 1998. 15 апр.).

⁶ И. Утехин полагает, что имеется закономерность, обозначенная им как «опасность чистоты», инного, худшего отношения к общему пространству коммунальной квартиры, нежели к пространству частному (см.: Утехин И. Очерки коммунального быта. 2-е изд. М., 2004. С. 89 и сл.).

но отметить и такие менее понятные, как, например, культ детальных (до десятых долей копейки) расчетов общих расходов, превосходящий всякие разумные рамки контроль за соблюдением пропорций (времени, места) в пользовании общим имуществом и т.п.¹ Эти качества только внешне выступают как крайняя рационализация. На самом деле здесь скорее обнаруживаются обычно таящиеся пласты подсознания, понимаемые часто как стремление к справедливости, но, пожалуй, имеющие более глубокие корни и позволяющие говорить о некоем малопривлекательном атавизме коммунальности, конечно, принимающем те формы, которые предопределены современным укладом. И. Утехин увязывает эти черты с идущей из архаики «культурой бедности», основанной на ограниченности всех ресурсов и потому ориентированной на их распределение². Однако не вполне ясно, порождена ли эта психология бедностью пользователей коммунального имущества или сам коммунальный быт воспроизводит уклад бедности.

Поскольку с общей собственностью связаны многие весьма распространенные повседневные юридические отношения (например, совместная деятельность), то ее особенные черты, граничащие, по гегелевскому выражению, с «неправом»³, постоянно напоминают о себе. Имеется в виду ограничение общей собственности, например, необходимость достижения собственниками общего согласия под страхом прекращения общности в случае конфликта.

Эта принудительность никак не может быть совмещена со свободой лица и является поэтому непреодолимым пределом развития общей собственности, которая почти всегда влечет за собой возмущения в классических цивилистических установлениях. Характерно, что в реальности невозможно обнаружить продиктованный практическими нуждами договор, имеющий единственной (а не факультативной) целью возникновение общей собственности.

Распространенность общей собственности не может лишить ее «чрезвычайной стеснительности»⁴, принудительности, ставящей ее на грань частного права. Это ее неправовое содержание не может быть легко помещено в обычные юридические формы.

Римским юристам пришлось признать общую собственность посредством хорошо разработанного приема – расширения понятия вещи. Классик Кв. Муций Сцевола выдвинул идею собственности многих лиц на одну вещь в идеальных долях – *pars pro indivisio*. «Цельз-сын говорит, что не может существовать

¹ Обширный материал собран в книге И. Утехина «Очерки коммунального быта». Аналогичные настроения, опирающиеся на тот же коммунальный источник и так же обычно перегруженные детальнейшими подсчетами, питают и идеологию публичной собственности. Отличие публичной собственности от коммунальной (в буквальном смысле коммунальное имущество было, конечно, только в общем пользовании, что не так существенно, поскольку речь идет об идеологии) видится в том, что она порывает с эффективностью и потому может выглядеть вполне пристойно за счет неограниченного роста издержек. В зависимости от ситуации (в том числе от желания общества контролировать публичные расходы) эта неэффективность публичной собственности более или менее тщательно скрывается, но никогда все же открыто не декларируется; тем самым делается уступка коммунальной идеологии, исходящей из принципа минимально возможных расходов.

² Утехин И. Указ. соч. С. 62.

³ Гегель Г.В.Ф. Философия права. С. 105. Там же Гегель упоминает в той же связи о собственности морального лица.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 216.

собственности или владения двух лиц в целом: и никто не является собственником части всего предмета, но имеет собственность на часть всего нераздельного целого»¹.

Эти доли, известные как идеальные², хорошо известны всем юристам, но привычность, обыденность ситуации не сделала ее более естественной. Действительно, налицо весьма сложная идеальная конструкция, предлагающая считать, что при юридической неделимости вещи право на нее состоит из многих долей (частей). Только при таком предположении, принимаемом всеми без возражений³, можно согласиться с тем, что у одной вещи есть несколько собственников. Тот факт, что понятие идеальной доли практически в неизменном виде перешло в современное право, подтверждает, что общая собственность так и осталась в значительной мере чужеродным образованием и не смогла бесследно ассимилироваться.

Основные юридические черты общей собственности могут быть представлены следующим образом.

Общая собственность возникает в том случае, когда объект собственности принадлежит одновременно нескольким лицам.

Основаниями общей собственности могут быть договоры, прежде всего некоторые договоры о совместной деятельности (простого товарищества); кроме того, любой договор о приобретении неделимой вещи с множественностью на стороне приобретателя приводит к возникновению общей собственности.

Общая собственность возникает также из совместного наследования, а также смешения родовых вещей с обезличиванием (*confusio*).

Взаимоотношения общих собственников и тогда, когда они не были основаны на договоре, характеризовались римским правом «как отношения лиц, как бы взаимно связанных между собой соглашением». Эта общность, поскольку она не вытекала

¹ Римское частное право. М., 1948. С. 194. Известно, что по поводу понятия доли существует и другая позиция, согласно которой у каждого сособственника имеется полное право на вещь, но оно взаимно ограничено правами других (см.: *Санфилиппо Ч.* Указ. соч. С. 163; *Хвостов В.М.* Система римского права. М., 1996. С. 232–233). Доказательством в пользу этой второй позиции является правило о приращении доли, от которой отказался сособственник, к праву других совладельцев. На мой взгляд, ни сам этот аргумент, ни в целом концепция единого, но взаимно ограниченного права, принадлежащего каждому из совладельцев, не представляются достаточно убедительными и практически применимыми, поэтому в дальнейшем предполагается все же конструкция доли в праве.

² Это широко распространенное словоупотребление неточно, ибо предполагает, что есть еще и реальные доли (сторонник такого подхода А.А. Ерошенко понимал под «реальной долей» установление права пользования на часть вещи (здания), что «не влечет прекращения права общей собственности на вещь» (*Ерошенко А.А.* Личная собственность в гражданском праве. М., 1973. С. 54–55). Этот взгляд не получил широкого признания). Между тем придумавшие доли римские юристы подчеркивали при этом «нераздельность целого» (*indivisio* – неделимое).

³ Впрочем, не всеми. А.Е. Черноморец, надо думать, не без уважительных оснований заявляет, что конструкция «доля в праве» – «теоретическое нагромождение, которое трудно уразуметь даже профессиональному юристу». Ведь «право всегда цельно и неделимо по частям» (*Черноморец А.Е.* Некоторые теоретические проблемы права собственности в свете Гражданского кодекса РФ // Государство и право. 1996. № 1. С. 100). Если не касаться того, что цельность и неделимость права – только проявления тех же качеств лица, его воли, мы не можем не заметить, что А.Е. Черноморец вернулся в тот исходный пункт, из которого два тысячелетия назад начали движение римские юристы, причем автор почему-то полагает, что найденные классиками решения, вводящие указанные фикции, – это пороки действующего ГК РФ, допущенные, видимо, по недосмотру составителей.

из товарищества, называлась *communio in quam incidimus* — общность, в которую мы впадаем, т.е. случайная; отсюда название «*communio incidens*»¹.

В действующем праве это различие специально не выделяется, поскольку относительные взаимоотношения сособственников не вызывают уже необходимости какого-либо обоснования. Поэтому наличие договора между сособственниками является дополнением (по правилу диспозитивности) норм об общей собственности, которые и без соглашения регулируют отношения сособственников.

Возникновение права общей собственности, т.е. права на идеальную долю, подчиняется общим правилам о моменте перехода права, приуроченного к передаче вещи (традиции), поскольку иное не вытекает из договора или закона.

Необходимо подчеркнуть, что несмотря на то, что передается идеальная доля, передача владения тем не менее предполагается². Конечно, во многих случаях передача владения не требуется. Можно, например, прибегнуть к условию перехода собственности в момент соглашения (*constitutum possessorium*). Однако необходимо подчеркнуть, «что о *constitutum possessorium* не может быть и речи, если отчуждающий сам лишен владения»³.

Исключение составлял судебный раздел, который предоставлял право собственности самим фактом вынесения решения, без передачи владения. Истец, получив право собственности, получал и соответствующие средства защиты своего права (например, виндикационный иск). В то же время несудебный договор о разделе требовал осуществления передачи. Отсюда следует, что если вещь находилась во владении постороннего лица, то раздел не влек прекращения общности⁴ (не имел реального эффекта).

По отношению ко всем третьим лицам совместные собственники (сособственники, совладельцы) выступают в качестве единого собственника и воплощают в своем объединении полное право собственности, как оно закреплено в ст. 209 ГК: с правом исключать любое третье лицо от вещи, с правом защиты (ст. 301–304 ГК), правом извлечения плодов и доходов и всеми другими правами собственника. Но в отношении друг к другу права сособственников утрачивают тот абсолютный характер, который вообще присущ праву собственности, и связаны скорее таким образом, который больше похож на связь договорного типа. Это указание на отношения как бы договора, принадлежащее римским юристам, имеет не только характер метафоры, но и непосредственное юридико-техническое значение.

В частности, скорее на относительной связи типа обязательства основано само право на раздел, которое представляет «превращение» права общей собственности «в другое право, принадлежащее собственнику исключительно и по ценности равняющееся первому»⁵. Очевидно, что это право, имеющее природу требования вещи или денег (*dare*) (именно таков результат раздела), имеет относительный характер.

Если мы предполагаем, что право на раздел имеет обязательственную природу, то надо сделать и вытекающий из этого предположения вывод: договором это пра-

¹ Римское частное право. С. 194–195.

² ГК РФ отступил от этого правила (ст. 251).

³ Зелер В. Указ. соч. С. 109.

⁴ Там же. С. 208.

⁵ Там же. С. 214.

во (как и всякое договорное право) может быть устранено или ограничено. И основания для такого вывода мы можем найти. Например, практика русского гражданского права сформулировала такое интересное правило: «Воля одного из соучастников обязывает прочих к разделу только в таком случае, когда общее владение возникло независимо от воли соучастников и, по свойству своему, предполагает раздел — например, при общем владении сонаследников. А когда общее владение возникло по совокупной воле соучастников (например, когда имение куплено многими вместе), то для раздела требуется также общее соглашение»¹. К этому выводу можно добавить и хорошо известное право совладельцев устанавливать соглашением временный запрет на раздел общего имущества².

ГК Квебека предусматривает возможность установить соглашением сосособственников отложение раздела на срок до 30 лет (ст. 1013).

В современном российском праве такого рода правила можно, видимо, допустить лишь в виде прямо выраженных соглашений. Их польза, особенно в части временного запрета на раздел, например, в сфере совместной деятельности (простого товарищества), была бы несомненной.

В некоторых случаях связь сосособственников прямо и является договорной, например, когда они соединены договором простого товарищества. Иногда такая связь вытекает из закона, например, при совместном наследовании. В некоторых комбинируется закон и договор (создание кондоминиума, участие в строительстве). В этих случаях общая собственность возникает хотя и в силу определенного договора, преследующего цель приобретения в собственность помещения (части здания), но сами условия общей собственности определяются уже законом.

Объект общей собственности может быть по своему хозяйственному назначению делимым (например, стадо животных) либо неделимым. Соответственно в первом случае возможности прекращения общей собственности разделом очевидны, и сохранение общей собственности в случаях делимости вещи может быть объяснено лишь той общей целью, которая преследуется сосособственниками (может быть и ситуация юридических препятствий к разделу делимой вещи: например, один из совладельцев умер или находится в состоянии реорганизации, если это юридическое лицо, и до возникновения его правопреемников производство раздела представляется невозможным или затруднительным).

Если же вещь неделима, то возникает более устойчивая общая собственность, связывающая сосособственников уже тем, что при разделе некоторые из них вовсе не получают вещи и лишаются тем самым тех выгод, которые вытекают из самой вещи. Именно такого рода общая собственность и представляет предмет нашего рассмотрения. Таким образом, общая собственность приобретает черты принудительности и создает сама по себе почву для конфликтов.

Если совладельцы не связаны договором, в котором оговорены все существенные моменты по управлению общим имуществом, и если общность сосособственников возникла случайно, без их выбора и без учета их воли, то с большой долей вероятности можно предсказать, что в процессе управления общим имуществом

¹ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002. С. 591.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 217; Хвостов В.М. Система римского права. С. 235.

возникнут препятствия. Для урегулирования возникающих трудностей и создаются законом правила, относящиеся к общей собственности. Среди таких правил следует указать на следующие.

Управление общим имуществом осуществляется по общему соглашению. Если такое соглашение не достигается, то спор рассматривается судом (ст. 246, 247 ГК). Это правило консенсуса можно охарактеризовать как правило запрета, принадлежащее любому из участников общей собственности (*prohibitio*)¹. Понятно, что это право вето, выражая самую суть собственности как исключительного права, предельно обесценивает общую собственность. По этому поводу и возникло известное выражение «совладение есть отрицание владения», которое понималось именно в том смысле, что «*ius prohibendi* заключает в себе право совладельцев лишить друг друга владения»².

В римском праве необоснованный запрет отражался посредством владельческого интердикта, поскольку рассматривался как незаконное насилие по отношению к владельцу. Соответственно «взаимные отношения совместно владеющих сособственников недвижимости можно определить следующим образом: каждый из совладельцев, несмотря на противоречие со стороны соучастника, вправе совершать такие действия, которые необходимы для поддержания фактической власти над вещью, и он вправе запретить своему соучастнику совершение такого действия, которое является актом фактического распоряжения, в частности, направленного на общее пользование вещью; в обоих отношениях он может пользоваться самообороною и посессорными интердиктами»³.

Кроме того, в римском праве возникала и ответственность за причинение вреда, вызванного необоснованным запрещением⁴. Аналогичное правило, но применительно к распоряжению (а в сфере распоряжения судебный спор невозможен, как это следует и из ст. 246 ГК), отмечено и в русском праве: «Несогласие одного из соучастников на распоряжение по общему мнению обязательно для всех прочих; но в случае убытка от сего для них они не лишены права привлечь виновника убытка к ответственности»⁵.

В ГК РФ запрет, которым по существу является несогласие с предложенным решением, может быть устранен лишь обращением в суд с требованием об установлении порядка пользования (ст. 247). При этом, конечно, под пользованием понимается и владение, и другие действия с имуществом. Точно так же разрешаются и споры о совместном распоряжении, например, о реконструкции здания или передаче его в аренду.

Для анализа оснований защиты прав собственника важным представляется следующее соображение, сформулированное В. Зелером: «Не все правомочия, принадлежащие отдельным сособственникам, прямо и непосредственно вытекают из вещного права; напротив, в источниках ясно сказано, что между сособственника-

¹ Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 164.

² Зелер В. Указ. соч. С. 44.

³ Там же. С. 19–20. О посессорных интердиктах и владельческой защите подробнее говорится в соответствующей главе книги.

⁴ Собственник в отношениях с другими сособственниками кроме интердиктной защиты имел три иска: *actio communi dividundi*, *actio negatoria*, *actio iniuriarum* (Зелер В. Указ. соч. С. 85).

⁵ Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 587.

ми имеет место обязательственное отношение «quasi ex contractu», на основании которого каждый отдельный сособственник может требовать от другого не только раздела общности, возмещения убытков и издержек, *communicatio*¹ тех выгод, который один из сособственников получил от общей вещи, но, кроме того, каждый из сособственников на основании этой *obligatio quasi ex contractu* может требовать, чтобы другой сособственник добросовестно обращался с общей вещью и чтобы он позволял ему делать по отношению к общей вещи такие фактические распоряжения, которые направлены на пользование вещью и соответствуют интересам всех соучастников»².

При том, что В. Зелер стремился показать основания владельческого интердикта и отграничить их от иных исков сособственников, основанных на *actio communi dividundo*, мне представляется важным в этом обобщающем пассаже выделить другое.

Как известно, право собственности само по себе предполагает определенную сферу свободы собственника, не нуждающегося в содействии третьих лиц для реализации своего права; собственнику предоставлены лишь известные средства защиты от нарушителей, но эти средства не допускают принуждения третьих лиц к каким-либо положительным действиям. Именно поэтому право собственности реализуется вне правоотношения с иными лицами. В то же время право общей собственности образует широкий круг исков к другим сособственникам, которые допускают наряду с мерами защиты и требование положительных действий, на которые указывает цитированный автор: начиная от раздела вещи и возмещения убытков до установления определенного способа пользования вещью. Эти иски вытекают не из права собственности как права вещного и абсолютного, а из того правоотношения, имеющего тип обязательственной связи, которое устанавливается между сособственниками.

Но это не исключает и обычной, т.е. абсолютной, защиты собственности и владения, которые даются каждому совладельцу именно как собственнику.

На мой взгляд, не исключен иск одного из совладельцев к другим о передаче ему владения имуществом в соответствующей части посредством виндикационного иска (ст. 301 ГК). Хотя норма ст. 301 ГК и говорит об ответчике как о незаконном владельце, в данном случае такой иск допустим, поскольку ответчик, занимающий чужую часть вещи (при известной условности самого термина «часть вещи», конечно), может рассматриваться в известном смысле наравне с незаконным владельцем. Вообще, если мы считаем незаконным владельцем лицо, владеющее чужой вещью против воли собственника, любой совладелец может оказаться в роли незаконного владельца и таким образом получить пассивную легитимацию по виндикационному иску. К. Победоносцев приводит судебное решение, подтвердившее право одного из совладельцев требовать восстановления владения не только от третьих лиц-нарушителей, но и от других совладельцев³. По-видимому, из правила ст. 251 ГК вытекает и возможность вступления во владение виндикационным иском покупателя доли. Ведь в соответствии с этим правилом (впрочем, диспозитивным) моментом возникновения права на долю в общей собственности является момент заключения договора.

¹ Обращения в общую собственность.

² Зелер В. Указ. соч. С. 10.

³ Победоносцев К. Указ. соч. С. 588.

Необходимость именно виндикационного иска объясняется тем, что иск об установлении порядка пользования сам по себе не дает возможности вступить во владение, а лишь указывает, каким образом осуществляется общее владение. На практике тем не менее чаще всего и требования о получении доступа в общий объект недвижимости заявляются как требования об установлении порядка пользования. Встречаются и случаи заявления негаторных исков, имеющих целью выселить из занимаемых истцом частей здания посторонних лиц, в том числе совладельцев.

В отличие от допущения виндикационного иска, допустимость иска негаторного никогда не ставилась под сомнение. Негаторный иск между сособственниками был возможен и в римском праве, хотя Зелер оговаривал его условием предварительного запрета, который истец был обязан сделать ответчику: таким образом негаторный иск выступал как реакция на нарушение запрета¹. (Понятно, что виндикационный иск как способ устранения препятствий во владении в римском праве замещался владельческим интердиктом; в то же время виндикационный иск (*vindicatio partis*) был возможен как средство защиты против распорядительных актов одного из сособственников, пока вещь не оказывалась у добросовестного приобретателя; в последнем случае оставались лишь обязательственные требования².)

Другим правилом, регулирующим отношения совладельцев, является правило о свободном распоряжении своим правом, выраженным в идеальной доле. Эта доля в праве находится в полной воле собственника, и он может ею в любой момент распорядиться по своему усмотрению любым образом³. В то же время сособственник, пока он не утратил свое право, имеет по общему правилу определенные соглашениями совладельцев или решением суда права владеть и пользоваться частью вещи (имущества), находящегося в общей собственности. Понятно, что эта часть не принадлежит ему на праве собственности, в отличие от идеальной доли, и он не может считать ее полностью своею. Тем не менее поскольку иное не установлено в порядке ст. 247 ГК, он вправе по своему усмотрению в пределах, указанных ст. 209 ГК, т.е. без вреда правам и интересам третьих лиц (в том числе совладельцев), осуществлять в указанных ему пределах всю полноту прав, вытекающих из собственности. В этой части сособственник может защищаться от нарушений и помех его прав, от кого бы они ни исходили, в том числе и от совладельцев. Именно поэтому, как уже указывалось, возможен виндикационный или негаторный иск, направленный не только против третьих лиц, но и против других совладельцев. Поскольку это не противоречит установленному порядку пользования, совладелец может, как представляется, и распорядиться выделенной ему частью вещи. Имеются в виду передача части вещи в аренду и другие сделки, не сопряженные с утратой ве-

¹ Зелер В. Указ. соч. С. 73, 80. Автор подчеркивает, что в отличие от классической модели негаторного иска (которая в ходе развития римского права уже не считалась единственно возможной), негаторный иск между сособственниками не предполагает наличия на стороне ответчика спорного сервитутного права.

² Там же. С. 109.

³ При этом другим сособственникам принадлежит преимущественное право покупки. Его смысл, по мнению В. Синайского, состоит в «смягчении противоречия» между принципом индивидуальной свободы, присущей гражданским правам, и той общностью, которая выражена в общей собственности (см.: Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 215). Преимущественное право покупки обсуждается далее отдельно.

щи, в том числе с ее реконструкцией, перепланировкой (поскольку такие действия могут повлечь утрату вещи идентичности, следовательно, утрату собственности).

Это право, конечно, не лишает других совладельцев возможности оспорить сделку, либо защищаться посредством негаторных исков (ст. 304 ГК) от появившихся владельцев, если к тому имеются основания. Практика достаточно уверенно идет по тому пути, что лицо, за которым закреплена часть здания в порядке пользования общим имуществом, вправе сдавать его в аренду, предоставлять для временного безвозмездного пользования и т.д.

Возникает вопрос: что является предметом аренды? Очевидно, что не идеальная доля. Ведь идеальный предмет не может быть предметом аренды по точному смыслу ст. 606 ГК, да и по тому смыслу, который вкладывает в нее практика. Следовательно, предметом аренды выступает имущество, находящееся во владении арендодателя — субъекта права общей собственности, за которым сдаваемое в аренду имущество закреплено на условиях, определенных в порядке, предусмотренном ст. 247 ГК РФ. Соответственно в договоре аренды указывается не доля в праве, принадлежащая арендодателю (хотя указание на эту долю может быть сделано сторонами как на основание права сдачи в аренду, имеющееся у арендодателя (ст. 608 ГК), а конкретное, точно описанное имущество (п. 3 ст. 607 ГК). Если переданное в аренду имущество превышает ту часть, которая была выделена арендодателю, это само по себе еще не дает основания для аннулирования договора, если арендодатель может доказать, что действовал в интересах других совладельцев (ст. 980 ГК). Наличие общей собственности во всяком случае заставляет предположить возможность действий в чужом интересе. Соответственно если налицо действия в чужом интересе без поручения, то с того момента, когда возник спор, не подтвердивший поручения сособственник не связан условиями аренды, а судьба арендного договора зависит от того, возможно ли его сохранение в части пользования тем имуществом, которое закреплено за арендодателем (арендодателями), согласным(и) с заключенным договором аренды.

По-видимому, нельзя исключить и арендные отношения между самими совладельцами. Например, если один из них временно не нуждается в помещении, он вправе передать соответствующую часть другому.

Этот вопрос возник в таком деле.

Между сторонами — торговой организацией (ООО «Универмаг») и комитетом по управлению имуществом было заключено мировое соглашение, по которому определены доли в общей собственности на нежилое помещение — магазин (соответственно $\frac{17}{25}$ и $\frac{8}{25}$). Затем между торговой организацией и представителем другого сособственника — МО «Архангельск» было заключено соглашение о порядке владения и пользования имуществом, находящимся в общей долевой собственности. Но фактически владело помещением лишь ООО «Универмаг» и, как можно полагать, вносило платежи другой стороне. ООО «Универмаг» расценивало данное соглашение как договор аренды.

В связи с заявлением ООО «Универмаг» о выкупе в порядке приватизации арендованного нежилого помещения суд указал, что в данном случае нет договора аренды, так как соглашение о порядке владения и пользования, не содержащее точных данных, позволяющих точно определить имущество, подлежащее сдаче в аренду, не отвечает норме ст. 607 ГК¹.

¹ Вестник ВАС РФ. 2003. № 3. С. 68. Постановление № 4713/02.

Между тем соглашение о таком порядке пользования, которым закреплены все помещения за одним из участников, может, как представляется, рассматриваться лишь как временное. В противном случае есть основания говорить о выделе доли.

В свою очередь соглашение о временном возмездном пользовании чужим имуществом отвечает признакам аренды. Определение того имущества, которое передано в аренду, если таких данных не содержит договор, может быть осуществлено, если стороны установили порядок пользования общим имуществом до того: в этом случае сданным в аренду будет считаться имущество, ранее переданное в пользование арендодателя. Если же определить арендованное имущество таким образом невозможно, то договор придется признать незаключенным.

Поскольку речь идет о распоряжении общим имуществом, нужно различать распоряжение совместным имуществом (без определения долей) и распоряжение долей в праве. В первом случае сделка может исходить как от всех собственников, выступающих солидарно, так и от любого из них. Если сделка в отношении совместного имущества совершена не всеми собственниками, то согласие других предполагается (п. 2 ст. 253 ГК). В известном смысле это правило восходит к римскому «молчание — знак согласия», которое было сформулировано именно применительно к общей собственности¹.

Предметом общей собственности могут быть только вещи, как правило, неделимые. В тех случаях, когда общая собственность возникает на делимые вещи, это все же вещи, так как свойство делимости — это свойство только вещей, но не иных объектов права. Делимость прав (которая позволяет, например, цессию в части права требования) — следствие делимости предмета этих прав. Как отмечал еще Савиньи, солидарные обязательства возникают на базе общей собственности. Иными словами, те свойства обязательственных прав, которые позволяют обнаружить в них качества делимости или неделимости, производны от предмета этих прав².

Понятно, что на почве отношений общей собственности возникают, однако, и права. Например, для ремонта общей вещи заключается договор подряда, порождающий известные обязательства. Все эти права предполагаются возникшими для всех участников общей собственности независимо от того, кем они осуществляются.

Некоторые права имеют более сложный режим. Например, если по условиям определенного сторонами порядка пользования один из совладельцев эксплуатирует, скажем, сауну, находящуюся в общем здании, то как квалифицировать возникающие из такого пользования права и обязанности? Имеются в виду обязательства по энергоснабжению, пользованию иными коммунальными услугами, в также право на получаемые доходы. С одной стороны, это — расходы и доходы, создаваемые самой вещью. С другой — в их создании участвует только один из совладельцев, вкладывая свои усилия и капитал; да и с формальной точки зрения как расходы, так и доходы поступают по договорам, заключаемым им от своего имени.

Необходимо, однако, заметить, что эти договоры следует квалифицировать как договоры по распоряжению общим имуществом. Такие договоры заключаются

¹ Дождев Д.В. Римское частное право. М., 1996. С. 401.

² На связь квалификации обязательств с множественностью лиц с предметом обязательства, который играет «ключевую роль», указывает С.В. Сарбаш в своей книге «Обязательства с множественностью лиц и особенности их исполнения» (М., 2004. С. 7).

по общему соглашению (п. 1 ст. 246 ГК). Соглашением участников, по-видимому, тому или иному из участников может быть воспрещено совершение таких сделок. Но вполне очевидно, что никакое общее соглашение не может создать такое положение, когда сделки одного из участников касаются не всего неделимого имущества (т.е. обязывают и управомочивают не всех участников), а затрагивают только некоторые права, вытекающие из вещи¹, либо только того участника, который совершает эти сделки. Невозможность такого рода соглашений вытекает именно из единства объекта общей собственности. Всякие распорядительные сделки² (а только о них и идет речь) затрагивают весь объект общей собственности просто потому, что он неделим и соглашение совладельцев не может изменить этот факт. Напротив, соглашение совладельцев потому и является единственной формой выражения власти над вещью, что сама вещь едина. Иными словами, вещь предопределяет способ волеизъявления собственников, но волеизъявление не может влиять на способ существования вещи.

Здесь мы обнаруживаем, что если интерес кредитора в обязательстве состоит в получении (присвоении, эксплуатации) только некоторых (не всех) полезных свойств вещи (а так и бывает в подавляющем числе случаев), то тем не менее приходится говорить о распоряжении вещью в целом, так как понимание объекта права (связанное с осуществлением власти над вещью) исключает выделение в нем «частей», «сторон», как носителей полезности. Распоряжение имеет место всегда, когда иное лицо получает юридическую возможность, т.е. право, получать пользу от вещи³.

Конечно, наиболее простой способ распоряжения – передача иному лицу фактической власти над вещью – характерен для договоров о передаче вещи во владение. Но это отнюдь не единственный вариант распоряжения⁴. Как раз тогда, когда по поводу объекта общей собственности имеется соглашение о порядке пользо-

¹ Иное положение может возникать при делимости предмета, тогда, как говорит Ю. Барон, предметом обязательства может стать часть предмета (см.: *Барон Ю.* Система римского гражданского права. 3-е изд. Вып. 3. Кн. IV: Обязательственное право. СПб., 1910. С. 100).

² Термин «распорядительная сделка» чаще применяется для описания передачи вещи или иного акта, знаменующего возникновение права собственности или иного права у получателя, по аналогии с германским вещным договором. Поэтому во избежание терминологической путаницы лучше, наверное, говорить о договоре о распоряжении вещью.

³ Отдельный интерес представляет вопрос, являются ли распоряжением те договоры, которые исключают использование вещи (например, хранение, в том числе секвестр), но в данном случае этот аспект не затрагивается.

⁴ В связи с этим представляет практический интерес такое дело. Между учреждением культуры и обществом с ограниченной ответственностью «Меридиан» был заключен договор, названный агентским, по условиям которого ООО «Меридиан» получало право на проведение в принадлежащем учреждению на праве оперативного управления Доме музыки концертов по заранее поданной заявке без права учреждения отказаться от такого концерта. Договор был оспорен собственником (учредителем учреждения) по тому мотиву, что налицо распоряжение недвижимым имуществом – Домом музыки, что само по себе запрещено в силу ст. 298 ГК РФ. Суд признал агентский договор незаключенным, взяв за основания нормы ГК РФ об агентировании, но не согласился с тем, что налицо распоряжение имуществом, так как не усматривается его передачи. Между тем такой объект, как концертная площадка, как раз и интересно получить только в пользование. Ведь владение концертным залом сопряжено со множеством расходов и издержек, которые нужно нести постоянно. А доход здание приносит 2–3 часа в неделю, когда проводится концерт. Поэтому нет никакого коммерческого смысла получить концертный зал во владение. Напротив, выгоду приносит именно использование его без передачи. Поэто-

вания, распоряжение и будет чаще всего осуществляться без передачи вещи. Ведь наличие соглашения о порядке пользования уже самим своим фактом означает, что участники определили свои сферы хозяйственной деятельности в отношении общей вещи таким образом, чтобы не вмешиваться в дела другого. Такое положение вещей, конечно, подразумевает, что хозяйствование с вещью не потребует содействия других совладельцев, тогда как передача вещи невозможна иначе, как, во-первых, по общему согласию, а во-вторых, как правило, с прекращением пользования вещью всех совладельцев на весь период передачи.

Учитывая это, мы можем охарактеризовать и содержание отдельных договоров о распоряжении вещью, заключаемых совладельцами в рамках имеющегося соглашения о порядке пользования. В обычной ситуации такие договоры будут иметь предметом те полезные качества вещи, которые эксплуатируются именно данным совладельцем. Вообще говоря, и договор, заключенный любым иным совладельцем, может создать действительное обязательство, но только в том случае, когда в сложившейся конкретной ситуации третье лицо не могло не знать, что именно этот совладелец уполномочен на такое распоряжение. Например, если в здании один совладелец эксплуатирует автостоянку, а другой – спортзал и имеется известная посетителям договоренность, что в вечерние часы владелец автостоянки вправе пропускать посетителей в спортзал и получать с них плату, то такие сделки будут вполне действительны.

Можно, следовательно, исходить из того, что имеющееся между совладельцами соглашение дает возможность каждому из них заключать различные по предмету договоры об использовании общего имущества с третьими лицами, причем каждый из таких договоров будет договором о распоряжении общим имуществом.

Д. Гримм говорит о возможности распоряжения с обязательным согласием всех совладельцев «всей вещью или какой-нибудь реальной частью»¹, что все же не должно привести нас к выводу о том, что предметом сделок по распоряжению общим имуществом может быть не вся вещь, а ее часть. Следует заметить, что термин «реальная часть» применялся и для противопоставления «идеальной части», т.е. доле², для распоряжения которой согласия совладельцев не требуется.

Полученные от договоров о распоряжении общим имуществом доходы являются доходами, приносимыми общим имуществом и подлежат распределению в соответствии со ст. 248 ГК. Как правило, распределение этих доходов определяется соглашением совладельцев. Поскольку общее имущество не ведет к возникновению субъекта права (лица), то полученные доходы являются доходами того совладельца, которому они поступают в соответствии с нормой ст. 248 ГК, что имеет значение в сфере не только частного права, но и публичного, прежде всего налогового права.

В то же время указание на то, что все плоды и доходы поступают в общее имущество (а это следует из нормы ст. 136 ГК), имеет значение в частноправовых отношениях, например, при истребовании вещи из чужого незаконного владения (ст. 303 ГК), определении убытков, возникших от повреждения вещи, когда рас-

му тот довод, что в данном случае не усматривается распоряжения, так как нет передачи имущества является, конечно, неверным.

¹ Гримм Д. Лекции по догме римского права. М., 2003. С. 239.

² См. там же.

считываются неполученные доходы, и др. При отсутствии соглашения совладельцев по поводу плодов и доходов все полученные доходы должны поступать в общее владение, увеличивая объект общей собственности, а присвоение их любым из совладельцев является неправомерным.

Имеет практический интерес квалификация требования третьего лица из договора, заключенного с одним из совладельцев, о распоряжении общим имуществом. Если такой совладелец выступал от имени других, и при этом не имеется какого-либо соглашения о порядке пользования вещью, т.е. вещь управляется совместно всеми совладельцами, то и стороной в договоре являются все совладельцы, что не вызывает теоретических вопросов, хотя и сопряжено с практическими затруднениями, всегда вытекающими из множественности участников правоотношения.

Сложнее решается вопрос, когда договор заключен с одним из совладельцев, действующим в рамках имеющегося порядка пользования так, что третье лицо может не знать о количестве совладельцев и даже не осознавать, что заключается договор об общей собственности. В этом случае требования о пользовании общей вещью будут направляться, конечно, против другой стороны в договоре (если продолжить наш пример с общим зданием, то годовой договор на посещение спортивного зала вовсе не предполагает доведение до сведения клиента того факта, что организация, эксплуатирующая спортзал, владеет им на праве общей собственности; соответственно все требования клиента будут направлены против хозяина спортзала). Ответственность по такому договору будет нести совладелец. Заявление требований к иным совладельцам, хотя по строгому смыслу ст. 322 ГК, оно будет, пожалуй, формально правомерным, вступит, однако, в противоречие с имеющимся порядком пользования зданием, в силу которого определенные полномочия предоставлены именно тому из совладельцев, который распорядился закрепленным за ним помещением. Ведь исполнение обязательства, вытекающего из заявленного требования, непременно затронет установленный порядок пользования, станет его нарушением, если иные совладельцы, лишенные, скажем, по условиям соглашения, доступа в определенные помещения здания, будут принуждаться к каким-то действиям в этих помещениях по требованию истца.

Обсуждая сходную ситуацию, К.П. Победоносцев отметил, что существует возможность «участнику пользоваться и владеть отдельно своей частью, например, отдавать ее в аренду, если о пределах фактического владения есть соглашение с прочими участниками»¹, имея право предъявлять иски к нарушителям независимо от своих соучастников², и что даже нет оснований утверждать, что «на отдачу совладельцем своей части в аренду закон требует согласия прочих совладельцев, в особенности письменного»³. Впрочем, как видно из приведенной здесь же судебной практики, допускалась и передача в аренду жребия, т.е. доли, что с позиций со-

¹ Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 587.

² Там же. С. 589, 590.

³ Там же. С. 589. Автор опирается на судебную практику. Относительно сделок по отчуждению вещи имелись и иные подходы, влекущие ничтожность договора. Колебания российской судебной практики в вопросе значения общего согласия на сделки об общем имуществе отмечает и Г.Ф. Шершеневич (Учебник русского гражданского права. С. 215). ГК РФ, как уже говорилось, признал необходимость согласия всех совладельцев на сделки, совершенные одним из них. Для совместной собственности действует презумпция согласия (п. 2 ст. 253 ГК).

временного российского закона невозможно, так как объектом аренды могут быть только вещи. Не исключено, однако, что под жребием сторонами сделки понимались владельческие права, а не вступление в число собственников.

Возвращаясь к действующему праву, мы можем заключить следующее. В силу ст. 322 ГК при неделимости предмета обязательства возникает солидарное обязательство, по которому обязаны все должники. Поскольку часть вещи — понятие, лишенное юридического значения для вещи неделимой, то по всем договорам, заключенным с одним из совладельцев по поводу неделимой вещи солидарными должниками будут все совладельцы, даже если кредитор не может точно назвать этих должников. Понятно, что такой договор может быть оспорен любым из совладельцев по мотиву отсутствия согласия на сделку. Существующий между совладельцами договор о порядке пользования общим имуществом сам по себе может включать согласие на определенные сделки, заключаемые одним из совладельцев так, что в каждом отдельном случае испрашивать согласия других совладельцев не нужно: оно уже дано при определении порядка пользования.

В то же время договором с одним из совладельцев по поводу общего имущества могут предусматриваться обязательства перед третьим лицом, имеющие природу личных обязанностей данного лица. Например, хозяин автостоянки (совладелец, управляющий автостоянкой и эксплуатирующий ее по соглашению между совладельцами) обязан обеспечить ее охрану. В случае утраты или повреждения автомашины владелец автостоянки будет отвечать лично, даже если автостоянка является частью (естественно, мы не вкладываем в это слово юридического значения) общего здания. В то же время если автомашина повреждена по причинам, связанным с самим объектом (например, произошел пожар в здании), то должниками по такому обязательству могут быть все совладельцы, хотя расходы между ними должны распределяться в соответствии с имеющимися между ними обязанностями (внутренним соглашением о порядке пользования зданием). Я имею в виду, что иск имеет не деликтный характер (в этом случае вообще нет сомнений о наличии солидарного обязательства), а именно договорный характер (не обеспечена сохранность имущества, переданного по договору хранения).

Следовательно, если имеется договор о распоряжении общим имуществом, заключенный с одним из совладельцев, то возникает солидарное обязательство всех совладельцев в силу ст. 322 ГК РФ постольку, поскольку имеется их общее согласие на заключение данного договора. Определенные обязательства совладельца могут носить, однако, характер его личных обязанностей, поскольку затрагиваются не полезные свойства вещи, а польза, приносимая личной деятельностью должника¹. В этой части действует не солидарное, а личное обязательство должника. Отделение сферы солидарного обязательства от личных обязанностей совладельца как стороны в договоре является вопросом факта и в случае спора должно производиться судом.

В любом случае совладелец несет ответственность всем принадлежащим ему имуществом, в том числе долей в праве общей собственности.

Вопрос о признании недействительными сделок по распоряжению общим имуществом, совершенных совладельцем, по мотиву отсутствия общего согласия требует дополнительного обсуждения.

¹ Соответственно и доходы, полученные от такой деятельности, являются личными доходами совладельца и не должны рассматриваться как доходы, приносимые вещью (ст. 136 ГК).

Для совместного имущества сделки по распоряжению общим имуществом являются, конечно, оспоримыми, что видно из п. 3 ст. 253 ГК. Поэтому мы обсуждаем распоряжение имуществом, находящимся в общей долевой собственности, более распространенной в хозяйственной жизни.

Как представляется, право на иск о признании сделки недействительной должны иметь только совладельцы, хотя в законе такое требование прямо и не сформулировано, что заставляет квалифицировать сделку все же как ничтожную. Но если сделка оспаривается иными кроме совладельцев лицами, то их право на иск не будет основано на законном интересе, как того требует ст. 166 ГК.

Истцы должны доказать отсутствие согласия на сделку. Причем наличие письменного согласия, даже если оно и предусмотрено соглашением между совладельцами, не вытекает из закона и потому допустимо доказывание согласия, полученного в иной форме. Как уже говорилось, согласие может быть дано заранее, при определении порядка пользования. Выделение в пользование и владение одному из совладельцев той или иной сферы полезности вещи («части вещи») предполагает и право на совершение сделок по распоряжению общей вещью в этой сфере, если совладельцы прямо не оговорили иное.

Присуждение в результате признания сделки недействительной (применение реституции) означает возникновение солидарной обязанности в лице всех совладельцев на возврат всего полученного по недействительной сделке, равно как и возникновение солидарного требования об истребовании всего переданного по недействительной сделке. Поскольку требования, возникшие из реституции, имеют природу обязательственных требований, то они в этом случае подчинены в части, не урегулированной ст. 167 ГК, нормам ст. 322 Кодекса. Эта ситуация сама по себе трудностей не вызывает.

Практическую сложность представляет вопрос об оспаривании сделок, совершенных в отношении общего имущества, после прекращения отношений общей собственности.

Например, М. заявил иск к К. и сослался на то, что у него и отца К. имелось общее имущество — коллекция картин, находившаяся в управлении отца К. по общему согласию наследников. После смерти отца К. коллекция была разделена между всеми наследниками. При этом обнаружилось, что некоторые известные картины отсутствуют. В то же время некоторые картины были обнаружены выставленными к продаже на крупных аукционах и у известных коллекционеров.

М. требовал от К. передать ему в счет утраченных картин те картины, которые достались К. при разделе коллекции.

Основанием иска, как можно видеть, является распоряжение общим имуществом без согласия совладельцев, при этом спор возник после прекращения общей собственности.

Прежде всего оценим законность требований о выдаче определенных картин из тех, которые достались К. при разделе общего имущества. Если раздел уже произведен, то все имущество бывшего совладельца является его личной (исключительной) собственностью. Истребовать это имущество в натуре можно лишь в двух слу-

чаях: если будет доказано право собственности иного лица по виндикационному иску либо если будет подан кондикционный иск в порядке ст. 1104 ГК.

Рассмотрим эти варианты последовательно.

Виндикационный иск М. возможен только в том случае, если будет признан действительным раздел картин. Раздел сам по себе является договором (сделкой) и потому, конечно, может быть оспорен по указанным в законе основаниям. Может ли быть таким основанием, например, утаивание части общего имущества от раздела? В известных случаях это не исключено. Здесь, видимо, следует опираться на норму ст. 180 ГК: если бы эта часть была включена в раздел и при этом раздел имел бы иные условия, то это обстоятельство становится решающим.

Следует, однако, иметь в виду, что в раздел поступает только имеющееся в наличии имущество. Это значит, что если к моменту раздела или даже к моменту обнаружения факта утаивания части имущества от раздела это имущество уже утрачено, то оснований включить его в раздел более не имеется. Тогда становится невозможным и применение последствий недействительности сделки (эти последствия всегда обсуждаются, как и вообще все способы защиты права или интереса, только на будущее, но никак не в прошедшем времени. Суд защищает право (интерес), но не выражает сочувствие — это уже дело психолога). А раз так, то и право на оспаривание сделки отпадает.

По-видимому, при разделе не исключается учет прав, возникших из общей собственности. Так, в силу § 755 ГГУ если участники несут солидарную ответственность по обязательству, то при прекращении общности каждый участник может потребовать, чтобы долг был уплачен за счет общего предмета. Дербург полагает также, что при разделе возможно удержание эквивалента издержек, понесенных на общую вещь, в то время как иные долги едва ли могут взыскиваться¹.

На мой взгляд, участники могут включить в соглашение о разделе условие о передаче одному из них права на виндикацию имущества. Но, учитывая, что в силу ст. 382 ГК уступка права на виндикацию невозможна, такое условие должно формулироваться как выделение одному из участников в личную собственность вещи, находящейся в чужом незаконном владении.

Такое условие может означать и получение этим участником права на преследование вещи в порядке реституции, если окажется, что незаконный владелец ссылается на то, что получил вещь от одного из совладельцев². Понятно, что в этом последнем случае участник, выплатив присужденные по реституции в пользу третьего лица суммы, приобретает право на получение неосновательного обогащения от того из совладельцев, кто обогатился за счет незаконной сделки, если эти доходы были тем фактически получены и если они не были учтены при разделе общего имущества.

Если вещи, бывшие ранее в общей собственности, не участвовали в разделе каким-либо образом, как об этом говорилось выше, и затем будут обнаружены у третьих лиц, то, как представляется, возможности их истребования иначе, как по общему иску всех бывших совладельцев, не имеется. А такой общий иск фак-

¹ Дербург Г. Пандекты. Т. 1. Ч. 2: Вещное право. СПб., 1905. С. 78.

² Далее мы сможем увидеть, что требование из реституции исключает требование из виндикации, и наоборот.

тически возможен лишь в случае хищения вещи; ведь иным образом вещь может оказаться у третьих лиц, как правило, в результате сделки, совершенной одним из совладельцев. После раздела уже не может применяться презумпция согласия совладельцев на действия, в том числе иски, одного из них. Поэтому требуется формальное уполномочие от всех на преследование вещи.

Если по определенным причинам предъявление солидарного требования невозможно, то остается лишь кондикционный иск к фактически обогатившемуся совладельцу.

Возвращаясь к нашему казусу, мы можем заметить, что для того, чтобы оспорить раздел, нужно доказать утаивание вещей от раздела. Однако сам тот факт, что картины уже были обнаружены у третьих лиц еще до раздела, означает, что они не могли участвовать в разделе и соответственно оснований для оспаривания раздела не имеется. Но если раздел является законным, то у К. возникло право собственности на картины, и они не могут быть у него истребованы виндикационным иском.

Невозможно и истребование картин кондикционным иском, так как по смыслу ст. 1104 ГК необходимо доказать, что именно данные вещи были предметом обогащения за счет другого лица. Так, например, бывает в том случае, когда вещь передана без оплаты по договору купли-продажи или по иному основанию, предполагающему возмездность, но в конечном счете не оплачена. Мы можем в таких случаях полагать, что именно эта вещь — предмет обогащения и она должна быть возвращена. Но в деле по иску М. к К. установлено, что картины передавались третьим лицам, которые, видимо, оплатили их, т.е. не являются лицами, обогатившимися без основания. В то же время отец К., получивший оплату от этих третьих лиц, может быть признан должником в размере полученных сумм (ст. 1102 ГК), но это будет денежное обязательство, а не натуральное.

Следовательно, иск М. не может состоять в требовании каких-то определенных картин из числа доставшихся К. при разделе. В то же время М. вправе потребовать от правопреемников К. исполнения обязательства из неосновательного обогащения в размере фактически полученных сумм, поскольку соответствующие обстоятельства будут доказаны истцом. Этот иск является обязательственным, а не вещным и заявляется помимо раздела имущества. Правопреемники К. отвечают по этому иску в объеме полученного от К. наследства в общем порядке. Если судебное решение о взыскании денежной суммы не будет исполнено, взыскание может быть обращено на любое имущество, в том числе на картины. Однако взыскатель не может своей волей определять, на какое имущество должно быть обращено взыскание; кроме того, обращение взыскания на имущество отнюдь не означает, что это имущество переходит в собственность кредитора.

Нередко возникает вопрос: вправе ли участник продать или иным образом распорядиться не всей долей, а ее частью? Закон говорит о праве участника продать свою долю. Доля в праве не является вещью и потому к ней неприменимы правила о неделимой и делимой вещи (ст. 133 ГК), в том числе правило о возможности деления вещи.

Невозможно и применение правил, относящихся к передаче права требования (ст. 382 ГК) и допускающих передачу в порядке цессии определенного требования к должнику, которое в количественном значении может быть меньше, чем все

имеющиеся требования к тому же должнику. Учитывая, что передача вещных прав в порядке ст. 382 ГК не допускается, применение этой нормы к передаче прав собственности не имеет оснований.

Можно, однако, заметить, что сама по себе передача в порядке ст. 382 ГК не всех имеющихся требований, а части из них возможна потому, что при этом не ухудшается положение должника, обязанности которого не изменяет тот факт, что определенные обязательства он исполняет в отношении иного кредитора. Если учесть, что доля в праве общей собственности отражает взаимоотношения с иными участниками общей собственности, то можно прийти к иному выводу: увеличение числа участников само по себе, конечно, затрагивает их интересы. Ведь любое увеличение числа участников затрудняет пользование общим имуществом и тем самым снижает его ценность. Особенно это ясно, если принять во внимание право каждого участника участвовать во владении и пользовании общим имуществом.

Изложенное позволяет прийти к выводу о невозможности отчуждения части доли (дробления доли) иначе, как путем отчуждения доли нескольким лицам по одной сделке. В известном смысле этот вывод совпадает с выводом из п. 4 ст. 244 ГК о невозможности собственнику создать общую собственность на неделимую вещь путем соглашения с иным лицом, о чем подробнее будет сказано ниже.

Некоторые практические проблемы, связанные с общей собственностью, можно показать на таком примере.

Между участниками застройки возник характерный спор, достаточно определенно обозначивший практические трудности, на первый взгляд присущие только отношениям, возникающим в сфере строительства, но на самом деле захватывающие едва ли не любую ситуацию совместного владения.

Приведем суть спора.

Фирма «Александр» заключила договор с обществом «Коопстрой», по условиям которого общество, осуществляющее застройку жилого дома со встроенными помещениями на правах заказчика, обязалось предоставить фирме «Александр» нежилое помещение (офис, по терминологии контракта) площадью 64 кв. м в собственность, а фирма «Александр» обязалась оплатить приобретаемое помещение исходя из ставки 700 тыс. руб. за 1 кв. м, причем если платежи вносились не сразу, а частями, стоимость 1 кв. м увеличивалась на коэффициент инфляции, установленный в официальном порядке. Учитывая, что квалификация данного договора как договора долевого участия сама по себе ввиду известной неясности этого широко употребляемого понятия мало помогает делу, и принимая во внимание такие характерные черты ситуации, как несомненная принадлежность всего объекта исключительно заказчику — «Коопстрою» при ограничении обязательств инвестора (дольщика) только внесением платежа, мы имеем основания рассматривать договор как договор о приобретении имущества, который имеет все признаки купли-продажи будущей вещи (п. 2 ст. 455 ГК), кроме только недостаточно точного указания предмета договора. Впрочем, при заключении договора примерное расположение приобретаемого помещения указывалось на имеющемся проекте, однако стороны не включили эти указания в договор и не придали им юридической силы, что, конечно, нельзя считать случайностью. Избегая дальнейших уточнений, которые могут только лишиться эту ситуацию типичности (а моя оценка ее состоит как раз в обратном), будем называть фирму «Александр» приобретателем, а «Коопстрой» — заказчиком (застройщиком).

К моменту завершения строительства и сдачи дома в эксплуатацию приобретатель полностью оплатил все 64 кв. м площади. Однако фактически предоставленное ему помещение оказалось равно 51 кв. м. Приобретатель счел, что заказчик нарушил его права и предъявил иск о возврате излишне выплаченной суммы 50 млн руб. (спора о порядке расчета не было, поэтому не стану на нем останавливаться).

Ответчик иска не признал и привел ряд доводов, основанных на обстоятельствах строительства: в частности, указывалось, что в процессе строительных работ по требованию городских властей пришлось изменять проект, что привело к удорожанию объекта, кроме того, часть жилых помещений в доме безвозмездно отдана в муниципальную собственность, и это сделано за счет заказчика. Наконец, заказчик сослался на то, что кроме полученных приобретателем помещений площадью 51 кв. м ему переданы в пользование также иные площади: коридор и помещение охраны, которыми он будет пользоваться совместно с четырьмя другими организациями, получившими помещения в той же части здания, причем приобретатель никак не может получить доступа к своему офису, не воспользовавшись коридорами.

Суд вполне обоснованно не придавал юридического значения доводам об удорожании строительства: ведь если данный договор является встречным возмездным договором типа купли-продажи, то все риски, связанные с судьбой предмета договора до его передачи приобретателю, конечно, лежат на собственнике, т.е. на заказчике. А то искажение этого подхода, которое связано с известными судебными рекомендациями, позволяющими снижать размер получаемой площади после окончания строительства исходя из фактически сложившейся стоимости, в данном случае не имело места, так как при любой методике подсчета себестоимость предоставляемого помещения была ниже фактически полученных от приобретателя средств. А вот что касается доводов о предоставлении подсобных помещений в общее пользование, то здесь суд поддержал ответчика, и это решение суда, без сомнения, требует самой тщательной оценки.

Суд указал, что при заключении договора стороны не могли не понимать, что пользоваться предоставленным помещением невозможно, если одновременно оно не будет снабжено коридором или иными подсобными помещениями аналогичного назначения, которые находятся и в пользовании прочих совладельцев. Суд рассчитал размер той части таких подсобных помещений, которая полагается истцу, и, учитывая, что имеются всего четыре владельца, а размер коридоров более 44 кв. м, определил дополнительно предоставленную истцу площадь в 11 кв. м. При этом исходя из заявления истца о том, что он не намерен пользоваться охраной, стоимость какой-либо части помещения для охраны на истца отнесена не была.

Исходя из такого расчета суд взыскал с ответчика 10 млн руб. как излишне полученных по договору, в остальной части иска было отказано.

Можно заметить, что если взять решение само по себе, оно достаточно легко может быть поставлено под сомнение.

Во-первых, по буквальному смыслу договора приобретатель получает площадь в собственность, а об общей собственности либо иных титулах, отличных от собственности, в договоре не говорится. Поэтому выход суда за пределы текста договора не оправдан. Тот довод, что стороны не могли не понимать необходимости подсобных помещений для пользования предметом договора¹, гораздо легче обратить про-

¹ Если следовать этой логике, то в договоре должны находить также отражение условия пользования крышей, чердачными и подвальными помещениями, лифтом и пр. Это простое соображение, кажется, легче всего позволяет убедиться в сомнительности критикуемого подхода.

тив продавца (здесь — застройщика, заказчика): ведь именно на нем лежит обязанность предоставить предмет в состоянии, пригодном для использования, соответственно и все связанные с этим и прямо не оговоренные издержки лежат на нем.

Во-вторых, едва ли можно согласиться с тем, что получаемая в собственность площадь оплачивается по той же ставке, что и иные права, дающие гораздо меньше удобств и возможностей, а в договоре имеется лишь одна ставка оплаты, и суд был вынужден применить именно ее.

Наконец, общая собственность состоит всегда только в некоторой доле в праве, выражаемой в дроби, проценте, но ни в коем случае не в виде натуральных показателей, как, например, квадратные метры площади или тонны.

Каждого из этих аргументов по отдельности, не говоря уж об их кумулятивном действии, вполне достаточно, чтобы весьма основательно поколебать судебное решение. Но есть иные причины, мешающие двинуться дальше.

Действительно, представим, что застройщик специально оговаривает, что вместе с приобретаемым помещением предоставляется и право общей собственности на подсобные объекты, которые при этом перечисляются в соглашении¹. Кажется, все пороки нашего договора тем самым устранены. Но тогда на первый план выходят гораздо более серьезные вопросы, и только здесь мы сталкиваемся с самыми настоятельными проблемами, уходящими в глубину права.

Как быть с тем обстоятельством, что установленная договором общая собственность возникает не иначе как по согласию всех ее участников?

Как расценить, далее, то, что общая собственность в нашем случае утрачивает вообще свойственную имущественным правам способность к передаче и не может быть отчуждена?

И, наконец, главная проблема сегодняшней застройки: как быть, если окажется, что получаемая общая собственность — главным образом или даже только обременение, но никак не благо?

Попробуем разобраться в этих вопросах, постоянно имея в виду, конечно, нашу ситуацию.

1. Общая собственность, как уже говорилось, тем резко отличается от частной, что если конечной целью едва ли не любого договора об имуществе является установление частной собственности на вещь, то общая собственность, напротив, никогда не является единственной целью соглашения, а когда и предполагается, то считается скорее средством достижения желаемой цели, чем самой этой целью. Главным договором о создании общей собственности выступает, конечно, совместная деятельность, но ведь и она преследует не объединение имущества, которое само по себе нового блага не создает, а достижение известного полезного результата как плода общих усилий. Именно такими чертами обладает и совместная дея-

¹ Этот казус возник более 10 лет назад, и сегодня, когда общая собственность в зданиях стала уже привычным феноменом, казалось бы, вопрос утратил актуальность. Однако я все же решил оставить анализ казуса, отчасти потому, что многим эта общая собственность кажется сегодня вполне очевидной, тогда как перед нами явление, вполне выходящее за рамки права и любых правильных юридических конструкций. Лишний раз подчеркнуть это кажется мне весьма полезным. Кроме того, в казусе общая собственность возникает, как можно видеть, по договору. Между тем, предусмотренная новейшим законодательством общая собственность на помещения общего пользования в здании может возникнуть в силу закона и иметь только то содержание, которое определено законом.

тельность в строительстве. Стороны, объединяя свои усилия и средства, получают право общей собственности на объект строительства, хотя их главной целью являются, конечно, полезные свойства самого объекта, а отнюдь не то обстоятельство, что владение и пользование им придется осуществлять совместно с товарищами, а не самостоятельно.

Нередко общая собственность возникает нечаянно, без специального намерения участников. Так происходит, например, если смешиваются в одном хранилище вещи, определенные родовыми признаками (зерно, нефть), или если несколько лиц оказываются наследниками одной неделимой вещи. Такая общая собственность, в которую совладельцы «впадают», пожалуй, в большей степени отражает наиболее существенные черты этого явления.

Но и тогда, когда общая собственность возникает из договора, неизменным условием остается то, что стороны этого договора и есть участники общей собственности. Иными словами, одно лицо, не являясь участником общей собственности, не может создать путем соглашения общую собственность для себя и для другого лица. Это прямо следует и из правила п. 4 ст. 244 ГК: общая собственность на неделимую вещь возникает при поступлении в собственность двух или нескольких лиц неделимой вещи. Понятно, что поступление в собственность двух или нескольких лиц не тождественно отчуждению одним лицом другому лицу части в праве на вещь.

После того, как эта проблема все более часто стала возникать в практике, она была решена форсированием нормы п. 4 ст. 244 ГК: стало признаваться, что собственник неделимой вещи может создать право общей собственности себе и другому лицу.

Впрочем, если совершается договор об отчуждении помещения в здании, то между собственником здания и собственником помещения возникают иные, недоговорные отношения, как известно.

Пока же подумаем, какие последствия возникают из договора об отчуждении помещения (если не доли в здании, строении). Видимо, здесь возникают права, помимо права собственности на помещение или права общей собственности на здание.

2. Мы можем заметить, что не всегда эти права отвечают признакам права общей собственности, а главное — не в этом их основное содержание.

Прежде всего, легко убедиться в отсутствии такого неизменного свойства права общей собственности, как возможность распоряжения. Не обсуждая даже тех особенностей упомянутого судебного решения, в силу которых это право выражено в квадратных метрах вместо полагающейся дроби, мы видим, что в любом случае, конечно, само по себе это право не отчуждается никаким образом, но зато, без сомнения, переходит вместе с вещью.

Невозможно допустить существование преимущественного права покупки у других совладельцев относительно доли в праве на подсобные помещения независимо от того, продается ли эта доля отдельно или вместе с помещением на праве частной собственности. По этому поводу можно заметить, что если никто из совладельцев ни в каком случае не будет платить за пользование подсобными помещениями и оборудованием при отчуждении своего объекта одним из них, то на каком основании может возникнуть обязательство по такого рода оплате у покупателей — третьих лиц, остается неясным, и имеются серьезные сомнения в том,

что существует сам предмет, подлежащий оплате, а значит, и предмет договора об отчуждении такого рода имущества.

Это прямо подтверждено и ст. 37 ЖК РФ.

Что же остается обладателю доли в общих помещениях? Очевидно, что распорядиться этой долей он никак не может, нет и преимущественного права покупки.

Наконец, совладелец не может и покончить с этой странной общей собственностью путем раздела в натуре.

Кажется, что остается только пользование, но и оно при ближайшем рассмотрении мало походит на пользование собственностью, ведь в отличие от полноты собственности, ограниченной только законом, это пользование ограничено целями, вытекающими из назначения принадлежащего лицу объекта недвижимости, и осуществляется лишь постольку, поскольку это необходимо для реализации права на объект недвижимости (помещение).

После этого трудно считать долю в подсобных (общих) помещениях и оборудовании только правом, даже если это право выступает главным образом как известное обременение в общих интересах, и именно такой подход имеет несомненный приоритет и в законодательстве, и в судебной практике.

Постоянно сохраняется, конечно, фундаментальный аргумент: общие помещения вовсе не являются объектом права в смысле ст. 128 ГК, т.е. не являются вещами ни в каком смысле, даже в виде фикции. Если жилые и нежилые помещения в конечном счете признаны объектами права, как об этом еще будет говориться, то общих помещений (имущества общего назначения) в здании это решение не коснулось.

3. Обсуждение наиболее сложных сторон нашей темы, которая сама обязана спору, возникшему из договора, позволяет предположить, что и обобщающие решения следует искать скорее на почве оборота или, точнее, на скрещении с ним вещного права. Одним из таких институтов, сформированных под непосредственным воздействием воззрений оборота, является, как известно, понятие вещи: известно, что вещь получает свои юридические свойства не столько из природы, сколько из оборота, обнаруживающего их различия, в частности, в момент перехода.

Когда мы интерпретируем проблему в этой системе понятий, то сразу же приходим к известному выделению среди вещей составных частей (вещей).. Есть смысл воспользоваться известным определением составных частей (вещей) как тех, которые «не способны быть предметом самостоятельного права, отдельного от права на самую вещь»¹, как «не имеющих в юридическом смысле самостоятельного существования»². Нет сомнения, что части здания могут находиться на положении составной части. Составная вещь может быть отделена, и тогда она становится вещью, объектом права. Здесь нужно сделать оговорку относительно помещений, которые составными вещами являться не могут, потому что не могут в принципе отделяться и любым образом перемещаться. Помещения вообще не вещи.

Главная трудность, конечно, в том, может ли право общей собственности, которое ведь не выступает как телесная, материальная субстанция, рассматриваться в качестве составной вещи.

¹ Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 2 / Пер. с нем. М., 1950. С. 29, 34. См. также: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 103 и сл.

² Хвостов В.М. Система римского права. С. 127.

Поскольку содержание ст. 134 ГК не позволяет ответить на этот вопрос, обратимся вновь к труду Л. Эннекцера: «Составными частями недвижимости должны считаться также... те права, которые связаны с собственностью на недвижимость, например, предиальные сервитуты, затем право преимущественной покупки и реальные обременения, если они установлены в пользу того, кто в настоящее время собственник земельного участка», причем вопрос о возможности их отдельного существования не может быть определен раз и навсегда законом: «здесь решает природа каждого отдельного права»¹.

Далее автор, говоря уже о принадлежности, приводит пример, когда «продажа одного из имений в случае сомнения охватывает и соответствующую долю участия в пользовании молотилкой, и соглашение о передаче собственности влечет за собой передачу этой доли»².

Хотя автор ссылается на нормы ГГУ³, я не вижу препятствий для заимствования нашим позитивным правом достаточно широкого толкования составной части вещи, понимая под ней не только присоединенные к ней материальные предметы, но и непосредственно вытекающие из объекта вещные права, поскольку они не могут иметь самостоятельного юридического бытия вне связи с главной вещью. Ведь вещь — понятие не физическое, а юридическое. Вспомним, что Д.И. Мейер начинал изложение понятия вещей, в том числе и составных, с того, что объединял материальные объекты и права в общем понятии имущества, подчеркивая, что это слово «гораздо счастливее слова «вещь»»⁴.

Здесь, пожалуй, уместны аргументы от здравого смысла: представим, что речь идет о сервитуте, обслуживающем участок. Ясно, что отделить это вещное право от самой недвижимости никак невозможно, и в обороте оно существует только вместе с ней. А при этом разве можно определить его более точно, чем составная часть той вещи, которую оно обслуживает?

Во всяком случае, на мой взгляд, только на этой почве весьма сложная проблема распоряжения частями зданий может получить сколько-нибудь связное и практически удовлетворительное решение.

Понимая возникающее в силу собственности на помещение в здании право общей собственности на служебные помещения, крышу, перекрытия и другие части здания⁵ составной частью самого помещения, мы можем дальше достаточно уверенно решить большинство возникающих проблем. Например, в любом договоре о распоряжении помещением не требуется оговаривать, что вместе с ним переходят соответствующие права на коридоры, подъезд, крышу, перекрытия, системы отопления или вентиляции, и, конечно, эти права не должны оплачиваться дополни-

¹ Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 37.

² Там же. С. 39.

³ Например, в силу § 96 ГГУ права, связанные с правом собственности на земельный участок, признаются составными частями последнего. Но, как видно из приведенных суждений, логика автора не ограничивается только правами, возникающими из обладания землей.

⁴ Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 1. М., 1997. С. 139.

⁵ Здесь появляется соблазн считать принадлежностью не право общей собственности («идеальную долю»), а сами эти части в их материальном выражении: такое понимание (вполне извинительное уже потому, что позволяет совладать сразу со многими практическими трудностями) в известной мере неизбежно при узком толковании ст. 134 ГК РФ, но ему, кажется, недостает юридической культуры.

тельно. С другой стороны, от этих прав невозможно и отказаться ни при заключении договора об отчуждении недвижимости, ни в какой другой момент, а значит, нет и не может быть юридической почвы для уклонения от бремени, вытекающего из прав, не отделимых от самой недвижимости. Тем самым центр регулирования прав на имущество общего пользования смещается от договора к закону.

Это тем более уместно, что, как уже говорилось, режим общей собственности на имущество общего пользования в здании не является формой или разновидностью права общей собственности и не может устанавливаться договором. Этот режим, подобно содержанию вещного права, устанавливается только законом.

Другой аспект той же проблемы состоит в статусе нежилого помещения.

Известно, что такой объект, как нежилое помещение, является одним из самых распространенных в гражданском обороте, а в сфере аренды недвижимости решительно преобладает. Время от времени возникают конфликты, связанные с правами на землю собственников или владельцев таких помещений, с распределением расходов на содержание зданий между владельцами отдельных помещений и т.п. Каким-то образом эти конфликты разрешаются, хотя строгих правил для их решения не видно. При этом ГК не рассматривает нежилые помещения как объекты гражданских прав. Можно, впрочем, объяснить это простым недосмотром законодателя, к тому же не имеющим большого значения, так как законом прямо предусмотрен такой объект, как жилые помещения. Если так, то без предварительного обсуждения феномена жилых помещений, видимо, нельзя рассматривать проблему помещений нежилых.

Жилые помещения в качестве объекта права собственности известны нашему гражданскому праву достаточно давно. Жилое помещение как часть жилого дома было введено в оборот совместными усилиями науки гражданского права и судов. Истоки этого решения можно обнаружить в представлениях о собственности на жилые помещения, как они сложились несколько десятилетий назад. Тогда судебной практикой был выработан подход, согласно которому «выдел участнику общей собственности принадлежащей ему доли означает передачу в собственность истцу определенной изолированной части жилого дома и построек хозяйственного назначения, соответствующих его доле, а также означает утрату им права на эту долю в общем имуществе (ст. 252 ГК)»¹. Таким образом, фактическая возможность пользоваться помещением более или менее самостоятельно, т.е. отсутствие коммунального устройства жилого помещения, уже рассматривалось как достаточное для прекращения режима общей собственности, хотя реальная делимость дома напоминала о себе необходимостью иметь общее попечение о крыше, коммуникациях, земельном участке и т.д. Эти отношения, предполагающие все же общую собственность, переводились в разряд соседских и регулировались как отношения независимых собственников.

Более строгим был бы, конечно, подход, исключающий выдел, если в какой-либо мере отношения общей собственности сохраняются (в том числе, например, на

¹ Пункт 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 1980 г. № 4 «О некоторых вопросах, возникших в практике рассмотрения судами споров о выделе доли собственнику и определении порядка пользования домом, принадлежащим гражданам на праве общей собственности» (в ред. от 25 октября 1996 г.) (Бюллетень Верховного Суда РФ. 1997. № 1. С. 10).

часть земельного участка, части здания и т.п.); в противном случае существует лишь право общей собственности, а конкретное помещение находится только во владении и пользовании (п. 2 ст. 247 ГК). Именно такие взгляды высказывались, в частности, А. Ерошенко¹. Этот подход, однако, неизбежно наталкивался не столько даже на инерцию судебной практики, сколько на вызвавшие эту практику жизненные реальности, прежде всего известную ограниченность жилищного фонда, неразвитость жилищного рынка и затруднительность использования денежных эквивалентов в жилищных спорах.

Нельзя не отметить также и авторитетного суждения Г. Шершеневича. Оспаривая «существующее воззрение» о неделимости дома, автор замечает: «При разделе каждая часть может иметь все необходимое...», хотя может быть и иначе. Другой вариант: путем превращения дома в два строения бывшую его часть превратить в пристройку («что мешает разделу дома капитальной внутренней стеной, когда в больших городах многие дома отделяются друг от друга именно такой стеной?»)². Нужно заметить, что судебная практика в общем следовала именно этим представлениям: делимость жилого дома исследовалась с точки зрения «снабжения его всем необходимым» для нормального использования в качестве именно жилого дома, а также с точки зрения возможности изоляции, возведения перегородок, хотя бы и не капитальных в строительном отношении.

Известная праву конструкция жилого помещения была в конце 1980-х гг. перенесена (по причинам скорее политическим) на многоквартирные здания. При этом, по-видимому, отдельная квартира была отождествлена с частью дома, снабженной всем необходимым и достаточно изолированной. Таким образом, вопрос факта, которым, как это видно, является вопрос о способности части дома быть объектом права, вещь, был решен для всех отдельных квартир в зданиях одним указанием закона. Логика системы объектов гражданского права очень мало согласуется с этим решением. Е.А. Суханов резонно замечает, что «квартиры у нас в домах так устроены», что «эти объекты не могут быть самостоятельными объектами имущественного оборота»³.

Обсуждая устройство наших квартир, следует, видимо, указать на известный римскому праву (и вполне естественный) режим общих стен (*paries communis*). Поскольку такие стены являлись общими, исключалось, как это вообще присуще общей собственности, управление и пользование вещью лишь одним из сособственников. В то же время, конечно, эти стены не подлежали разделу, здесь не действовало право запрета относительно любых актов сособственника. Закон допускал некоторые действия и,

¹ См.: *Ерошенко А.А.* Личная собственность в гражданском праве. М., 1973. С. 56–57.

² *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. С. 104. Обсуждая эту проблему, К. Победоносцев склоняется к неделимости дома, указывая, что «если допустить распределение дома между несколькими владельцами по комнатам, то право собственности каждого будет неполное, так как без согласия других не вправе будет предпринимать постройки и починки в стенах, физически уже не подлежащих разделу. Кроме того, распределение дома между несколькими владельцами имело бы последствием затруднения и споры при самом платеже податей, отправлении повинностей». В то же время отмечается, что «раздел двора на участки по закону возможен» (*Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 126). В. Синайский, подтверждая делимость двора, высказывается против возможности деления дома, «поскольку речь идет о возможной горизонтальной (поэтажной), а не вертикальной деления дома» (*Синайский В.И.* Русское гражданское право. М., 2002. С. 135).

³ *Суханов Е.А.* Актуальные вопросы гражданского права // *эж-Юрист.* 1999. № 40. С. 2.

несмотря на возражения сособственника, например, право штукатурить общую стену, потому что это не причиняет вреда соучастнику. Таким образом, действовал режим особой общей собственности с рядом изъятий из обычных норм об общей собственности¹. Вполне понятно, что поскольку у квартиры в современном многоквартирном доме практически не может быть собственных внешних стен (а также пола и потолка), а только общие стены, пол, потолок, то технические основания изъятия ее из режима общей собственности, конечно, весьма сомнительны. Далеко не очевиден и другой признак, указанный Г. Шершеневичем: снабжение квартиры всем необходимым для самостоятельного пользования ею.

Само по себе далеко не безупречное решение об отнесении жилых помещений к числу объектов гражданских прав не могло не привести к ряду коллизий в системе объектов гражданских прав и соответственно в отношениях собственности на здания и части зданий. Речь идет прежде всего о возникновении в обороте нежилого помещения.

Анализируя законодательство о праве на нежилые помещения, В. Лапач приходит к выводу, что «доказать самостоятельность нежилых помещений как объектов прав невозможно»². Рассуждая аналогичным образом, С. Зинченко и С. Корх предлагают для нежилых помещений установить особый режим: указывать только идеальные доли с указанием порядка владения и пользования конкретными помещениями³.

Невозможность причисления помещений к числу объектов права выясняется при попытках их индивидуализировать. Эти попытки всегда тщетны. У них нет вещественных составляющих элементов, указав на которые, можно было бы отделить их от других объектов права.

Убедившись в тщетности описания помещения через те или иные строительные конструкции (стены, пол, потолок), иногда говорят, что помещение — это объем заключенного в нем воздуха. Но тогда с первым сквозняком объект права исчезнет. Впрочем, Лао-Цзы по сходному поводу говорил о пустоте как о самом полезном свойстве кувшина.

Помещение, если рассматривать его как объект права, отнесенный законом к числу недвижимых вещей, отличается от всех прочих объектов недвижимости тем, что оно не может быть в принципе перемещено (как и земельный участок, кстати). Кроме того, помещение не обладает никакими свойствами, кроме трех измерений. В точном смысле у помещения есть только количества, но нет качеств (поэтому его невозможно точно индивидуализировать само по себе).

Этот аспект темы заслуживает отдельного изложения, что и будет сделано в дальнейшем.

Помещение — это фикция вещи. Введение помещения в гражданский оборот без помощи этой фикции было бы возможным лишь посредством норм об общей собственности. Однако пока развитие идет в ином направлении.

¹ Зелер В. Указ. соч. С. 60–63.

² Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: Теория и судебная практика. СПб., 2002. С. 376.

³ Зинченко С., Корх С. Вопросы собственности: законодательство и практика // Хозяйство и право. 2000. № 6. С. 56. Противоположный подход см.: Плотникова И., Волкова О., Улюкина Н. Регистрация прав на общее имущество // эж-Юрист. 2000. № 28. С. 2.

Дело в том, что появление жилых помещений как объектов прав автоматически вводит в число объектов прав и помещения нежилые. Достаточно указать вполне обыденную ситуацию — наличие в одном здании как жилых, так и нежилых помещений¹. Если жилые помещения принадлежат их собственникам на праве частной (исключительной) собственности, то на каком праве могут присваиваться помещения нежилые? Если это — право общей собственности, то кто — другой сособственник? Очевидно, что им не могут выступать собственники квартир, так как каждый из них — субъект не общей, а исключительной собственности. Не может им выступить и юридическое лицо, объединяющее собственников (если оно создано), так как ему принадлежит здание в целом, но не находящиеся в нем помещения.

Итак, именно возникновение такого объекта, как жилое помещение, предопределяет появление и нежилого помещения среди объектов права собственности и иных гражданских прав. Само по себе возникновение такого объекта распространяет свое действие и на здания, в которых вовсе нет жилых помещений. Теперь уже приобретатели помещений нежилых стремятся получить исключительное право на свои части здания, коль скоро такой объект, как нежилое помещение, известен обороту и законодательству, в том числе законодательству о регистрации прав на недвижимость.

Наконец, законодательство о приватизации не только допускало приобретение в частную собственность нежилых помещений в здании, но и стимулировало широкое распространение такого рода прав (укажем, например, на приватизацию в здании дома быта обувной мастерской, фотоателье, парикмахерской: по законам о приватизации все эти подразделения должны были получить самостоятельных хозяев).

Между тем проблем, возникающих вокруг нежилых помещений, не меньше, а, пожалуй, больше, чем вокруг жилых. Невозможно избежать этих проблем простым запретом на оборот нежилых помещений. Прежде всего, не удастся указать юридический способ перевода в общую собственность уже возникшей исключительной собственности на помещения в одном здании. Очевидно, что таким способом не может быть судебное решение: если по суду собственность можно разделить, то соединить — невозможно.

Не может быть и договора о создании общей собственности: договор простого товарищества преследует иную цель, а общая собственность для него лишь факкультативна; в любом случае простое товарищество не может завершаться в момент внесения вкладов.

Организация кондоминиума не создает общей собственности на то, что до того находилось в собственности исключительной. Поэтому придется исходить из того, что, хотя сложившиеся отношения фактического совместного владения без формальной юридической связи между совладельцами не являются нормальными, эффективных путей исправления ситуации средствами действующего закона не видно.

В любом случае следует максимально использовать имеющиеся в законе механизмы создания общей собственности на здание, поскольку только у таких отношений имеется будущее; конструкция собственности на помещения порождает

¹ В. Лапач приводит и иную, менее распространенную, но теоретически столь же существенную ситуацию: перевод жилого помещения в нежилое сохраняет у его собственника право собственности без изменения титула (*Лапач В.А. Указ. соч. С. 373*).

ет отчуждение собственников и лишает их отношения правильной юридической и социальной основы.

Так, важным представляется более точное соблюдение норм о простом товариществе. Если налицо такой договор, имеющий целью создание объекта недвижимости, то он должен завершаться соглашением о разделе выстроенного (равно как и незавершенного строительством) объекта путем указания на доли с тем, что закрепляемые за участниками конкретные помещения передаются им в пользование.

Любые споры о правах из совместной деятельности также должны быть представлены как споры либо о размере доли, либо о порядке пользования. Именно поэтому является некорректным выражение права общей собственности в натуральных показателях (квадратных метрах и т.п.). Б.Л. Хаскельберг, комментируя судебное решение, которым признана допустимость такого определения общей собственности, верно отмечает, что «признание собственности на квадратные метры жилья в принципе неправильно»¹. Оспаривая это суждение, Е.М. Щукина полагает, что «такое определение доли нисколько не затрудняет последующий раздел общего имущества, а напротив, значительно его облегчает»². Эта ссылка на удобство раздела представляется не слишком убедительной. Во-первых, создание общей собственности с целью ее раздела, вообще говоря, не имеет смысла. Во-вто-

¹ *Хаскельберг Б.Л.* К вопросу об исполнении в натуре обязательства долевого строительства // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Ч. 5 / Том. гос. ун-т; Под ред. Б.Л. Хаскельберга. Томск, 2001. С. 11.

Во-вторых, праву известны некоторые исключения: например, по английскому закону о продаже товаров (Sale of Goods Act), в исключение из общего правила, право собственности на купленные товары, определяемые родовыми признаками, переходит до их фактической передачи и тем самым выделения (определения) из некоторого известного объема (ex bulk): «...неотделенная доля покупателя в любое время составляет такое количество товаров, которое им оплачено в данном объеме (массе)». Эта конструкция, созданная в интересах покупателя, поскольку ему обеспечивается повышенная защита посредством предоставления вещного права вместо менее надежного права требования, конечно, заметно отклоняется от обычной общей собственности (подробнее см.: *Van Vliet Lars Peter Wunibald*. Transfer of Movables in German, French, English and Dutch Law. Ars Aequi Libri. 2000. P. 99–100. См. также: *Шумм-гофф К.М.* Экспорт: право и практика международной торговли / Пер. с англ. М., 1993. С. 71 и сл.). Некоторые аналогии могут быть обнаружены и в хранении с обезличиванием. Но тем самым обнаруживается и почва для выражения права собственности в количественных показателях — обезличивание вещи. Это — настолько существенное отклонение от природы собственности, что оно может быть оправдано лишь защитой права приобретателя от угроз, вытекающих из обязательственных прав, прежде всего некредитоспособности должника.

Кстати, при обсуждении природы права комиссионера на полученные им вещи (в том числе деньги), определяемые родовыми признаками и смешавшиеся с его собственными, иногда опускается именно то, что сохранение права собственности на такие вещи за комитентом дает ему повышенную защиту на случай банкротства комиссионера. Кажется, именно это обстоятельство и упущено С. Скороходовым, который настаивает на том, что собственником смешавшихся товаров должен считаться комиссионер, и это «отвечает потребностям гражданского оборота» (см.: *Скороходов С.* Правовой режим вещей, отчуждаемых (приобретаемых) по договору комиссии // *Хозяйство и право*. 2003. № 11. С. 32–34).

Между тем, когда мы говорим о недвижимости, во-первых, нет никакой возможности обезличивания, а во-вторых, вполне понятно, что выражение прав приобретателя недвижимости в натуральных показателях никак не спасает его от некредитоспособности должника. Следовательно, исключения на этот счет, которые мы можем обнаружить, лишь подтверждают тот вывод, что право общей собственности в недвижимости не может быть выражено в квадратных метрах (либо в суммах инвестиций, либо в любых иных количественных показателях).

² *Щукина Е.М.* Внесение вклада в совместную деятельность и правовой режим общего имущества участников простого товарищества // *Законодательство*. 2003. № 1. С. 45.

рых, поскольку речь идет о помещениях, такой раздел вовсе невозможен: жилые помещения не становятся предметом общей собственности в силу позитивного закона, а раздел нежилого здания, принадлежащего нескольким лицам на праве общей собственности, невозможен в силу ст. 244 ГК: общая собственность не может возникнуть путем раздела неделимой вещи.

Исполнение договора простого товарищества, о котором говорит Е.М. Шукина, завершается установлением долей в общей собственности; только в этом смысле можно говорить о разделе. Понятно, что это предполагает привлечение к участию в деле всех соучастников строительства, а также что в ряде случаев долевого участия выяснится, что такое привлечение противоречит природе самого спора. А это означает, что налицо не простое товарищество (совместная деятельность), а другой договор, создающий не общую, а исключительную собственность, например купля-продажа. Кстати, и в этом случае приобретенное право не может быть выражено в квадратных метрах, поскольку все равно речь идет о собственности.

Именно природа права собственности заставляет определить вещь, так как иначе не может быть установлено то отношение собственника к его вещи, которое создает исключительность (и позволяет наряду с активным воздействием на вещь устранить от нее всех прочих). Если непонятно, о какой вещи идет речь, то нет возможности пользоваться вещью, нет и оснований защищать ее: непонятно, чем пользоваться, непонятно, что защищать. Этот принцип определенности предмета собственности (Л. ван Влит приводит слова лорда Блэкберна о том, что определенность предмета собственности «вытекает из самой природы вещей»¹) равно проявляется и в отношениях общей собственности, и в отношениях по купле-продаже недвижимости (ст. 554 ГК).

Еще раз отметим, что определенность применительно к праву общей собственности на недвижимость требует не только определения размера доли (впрочем, если иное не оговорено, доли признаются равными), но прежде всего определения того объекта недвижимости, который находится в общей собственности.

Само по себе стремление привести все отношения совладельцев отдельных помещений в здании к отношениям общей собственности только по соображениям системы гражданского права — уже достаточное основание. Но кроме этого можно указать и на ряд чисто практических обстоятельств, которые, даже если о них не упомянуть, сами напомнят о себе.

Прежде всего, помещение не вписывается в определение объекта недвижимости: оно не связано с землей, поскольку не является строением и даже строительной конструкцией, которые тем и отличаются от строительных материалов, что связаны с землей. Между тем закон требует прочной связи с землей². Это обстоятельство приводит к тому, что невозможно определиться с правами на землю: если над одним земельным участком так или иначе нависают помещения, принадлежащие разным лицам, то невозможно понять, за кем из них должен быть закреплен

¹ Van Vliet Lars Peter Wunibald. Op. cit. P. 94.

² Формулируемая некоторыми цивилистами идея «опосредованной», «косвенной» связи с землей, вытекающая из того факта, что помещение невозможно переместить без несоразмерного ущерба, на самом деле выражает совсем другое обстоятельство — неделимость здания. Кроме того, закон говорит именно о прочной связи с землей, а не о косвенной или опосредованной.

земельный участок. Проблемы, конечно, вообще бы не возникло в случае общей собственности (или иное право с множественностью лиц): тогда и весь земельный участок передавался бы в общую собственность, но ведь мы рассматриваем сложившееся положение, допускающее исключительную собственность на отдельные помещения в здании.

Практикуемый вариант закрепления земли «пропорционально» размерам принадлежащих помещений, кроме того, что он прямо отсылает к общей долевой собственности и правомерен лишь в ее рамках, не имеет, однако, видимых законных оснований, а также не способен указать внятные способы пользования и распоряжения земельным участком.

С технической точки зрения, как отмечает В. Лапач, «нежилое помещение, а тем более нежилая комната вряд ли могут быть самостоятельными объектами учета и регистрации (инвентаризации).

Этот вывод подтверждается и с точки зрения существующей методологии бухгалтерского учета»¹.

Если говорить о текущем управлении зданиями, мы не можем указать никаких адекватных способов координации действий хозяев помещений. Поскольку они рассматриваются как независимые собственники, за ними предполагается право на осуществление любых действий без учета воли хозяев других помещений в том же здании.

Эту, видимо, уникальную ситуацию можно описать как фактическое совладение зданием разными лицами, не имеющими между собой никакой юридической связи — ни вещного, ни обязательственного типа.

Как складываются такие отношения, можно видеть из такого, вполне типичного, дела.

ООО «Ангарида» обратилось в Арбитражный суд Томской области с иском к ООО «Юлия» о признании права долевой собственности на общее имущество (коридоры, лестницы, туалетные комнаты, крышу, подвал, аварийный выход, инженерные коммуникации) в здании, расположенном по адресу: г. Томск, ул. Нахимова, д. 8/1.

Исковые требования мотивированы тем, что в связи с заключением договора купли-продажи нежилого помещения площадью 110 кв. м в указанном здании ООО «Ангарида» приобрело и право долевой собственности на места общего пользования всего объекта недвижимости.

Решением суда первой инстанции в удовлетворении исковых требований отказано.

Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа решение отменил, в удовлетворении иска отказал.

Президиум ВАС РФ, рассмотревший это дело, указал следующее.

Отменяя решение суда об отказе в удовлетворении исковых требований и вынося новое решение, суд кассационной инстанции указал, что право долевой собственности на спорное имущество возникло у истца на основании ст. 290 ГК РФ, которая была применена по аналогии закона, в связи с чем у истца отсутствовала необходимость обращения с иском о признании права долевой собственности, т.е. отсутствовал предмет спора.

¹ Лапач В. Указ. соч. С. 380.

Однако применение закона по аналогии в данном случае нельзя признать обоснованным.

Согласно ст. 290 ГК собственникам квартир в многоквартирном доме принадлежат на праве общей долевой собственности общие помещения дома, несущие конструкции дома, механическое, электрическое, санитарно-техническое и иное оборудование за пределами или внутри квартиры, обслуживающее более одной квартиры.

При этом собственники квартир для обеспечения эксплуатации многоквартирного дома, пользования квартирами и их общим имуществом образуют товарищество собственников жилья, которое является некоммерческой организацией, создаваемой и действующей в соответствии с законом о товариществах собственников жилья (ст. 291 ГК).

Таким образом, указанные нормы, а также закон о товариществах собственников жилья регулируют отношения только между собственниками квартир в жилом доме.

В соответствии со ст. 244 ГК общая собственность на делимое имущество возникает в случаях, предусмотренных законом или договором. Поскольку в настоящее время отсутствует закон, предусматривающий возникновение общей собственности на объект недвижимости в случае приобретения нежилого помещения в объекте недвижимости, не являющемся жилым домом, нельзя применять по аналогии закон, не регулирующий спорные правоотношения.

При таких обстоятельствах постановление суда кассационной инстанции подлежит отмене.

В соответствии со ст. 554 ГК в договоре продажи недвижимости должны быть указаны данные, позволяющие определенно установить недвижимое имущество, подлежащее передаче покупателю по договору, в том числе данные, определяющие расположение недвижимости на соответствующем земельном участке либо в составе другого недвижимого имущества.

Как следует из материалов дела, сторонами заключен договор купли-продажи, согласно которому общество «Юлия» продало обществу «Ангарида» нежилое помещение площадью 110 кв. м в здании, принадлежащем продавцу. Судом первой инстанции сделан обоснованный вывод о том, что договором предусмотрена продажа только одного помещения, о продаже мест общего пользования и инженерных коммуникаций в договоре не упомянуто.

Суд правомерно сослался на ст. 218 ГК. В силу данной статьи право собственности на имущество, которое имеет собственник, может быть приобретено другим лицом на основании договора купли-продажи, мены, дарения или иной сделки об отчуждении этого имущества.

Поскольку договором не предусматривалось отчуждения обществом «Юлия» помещений общего назначения обществу «Ангарида», суд обоснованно признал, что истец не приобрел право собственности на спорное имущество¹.

Вывод суда о недопустимости аналогии формально корректен.

Но в то же время конфликт не разрешен.

Другим примером возникающих безвыходных ситуаций можно считать следующее дело.

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 10 сентября 2002 г. № 3673/02.

Между АО «Смоленскотель» и ЗАО «Магазин «Березка»» возник спор о порядке пользования инфраструктурой 1-го этажа гостиницы «Центральная» в г. Смоленске. В качестве третьего лица в деле участвовало также общество «Эстет». Суд принял решение по спорным пунктам соглашения о порядке пользования общей долевой собственностью (инженерными сооружениями и коммуникациями) здания гостиницы.

Президиум ВАС РФ отменил состоявшиеся судебные акты, которыми был установлен порядок пользования зданием и указал следующее: магазин и отель не пришли к соглашению о порядке пользования инфраструктурой здания. Выводы судов о том, что стороны являются равными участниками отношений долевой собственности, ошибочны. «В данном деле не усматривается наличия долевой собственности истца и ответчика в отношении спорного имущества». Спор, возникший между сторонами, суд расценил как спор «о распределении расходов по содержанию и эксплуатации спорного имущества», который должен рассматриваться с участием всех сторон спорного правоотношения. При новом рассмотрении суду рекомендовано учесть «обстоятельства, связанные с фактическим использованием имущества»¹.

Однако никаких норм, регулирующих «распределение расходов по содержанию и эксплуатации спорного имущества» между лицами, не находящимися в договорных отношениях либо в отношениях общей собственности, закон не содержит. И никакая ссылка на «фактическое использование» ничего исправить здесь не может, не говоря уже о том, что она имеет в виду только прошлое пользование. Установление каких-либо обязательств на будущее, в том числе связанных с реконструкцией, расширением, перепланировками, заведомо невозможно.

Очевидно, что налицо юридический тупик, который может лишь как-то отвечать пользованию умирающим, разрушающимся зданием. Никакое развитие зданий на базе создавшегося регулирования невозможно.

Наиболее перспективным решением проблемы, как уже говорилось, являлся бы переход к общей собственности на здания. Но это решение наталкивается на препятствия психологического и социального характера. Невозможно будет объяснить миллионам собственников, почему помещения принадлежат им теперь не на праве собственности, а только в силу сложившегося порядка пользования, тогда как вместо надежных 65 кв. м у них осталась теперь подозрительная цифра в виде $\frac{1}{226}$ части здания.

Поэтому развитие пошло по иному пути.

Во-первых, совершенно корректный вывод о недопустимости аналогии нормы ст. 290 ГК для нежилых помещений был отброшен и провозглашено прямо противоположное правило².

Во-вторых, введено такое радикальное средство, как исключение возможности сосуществования таких объектов, как здание и помещение. Если в здании возникло хотя бы одно помещение как объект права (помещение возникает, надо заметить, не в силу строительства, а не иначе как по сделке, что является одним из

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 10 октября 2005 г. № 13444/05 // Вестник ВАС РФ. 2007. № 1. С. 148–152.

² Пункт 1 постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания».

следствий его особой, отличной от вещей, природы), то здание должно исчезнуть и заместиться некоторым числом помещений¹.

С проведением этого подхода отпадают самые непосредственные противоречия, связанные с введением в число объектов прав помещений, а именно наличие в составе одной вещи (здания) другой вещи — помещения, что совершенно невозможно ни логически, ни юридически. (Другое, компромиссное решение, позволяющее рассматривать помещения как объекты, существующие независимо от здания, практически не обсуждалось, хотя, на мой взгляд, такое решение имело бы свои достоинства, пусть, возможно, и с трудом воспринималось бы практикой.)

Такой фантомный объект, как помещение, фикция вещи, вытесняет вещь несомненную, нефиктивную — здание — для того, чтобы избежать многих тупиков, о которых уже говорилось выше.

Понятно, что предложенное в Постановлении Пленума ВАС РФ № 64 решение нуждается в дополнительном регулировании. Такое регулирование предполагает систему императивных норм, регулирующих отношения между собственниками помещений в здании, поскольку ни нормы об общей собственности, ни нормы о собственности на здание оказывается невозможным применить.

На переднем плане находятся, конечно, вопросы распределения издержек и рисков, связанных с содержанием здания.

Нужно также разработать и нормы об управлении зданием.

В качестве частного примера укажем на проблему согласования пристроек (надстроек) к зданиям. Рассмотрим для начала, как эта проблема разрешается применительно к жилым зданиям. Заметим, что жилые здания предполагают как связи вещного характера (на объекты общего пользования), так и корпоративные (кондоминиум).

Повышение ценности земли повысило актуальность таких экономных способов, как пристройки, надстройки к существующим зданиям, в том числе к жилым домам.

В связи с этим обострились коллизии между застройщиками и собственниками (владельцами) отдельных помещений в зданиях, в которых осуществляются такие пристройки.

Хотя судебная практика еще далеко не сложилась, имеющиеся прецеденты создают серьезные юридические препятствия ведению такого рода застройки. Речь идет о широко распространенной и получающей защиту в судах позиции, что пристройка невозможна без общего согласия всех владельцев того здания, к которому она осуществляется. Понятно, что получение такого согласия является этапом согласования — более сложной процедуры, которая с точки зрения законодательства о собственности может рассматриваться как публично-правовой механизм реализации собственности, прежде всего муниципальной. При этом известно, что ««публичное право собственности» остается в значительной степени сферой действия прецедентного права и бюрократического принятия решений»².

Например, ЖСК «Стройматериалы» обратился в Арбитражный суд г. Москвы с иском к АО «Санетек» о признании недействительным контракта о реконструкции чердачного помещения путем возведения мансарды в здании. Исковые требования мотивированы тем, что

¹ Пункт 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 64.

² Маттеи У., Суханов Е.А. Указ. соч. С. 69.

указанный контракт заключен без согласия всех собственников квартир в жилом доме, что является нарушением действующего законодательства.

Иск удовлетворен. Контракт признан судом недействительным на том основании, что не все собственники квартир дали согласие на строительство мансарды. Суд указал, что в соответствии с п. 1 ст. 246 ГК распоряжение имуществом, находящимся в долевой собственности, осуществляется по соглашению всех ее участников. Кроме того, решение о возведении мансарды и заключении контракта на ее строительство не соответствует уставу этого кооператива¹.

Ссылка на несоответствие сделки уставу ЖСК едва ли может быть принята, поскольку строительство мансарды не настолько выходит за пределы целей деятельности ЖСК, чтобы только на этом основании можно было аннулировать договор.

Конечно, главным доводом, положенным в основу судебного решения, стал тот, что для пристройки мансарды к дому ЖСК необходимо согласие всех совладельцев, поскольку речь идет об общей собственности, охватывающей такие элементы здания, как крыша, вентиляционные шахты, лестницы и пр.

Как было показано выше, безусловное распространение режима общей собственности на эти части здания таит в себе ряд противоречий; получаемая таким образом общая собственность утрачивает такие свои существенные признаки, как способность к выделу (разделу), отчуждению и др. Соответственно безусловное применение норм об общей собственности при разрешении споров, возникших на почве совладения жилыми помещениями, кажется неприемлемым и чреватым неверными решениями.

Гораздо более точным представляется суждение, высказанное по другому поводу (в связи с оспариванием договора об отчуждении нежилого помещения компетентным органом ЖСК) ВАС РФ: «Ни нормы законодательства, ни устав ЖСК не предусматривают реализацию прав на общее имущество, находящееся в собственности членов кооператива, исключительно непосредственно самими членами кооператива»².

Например, в данном случае получилось непримиримое противоречие между нормами о порядке принятия решений ЖСК или товарищества собственников жилья (см., например, ст. 146 ЖК РФ) и нормами об общей собственности, требующими консенсуса. Происходит подмена норм корпоративных и норм о собственности, что случалось нередко в начале 1990-х гг. и от чего мы, казалось, уже избавились.

При этом нет никаких оснований производить такую подмену, поскольку собственники жилых помещений вполне сохраняют искиваемые средства защиты своего права. Например, если строительство мансарды нарушает право собственности (другое вещное право) на жилое помещение, то потерпевший владелец может предъявить соответствующие требования в порядке ст. 304 ГК³. При этом он, конечно, не связан тем решением, которое было принято ЖСК или кондоминиумом по этому поводу.

При рассмотрении такого требования суд должен учесть как степень существенности нарушения права владельца жилого помещения, так и соблюдение застройщиком строительных норм и правил, ведь эти нормы, в частности, регулируют

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 14 октября 1997 г. № 3863/97.

² Вестник ВАС РФ. 1999. № 12. С. 48.

³ Аналогичный способ защиты может применяться не только в строительных, но и в других спорах, выступающих, например, как споры о землепользовании. Например, собственник дома, получив разрешение на устройство выхода с территории своего домовладения во двор многоквартирного дома, на самом деле устроил выезд. Жильцы могут оспаривать эти действия негативным иском.

ют строительство таким образом, чтобы не создавать помех и угроз другим строениям. В этом плане характерно дело, в котором рассматривался спор жильцов со строителями магазина, примыкающего к их жилым помещениям¹.

Здесь, кстати, вновь обнаруживается порочность критикуемого нами подхода, согласно которому условием пристройки является согласие всех совладельцев данного здания. Если бы это суждение имело основание в законе, то следовало бы также ответить на вопросы, почему согласие нужно получить только от совладельцев, а не и от жильцов (пользователей, арендаторов) помещений; почему, кроме того, к согласованию не привлекаются соседи, собственники рядом расположенных строений и пр.

Вообще говоря, такой подход, весьма близкий бюрократическому духу согласований и разрешений, вполне может возобладать и подавить тем самым имеющиеся возможности гибкого и разумного инвестирования в городской жилищный фонд. Но нужно признать очевидные преимущества более гибких моделей защиты гражданских прав, имеющих в ГК РФ.

Интересно, что, рассматривая близкий по сути спор собственника жилого помещения, намеренного перевести свое жилое помещение в нежилое для занятия предпринимательской деятельностью, суд пришел к выводам, несколько расходящимся с подходом, согласно которому осуществление права на жилое помещение увязывается с консенсусом всех проживающих по соседству владельцев. Собственник жилого помещения оспаривал в суде норму местного положения о порядке перевода жилых помещений в нежилые, согласно которому требуется представить письменное согласие нанимателей и собственников, проживающих в смежных жилых помещениях. Суд признал эту норму недействующей, как противоречащую правам собственника. В судебном решении указано, что препятствия к переводу жилого помещения в нежилое должны быть установлены компетентным органом при исследовании в рамках своих полномочий тех обстоятельств, которые являются существенными для принятия решения². Можно предположить, что одним из мотивов, которыми руководствовался суд, был тот, что собственник жилого помещения не имеет юридических средств требовать от владельцев смежных помещений дать согласие на распоряжение своим помещением. Даже в рамках общей собственности отсутствие консенсуса по вопросам пользования порождает (хотя из ГК РФ это не очевидно) только иск, предметом которого является разрешение на совершение определенных действий, но не иск о понуждении к согласованию.

Если теперь мы обратимся к способам управления нежилыми помещениями в зданиях, то должны будем признать отсутствие как управления посредством специального созданного юридического лица — они здесь законом не предусмотрены и на практике не создаются, так и посредством достижения консенсуса. Остаются лишь вещно-правовые средства защиты, прежде всего негативный иск.

Известно, что негативный иск возник на базе сервитутов. Представляется, что именно сервитут может сыграть весьма важную роль в смягчении той ситуации, которая возникла на почве совладения помещениями в зданиях.

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 6. С. 7–8; см. также: эж-Юрист. 1999. № 31. С. 8.

² Решение Арбитражного суда Свердловской области от 12 января 2004 г. № А60-24591/03-С5 // Вестник ВАС РФ. 2004. № 8. С. 146–148.

ГЛАВА 12

О МЕХАНИЗМЕ ПЕРЕХОДА ПРАВА

В издании книги о собственности в 1999 г. вопросы правопреемства в общем виде не затрагивались. Обсуждался лишь частный способ правопреемства — возникновение права собственности.

Напомню, что в 1990-е гг. довольно экзотическим был вопрос о различии вещного и обязательственного эффектов купли-продажи. Один из серьезных юридических журналов даже писал мне, что формулировка «вещный эффект» непонятна читателю. Пожалуй, и на самом деле это было тогда непонятным.

За прошедшее время различение вещного и обязательственного, личного действия купли-продажи стало не только достоянием просвещенных цивилистов, но и начало достаточно широко проникать в судебную практику. Однако возникли вопросы, связанные с более общими аспектами понимания механизма правопреемства. Распространились почерпнутые из немецкой литературы представления о вещном договоре как феномене, имеющемся и в российском праве. Наряду с ними широко предлагаются самые причудливые варианты перехода прав, комбинирующие не только германские, но французские и иные решения, причем нередко авторы даже не догадываются об осенивших их источниках, что избавляет их от необходимости решения докучливого вопроса о правомерности прямого переноса отдельных конструкций или их обломков из одной правовой системы в другую. Впрочем, и мы можем уклониться от обсуждения этих предложений до того времени, пока сами их авторы не уяснят себе и читателю генезис собственных идей и отличия ГК РФ от иных европейских кодексов.

Эта ситуация стихийной компаративистики¹, видимо, свидетельствует о теоретических проблемах, что и заставляет, прежде чем обратиться к вопросу о переходе, точнее, об установлении вещного права, остановиться на общих вопросах правопреемства.

Прежде всего, нужно оценить саму точность термина.

Применительно к переходу права собственности существовали два подхода. Согласно одному из них право собственности не переходит, а возникает у приобретателя (и соответственно прекращается, исчерпывается у отчуждателя). В свое время эта позиция отстаивалась В.П. Грибановым².

Другой взгляд, естественно, состоит в том, что право переходит к правопреемнику на манер перемещения физического тела в пространстве. Такого подхода, ко-

¹ Одной из немногих работ, противостоящих этой тенденции, является обширная статья Д. Дождева, посвященная детальному анализу ряда конструкций передачи права и обязанности, разработанных классическим правом. По объему привлеченного материала и кругу источников работа не имеет аналогов в российской литературе (см.: *Дождев Д.В.* Делегация и исполнение: анатомия обязательства // Ежегодник сравнительного правоведения. 2002. М., 2003. С. 42–120).

² *Грибанов В.П.* Правовые последствия перехода имущества по договору купли-продажи в советском гражданском праве // *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 383–398.

торый может показаться более естественным, придерживался, например, Д.М. Генкин, впрочем, без применения прямых материальных аналогов. Б.Б. Черепяхин также допускал возможность передачи права и обозначал этот процесс как «транслятивное» правопреемство.

При том, что доводы в обоснование своей позиции, приводившиеся В.П. Грибановым на почве ГК РСФСР 1922 г., сегодня неприменимы, именно его взгляды представляются более убедительными. Думаю, что решающим аргументом против буквального правопреемства является тот, что такой идеальный феномен, как право, не может передаваться, что правопреемство — не более чем метафора, не имеющая прямого юридического смысла. Нужно, впрочем, отметить, что исторически обязательство (или, точнее, его архетипы) могло быть достаточно материальным и выступать в грубой форме оков, цепей, веревок. Тогда передача права, видимо, могла выглядеть вполне материально и наглядно. Можно напомнить хорошо известный филологам факт: чаще всего то, что сегодня выступает как метафора (в данном случае — правопреемство), когда-то имело буквальное значение. Поэтому сопоставление этих двух концепций не может не предстать как отражение изживания материального, вещественного бытия права, превращения его в явление строго идеальное.

Этот поворот произошел уже в рамках римского права; собственно, правом оно и стало постольку, поскольку преодолело вещественные представления о юридической связи. Уже одно знаменитое высказывание (ставшее основанием системы европейских кодексов): в праве существуют только *personae, res, actiones* (лица, вещи, действия (иски)) — показывает, что (субъективное) право (*ius*) не существует так же, как лицо, как вещь или как действие, т.е. материально.

В архаичном праве мы видим, что древнейшая сделка, которой была манципация¹, создавала связь двух лиц — продавца и покупателя (*usus auctoritas*), связь, продолжавшуюся в течение достаточно долгого периода и положившую начало такому важнейшему институту, как приобретательная давность². В классическом праве происходит решающий переворот: на смену манципации приходит традиция. Теперь право приобретателя возникает моментально: в момент передачи вещи. В тот же момент прекращается право отчуждателя. Параллельно с традицией долгое время (формально — до Юстиниана) сохраняет место и манципация. Соответственно лицо, получившее вещное право по традиции, в рамках манципации права не получает, а имеет лишь защиту от квиритского собственника посредством доброй совести (*bona fides*). Таким образом, мы можем наблюдать, что одновременно сосуществуют две системы перехода права. Эта двойственность, насколько можно

¹ Широко распространенные взгляды, согласно которым первыми договорами были договоры мены (обмена), исчезнувшие без следа, а манципация их заменила, являются неточными. Подробнее этот вопрос рассматривался применительно к проблеме денег. Нужно заметить, что не только с точки зрения генезиса, но и с точки зрения структуры (что вполне естественно, если считать структуру сжатым генезисом, а для этого есть основания) выпадение фигуры обмена из акта передачи права имеет немалое значение. Последующее возвращение логики обмена совершается с помощью справедливости (одним из наиболее характерных проявлений которой является генеральная кондикция), что указывает не только на позднейшее происхождение, но и на инородность обмена первичным механизмам возникновения права.

² Суть его, как видим, не в приобретении брошенного имущества, как иногда принято считать, а в регулировании отношений собственника и приобретателя вещи; соответственно приобретательная давность занимает принципиальное место в механизме оборота.

судить, так или иначе проявляется и до сих пор: архаичное сознание будет стимулировать представления о постепенном переходе права, сохраняющейся связи (впрочем, все же не материальной) правопредшественника и правопреемника; в рамках этого взгляда акт передачи права поглощается актом установления обязательства. Его архаичность, впрочем, проявляется не столько в поглощении установления вещного права правом обязательственным, сколько в аморфности самого права. Более цивилизованные взгляды, напротив, сводятся к моментальному возникновению (и прекращению) права.

Конечно, этот генезис осознается не всегда. Более того, никуда не исчезли и стихийные, доправовые представления о вещественности права, которые, учитывая неразвитость нашего гражданского оборота, не могут не оказывать заметного влияния на те или иные теоретические конструкции.

Например, разделяющий подход В.П. Грибанова В. Белов¹ выдвигает такие аргументы: «...передача права предполагает наличие хотя бы и бесконечно малого по продолжительности момента времени, когда одно лицо (правопредшественник или так называемый ауктор) право уже передало, а другое (правопреемник) еще не приняло...»² Кажется, что автор исходит из вполне материального, а не идеального понимания перехода права, особенно когда говорит о моменте, когда право уже передано, но еще не принято; понятно, что такая ситуация возможна лишь с вещами, а идеальные юридические конструкции без труда справляются с этими трудностями, не зная промедления ни в пространстве, ни во времени. Вспомним хотя бы то, что права из сделок, совершенных представителем, сразу возникают в лице представляемого независимо от расстояния, на которое удален от места сделки представляемый, и даже независимо от того, способен ли он осознать, в чем состоит приобретенное им право. Обсуждая вопрос о предоставлении прав недееспособным, Л. Эннекерус заметил, что вовсе не имеется в виду фактически осуществлять эти права, так как «права вообще фактически не существуют, а лишь мыслятся»³.

¹ Впрочем, трудно судить, ставил ли перед собой В. Белов задачу критики существующих представлений о собственности или хотя бы о ее движении, если, например, он, несмотря на давно продемонстрированную А.А. Рубановым ее случайность и несостоятельность, без оговорок принимает пресловутую триаду правомочий собственника и считает, что «аналогично (через правомочия) должно определяться субъективное право» и в других случаях (см.: *Белов В.* Сингулярное правопреемство в обязательстве. М., 2000. С. 20). Между тем все конструкции движения вещных прав, исходящие из идеи независимости, расщепления «правомочий» собственника, чаще всего оказываются практически и теоретически несостоятельными. Достаточно указать хотя бы на то, что в рамках этой, с позволения сказать, парадигмы «правомочие», переданное иному лицу, так или иначе остается у собственника (например, вещь, переданная в аренду или на хранение, может защищаться от посягательств третьих лиц не только титульным владельцем, но и собственником), что должно было бы приводить к логическому выводу о неполном или относительном (вариант — «расщепленном») правопреемстве, если бы, конечно, в рамках этой парадигмы, возникшей по причинам логической беспомощности, логика как-то присутствовала.

² *Белов В.* Сингулярное правопреемство в обязательстве. С. 19.

³ *Эннекерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 1: Введение и общая часть / Пер. с нем. М., 1949. С. 243.

После публикации работ о правопреемстве и владении, где мне, что само собой понятно, приходилось исходить из общеизвестного положения о нематериальности права, обнаружилось, что границы между правом и фактами размыты не менее, чем границы между сознанием и бессознательным (кажется, источник первого — во втором). Пришлось даже столкнуться с причислением меня к сторонникам, если не к основателям, идеологии «виртуальности» права, причем моя позиция подавалась автором (бо-

Идею В. Белова о существовании «при бесконечно малых временных промежутках» прав и обязанностей без «своего субъекта» допускает «с рассудочных позиций» и Д. Степанов, но интерпретирует ее как свидетельство спорности концепции правопреемства, отстаиваемое В. Беловым¹. На самом деле никакого принципиального, пусть бесконечно малого зазора во времени быть не может, так как право возникает у преемника именно потому и в тот момент, когда оно исчезает у предшественника. Иначе нам пришлось бы допустить, что в какое-то время кредитор (третье лицо по отношению к «акту передачи») имеет двух должников, участвующих в этом акте, а должник (тоже третье лицо по отношению к «акту передачи») — двух кредиторов. Это допущение и «с рассудочных позиций» невозможно.

Понятно, что вещественное представление о правопреемстве имеет некоторые основания в процедуре передачи вещи (традиции). Сам по себе переход к системе традиции создает опасность конструирования оборота вещей независимо, хотя бы и параллельно, от оборота прав собственности, т.е. опасность двойного имущественного оборота. Для устранения такой опасности нужно помнить, что владение не может считаться правом, а только в крайнем случае — видимостью, знаком права. Хотя такой подход и не устраняет возможных коллизий между собственностью и владением, он по крайней мере основан на едином обороте прав, а не вещей.

Кстати, цель виндикации и состоит в возврате вещи обладателю права на нее. Сходная гипотеза несовпадения права на вещь и владения лежит и в основе реституции по нашему ГК, хотя и не столь отчетливо, как в виндикации (по этой причине нельзя говорить о заменимости этих инструментов, в том числе — о конкуренции требований из реституции или виндикации).

Если иметь в виду неисчезающую коллизию между правом собственности и владением, т.е. фактическим перемещением вещей в обороте, наличие которой в нашем праве видно из компромиссных институтов, закрепленных, например, в ст. 302, 234 ГК, то можно предположить, что способы разрешения этой коллизии будут меняться в зависимости от того, чему будет отдано предпочтение: логике оборота или логике стабильного вещного права. С позиций приоритета оборота правильное поведение приобретателя, который вообще своей волей создает собственность у продавца, как это показано Гегелем в «Философии права», в конечном счете достаточно для возникновения у покупателя права на полученное. Из такого подхода

уюсь сказать — мыслилась, так как, видимо, любые мысленные и мыслительные процедуры, отдающие «виртуальностью», не вызывают у автора сочувствия) снисходительно-покровительственно.

Ни в коем случае не допуская никаких сомнений насчет идеальности («виртуальности») права, хочу все же предупредить, что эта идеальность — отнюдь не мое открытие; а всех борцов с мыслительностью просил бы начинать хотя бы с Эннексеруса, хотя и его многочисленные предшественники, впрочем, как все сколько-нибудь культурные цивилисты, никогда не сомневались в том, что право — нематериальный феномен. Повторю: материальны только лица, действия, вещи. Впрочем, более столетия назад Д. Гримм критиковал «ходячее стремление к овеществлению понятия права». Это овеществление опиралось на кантовские взгляды о трансцендентном «параллельном мире»; при этом Канта, как полагал не без оснований Гримм, неправильно понимали (см.: *Гримм Д.* Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права. СПб., 1900. С. 18 и сл.). Есть сомнения, однако, что с тех пор такое понимание существенно усовершенствовалось.

¹ *Степанов Д.И.* Правопреемство при реорганизации в форме выделения // Вестник ВАС РФ. 2002. № 7. С. 114.

естественно вытекает концепция возникновения права у получателя. Воля предшественника здесь важна лишь как гарантия от нарушения основных имущественных устоев, например от кражи.

Если приоритет отдается, как это характерно для обществ с преобладающей аграрной, более архаичной идеологией, стабильному вещному праву, придерживающемуся принципа: право сохраняется, пока его обладатель прямо не изъявит волю на отчуждение, — то естественно появление воззрений, отдающих предпочтение идее передачи права, причем в возможно более наглядных формах, неизбежно «овеществляющих» право.

Итак, при том, что оба подхода имеют свои основания в истории права¹, более точными являются взгляды В.П. Грибанова. Во всяком случае и в сфере вещных прав представление о правопреемстве как о переходе права, имея своим источником процедуру традиции, должно уступить место правильной идее возникновения (наделения) права.

Понятно, что никакой комбинации способов правопреемства быть не может. Поэтому неточным следует считать, например, суждение автора, что применительно к бессрочному праву пользования земельным участком в связи с приобретением здания, «в данном случае ВАС РФ под приобретением права понимает именно его переход от предыдущего правообладателя, а не возникновение вновь. Конечно, возможно, ВАС РФ просто не мог допустить возникновение права постоянного (бессрочного) пользования у лица, которому в силу ст. 20 ЗК РФ земельный участок на таком праве предоставляться не может, поэтому вышел из ситуации через переход уже существующего права»². Получается, что наряду с приобретением права бывает и его переход. С этим нельзя согласиться, так как правопреемство подчиняется, конечно, единому механизму, причем этот механизм определяет и систему права.

Кстати, аргумент о недоступности определенного вида права, имевшегося у предшественника, правопреемнику использовался В.П. Грибановым для обоснования прямо противоположного тезиса — о том, что происходит наделение правом (всегда, конечно), а не передача его.

В данном случае скорее мы можем видеть другое: поскольку речь идет о вещных правах (на землю), они, как любое вещное право, создаются только по порядку, а не волей сторон. Пробелы в правовом регулировании вынужден был компенсировать суд своими толкованиями, понимая, конечно, слабость этого средства.

Как представляется, в основе правопреемства лежит универсальный и элементарный механизм возникновения права в силу обязывающей сделки, создающей

¹ Совершенно неслучайно при анализе нашей проблемы эвикция, первоначально возникшая именно на почве архаичной приобретательной давности *usus auctoritas* и состоявшая в обязанности продавца манципированной вещи оказать содействие покупателю против притязаний третьих лиц вплоть до уплаты двойной цены вещи в случае отсуждения, оказывается одним из аргументов, препятствующих крайнему решению. Иначе и быть не может, так как приобретательная давность выражает компромисс между вещным правом и оборотом. Именно на этот институт ссылался, например, Д.М. Генкин, настаивая на том, что и «при производном способе приобретения права собственности имеет место правопреемство» (Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М., 1961. С. 127–128).

² Гилеп Д. Особенности залога права аренды земельного участка под зданием (строением, сооружением) // Хозяйство и право. 2007. № 1. С. 72.

право у иного лица¹ путем установления соответствующего обязательства совершающего сделку, действующего лица (ауктора).

Речь идет о самом основании права, его фундаменте, не выводимом из права.

Д. Юм писал в «Трактате о человеческой природе», что возникновение обязательства из воли лица является «одним из самых таинственных и непостижимых актов, какой только можно себе вообразить»². Препятствие непостижимости преодолевается посредством дополняющей конструкции *consideration* в английском праве и — с известными отличиями и особенностями — посредством *causa* в праве континентальном.

Это фундаментальное положение обнаруживается, в частности, в сделке, описанной в ст. 155 ГК и напоминающей римскую стипуляцию. Видимо, нет причин отказываться от этой аналогии.

Такая сделка не нуждается сама по себе в каком-либо основании: предшествующих юридических фактах, наличии имущества и т.д. Достаточно свободной воли ауктора и его правоспособности, чтобы дать начало разворачиванию тех действий, которые устанавливают правоотношение и затем ведут к его реализации. Можно сказать, что сама суверенная личность становится источником субъективного права, порождая его. Как сказал Р. Иеринг, «субъективная воля есть первоначальный источник права и обязанности»³. Материальной основой этого права становится свободная активность лица, его способность действовать, а юридической — его свободная воля. Поэтому представляется так важным убедиться в универсальности данного механизма.

Думаю, не будет существенного отступления от принципа создания права волей лица (сделкой) в том, что ауктор не только может обязаться в пользу реципиента, но также может и прекратить свое право в его пользу, хотя такое действие сделки и выходит за рамки классической стипуляции. Важно, что здесь соблюдается фундаментальный принцип недопустимости ухудшения положения лица без его воли. Можно предположить, что в видимую коллизию с этим принципом вступают так называемые односторонне обязывающие сделки, которые являются, пожалуй, наиболее существенным осложнением предлагаемой теории правопреемства и которые по этой причине нуждаются в отдельном анализе; собственно, без этого феномена само описание основ правопреемства могло быть, наверное, исчерпано приведенными выше тезисами.

Нас в первую очередь интересует проблема механизма возникновения вещных прав и главным образом — права собственности. Ведь отчуждение/приобретение вещи может быть представлено как изъятие из механизма порождения права одной только волей лица, только личным обязательством, присоединением вещественного элемента, так что не только воля, но и имущество, его движение станут источником субъективного права.

Перед нами стоит вопрос: порождает ли сделка право собственности? (Или, что то же самое: порождает ли сделка что-то, кроме обязательства?)

¹ То, что для возникновения права нужно, чтобы имелась еще и воля на получение права, — это трюизм, который едва ли есть смысл обсуждать ввиду его очевидности.

² Юм Д. Соч. В 2 т. Т. 2. М., 1996. С. 564.

³ Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. СПб., 1875. С. 164.

Даже с позиций теории передачи права, которая, как уже отмечалось, не может считаться верной, так как право, будучи идеальным феноменом, не может быть передано, здесь возникают трудно разрешимые вопросы. Например, обсуждая установление залога, Б.Б. Черепахин, исходивший из принципиальной возможности передачи права, эту сделку относил к случаям конститутивного, а не транслятивного правопреемства¹. То же самое можно, видимо, сказать, например, и об установлении сервитута, да и о других вещных правах, а также о праве следования, если оно выступает как особое право. Непонятно, в частности, основание возникновения права на аренду в том случае, если, скажем, отчуждатель полагает, что договор аренды уже прекращен, и не сообщает об этом приобретателю. В этом случае само право аренды не является ни предметом соглашения, ни фактором, влияющим на волеизъявление сторон. Тем не менее, если впоследствии арендатор докажет свое право, оно тем самым возникнет для приобретателя. Расценивать здесь возникновение права (обременения) как результат волеизъявления сторон или хотя бы одной из них нет никакой возможности.

Можно попутно заметить, что общим для создания вещного права оказывается отсутствие видимого обменного механизма. Наделение правом не сопровождается встречным, а тем более эквивалентным действием получающей право стороны. Хотя возмездность в той или иной форме, конечно, может быть прослежена, стоимость уступленного права не является непосредственным предметом договора. Даже при залоге создается дополнительный механизм установления стоимости заложенной вещи на случай ее продажи. Что касается сервитута, то компенсация за него не рассчитывается как размер снижения стоимости служащей вещи².

То же самое можно сказать и о праве оперативного управления, о праве члена семьи собственника пользоваться жилым помещением (хотя это право и не подлежит отчуждению), о других вещных правах, в том числе и пока не введенных в ГК РФ (о суперфиции, узуфрукте и др.).

Здесь хорошо прослеживается сам механизм создания вещного права, не исключающий, кстати, понуждения (как в случае с сервитутом или залогом, возникающим в силу закона).

Это в известной мере частное наблюдение само по себе заставляет отказаться от стихийного и потому часто не подвергаемого рефлексии мнения, согласно ко-

¹ *Черепахин Б.Б.* Правопреемство по советскому гражданскому праву // *Черепахин Б.Б.* Труды по гражданскому праву. М., 2001. С. 349. Употребляемые Б. Черепahiным термины («транслятивное и конститутивное» правопреемство) связаны с его представлениями о буквальной, а не метафорической передаче права. Некоторые цивилисты, и не употребляя этих терминов, придерживаются взглядов Б. Черепahiна. Поскольку никому при этом не удалось все же показать, как может перемещаться от одного лица к другому такой нематериальный объект, как право, материала для дискуссии по вопросу о способах правопреемства в буквальном (т.е. материальном) смысле пока не набралось.

² При рассмотрении конкретного дела возник вопрос о возмездности договора об установлении сервитута между коммерческими организациями. Поскольку в спорном договоре плата не оговаривалась, одна из сторон настаивала на том, что договор не заключен. Хотя суд согласился с таким подходом, на мой взгляд, он неверен. Во-первых, ст. 274 ГК не рассматривает договор как единственный способ установления сервитута и главное не увязывает право на оплату сервитута (п. 5 ст. 274 ГК) с договором или его отсутствием. Во-вторых, аргумент о запрете дарения между коммерческими организациями (ст. 575 ГК) в данном случае неприменим (этот довод сыграл решающую роль при обсуждении казуса), так как установление сервитута не является дарением. В этом случае собственник не передает другому лицу ни вещи, ни права требования к третьему лицу или к себе (ст. 572 ГК).

торому возникновение вещного права подчинено логике покупки. На самом деле есть, видимо, основания для противопоставления механизма возникновения вещного права на чужую вещь и права собственности. Однако это никак не означает, что если иные вещные права создаются, устанавливаются, т.е. возникают конститутивным путем (следуя терминологии Б.Б. Черепяхина), то право собственности возникает путем передачи («транслятивно»). Верным будет иной вывод: никакого транслятивного правопреемства нет вообще. Всякое право возникает, устанавливается вновь, а не передается. Передача права — это лишь метафора.

Сама идея правопреемства возникла, нужно полагать, из архаичного ритуала передачи вещи как передачи права, и потому модель передачи права на вещь оказалась ведущей для представлений о передаче права вообще, что предопределило единство механизма правопреемства. Во всяком случае теория никогда не отказывалась от стремления найти единый принцип передачи права независимо от природы самого права.

Известная германскому праву конструкция вещного договора направлена как раз на придание тождества способам перехода вещного права и права обязательственного, что достигается распространением на цессию (при уступке вещного права) конструкции вещного договора посредством фикции права на право.

Отсутствие в нашем законодательстве вещного договора (хотя некоторые юристы охотно сообщают о способности его обнаружить), а также (что еще важнее) фиктивность, искусственность этой конструкции (что не отрицает, а, напротив, доказывает ее полезность: нет никакой нужды в создании фикции, не имеющей пользы, во всяком случае в германском праве) заставляют все же обратиться к механизму возникновения права собственности в условиях отсутствия вещного договора.

Прежде всего, следуя нашей логике, связывающей возникновение права с активными действиями одного лица (в данном случае — приобретателя), обсудим, какими именно действиями он приобретает право, поскольку речь не идет о договоре.

Односторонние действия, направленные на приобретение вещных прав, попадают в один ряд с односторонне обязывающими сделками¹ (хотя их природа как сделок не вполне очевидна; скорее указывается наиболее близкий из известных юридических факт²), видимо, потому, что так или иначе ухудшают положение иных лиц, что уже с гораздо меньшей степенью точности, чем прекращение обязанности должника, можно подвести под общее понятие обязывания. Конечно, есть соблазн прибегнуть к известной конструкции противостоящей абсолютному праву общей обязанности неопределенного круга лиц воздерживаться от нарушения права. Но при самой сомнительности существования такой обязанности она, во всяком случае, не имеет никакой специфики: нельзя нарушать не только абсолютных прав, но и всяких иных прав, а кроме того, нельзя насильственно или самоуправно действовать и в отношении лиц, не имеющих вовсе никаких прав. Поэтому, если

¹ Чаще всего среди таких сделок указывается вступление во владение. Видимо, можно говорить и об оккупации (завладении), переработке, понимая, что эти действия имеют природу поступков.

² А. Манигк по поводу спецификации (переработки) верно замечал, что «приобретение права собственности не зависит от направленной на него воли или ее выражения» (Манигк А. Развитие и критика учения о волеизъявлении / Пер. с нем. // Вестник гражданского права. 2009. № 1 (9). С. 229). Соответственно, переработку нельзя признать недействительной. Вообще, в приобретении права собственности лежит предел не только механизму сделки, но и действию обязательства.

мы скажем, что односторонние действия, присваивающие какое-либо право действующему лицу, тем самым обязывают всех других не нарушать это право, то мы не затронем сути предмета, не обнаружим никакой специфики: ведь и двусторонние действия, создающие право, т.е. обычные договоры, также влекут запрещение всем прочим лицам нарушать возникшее право, равно как и ничтожные действия, не повлекшие никакого права, тем не менее не позволяют всем прочим лицам самоуправно нарушать сложившееся положение, поскольку оно не создает непосредственной угрозы их жизни или имуществу.

Обсуждая эффект односторонних действий, влекущих возникновение вещного права, мы должны определиться не с аморфной массой всех прочих лиц — на этом направлении мы никакого движения в механизме правового регулирования не заметим¹, — а с теми определенными лицами, в имуществе которых такие действия производят определенный, притом отрицательный, эффект, эффект утраты права. Если мы обратимся к таким действиям, как приобретение бесхозяйных вещей, вещей, от которых собственник отказался, находка, вступление в наследство, то мы можем заметить, что во всех случаях, когда этими действиями хотя бы предположительно может быть затронут собственник, модель приобретения выстраивается через «ожидание» собственника². Только тогда, когда собственника заведомо не может быть (присвоение клада), такое ожидание не предусматривается.

Таким образом, одностороннее действие лица, направленное на присвоение вещи, нигде не способно непосредственно создать право на вещь, кроме, может быть, обнаружения клада, не представляющего исторической или культурной ценности, самим собственником участка (если клад обнаружен иными лицами, отношения присвоения опосредуются), что внешне может напоминать присвоение плодов от собственной вещи. Но при этом ни в каком смысле приобретение клада не приходится считать односторонне-обязывающей сделкой (да и вообще это не сделка). Сюда же, пожалуй, можно было бы отнести и случай вступления в наследство (сходный отсутствием собственника), с теми только оговорками, что сделка вступления в наследство венчает сложный состав, не позволяющий считать эту ситуацию примером непосредственного получения вещного права.

Таким образом, претендент на вещь вступает в опосредованные отношения с собственником, любые активные действия которого (даже одно появление) способны изменить положение. Юридическое значение, стало быть, придается молчанию собственника, а все предписанные законом меры стремятся к тому, чтобы это молчание было квалифицированным, имело качество, сопоставимое с изъятием во-

¹ «Не может быть рассматриваемо как притязание содержащееся в каждом праве правомочие запрещать нарушение права со стороны кого бы то ни было» (*Эннексерус Л.* Указ. соч. Т. 1. Полумом 1. С. 247). Более точным представляется не лишенное юмора суждение Д. Ллойда: все противостоящие собственнику лица не обязаны, а лишены права, поэтому их следует считать не должниками, а бесправными (*Ллойд Д.* Идея права / Пер. с англ. М., 2002. С. 361). Подробнее эта проблема рассматривалась в главе о дуализме гражданских прав.

² Приобретение собственности через переработку (спецификацию), которая сама по себе сделкой и не является, связывается с выплатой компенсации, восходя к логике возмездного приобретения права, т.е. договора, условия которого определены, однако, не волей сторон, а законом. Такая же логика двусторонних отношений прослеживается и в механизме приобретения права на самовольное строение или на земельный участок, занятый самовольным строением. Для наших целей этого достаточно, чтобы вывести данные способы получения права за пределы односторонних действий.

ли на отчуждение. Конечный эффект увязывается, как можно заметить, не с одной только волей претендента на приобретение, но с накоплением юридического состава, в котором важное значение имеют юридические факты, подтверждающие если не согласие на то собственника, то во всяком случае предоставление собственнику всех разумно возможных мер для заявления возражений и для отыскания вещи. Отсюда установление сроков как важных элементов юридического состава.

Такой механизм затрудняет квалификацию в качестве способа прекращения чужого права односторонних действий приобретателя. Напротив, можно сказать, что по общему правилу закон не допускает односторонних действий как достаточное основание для приобретения вещного права.

Односторонними действиями можно лишь приобрести некие «права ожидания», права на приобретение права. Но эти права не являются, на мой взгляд, субъективными правами. Кроме того, сами по себе они никого не обязывают и не прекращают чужих прав.

Поскольку мы обратились к правам на действия, составляющие механизм правопреемства (права на создание права, правообразовательные правомочия, в том числе права на односторонне обязывающие сделки), перед нами стоит вопрос, создают ли односторонне обязывающие сделки (акцепт, зачет и др.) иные следствия, кроме обязанности¹, т.е. выходят ли они за пределы обязательственных прав и имеют ли они вещный эффект.

Нельзя не обратить внимание на вывод С.С. Алексеева: «... правообразовательные правомочия существуют в области формирования обязательственных и иных правоотношений»². Если учесть, что кроме обязательственных существуют вещные права, а в существовании третьего вида «прав на установление права», в отличие от Л. Эннекцеруса, С. Алексеев отказывает, здесь же характеризуя «порождаемые офертой последствия... через категорию «правомочия»»³, смысл которой лишь в том, что «правомочие» — не право, то нельзя не прийти к выводу о том, что С. Алексеев не посчитал возможным определенно сказать о возникновении вещных прав через односторонне обязывающую сделку (правообразовательное правомочие).

Далее С. Алексеев, впрочем, указывает на правомочие наследника принять наследство как на правообразовательное правомочие за рамками обязательства⁴. Но такую сделку трудно считать обязывающей, так как она не создает обязанностей для иного лица и не прекращает прав третьих лиц. (Прекращением права нельзя считать лишение третьего лица возможности получения субъективного права, которого у него не было.)

Можно заключить, следовательно, что односторонне обязывающие сделки вещного эффекта не имеют.

Этот вывод, конечно, требует развития. Большой интерес представляет вопрос возникновения права собственности из договора об отчуждении вещи.

¹ Можно отметить наряду с установлением обязанности и такое следствие, как прекращение права другого лица (при зачете, отказе от обязательства). Видимо, такой эффект следует рассматривать как некоторую разновидность установления обязанности.

² Алексеев С.С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Антология уральской цивилистики. 1925–1989: Сб. статей. М., 2001. С. 64.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 66.

Понятно, что договор может быть представлен как совокупность нескольких взаимосвязанных действий, в силу которых должник обязывается перед кредитором. Как равнозначное обязыванию мы можем считать освобождение другой стороны от обязательства. Таким образом, как уже говорилось, выдерживается универсальное требование недопустимости ухудшения юридического положения лица против его воли.

Кажется, нет никаких препятствий считать и возникновение права собственности еще одним вариантом надления гражданским правом другого лица (реципиента) за счет того, у кого оно есть (ауктора). Так обычно и рассуждают. Но ближайшее рассмотрение механизма возникновения права собственности позволяет обнаружить, что оно возникает не волей обладателя права, а посредством более сложной системы явлений, среди которых решающая роль отводится одному из фактов не по его содержанию (он может вовсе не выражать воли на отчуждение; более того, закон не запрещает выбрать для перехода собственности юридический факт, вовсе не являющийся сделкой), а по иным его качествам, иногда объективным, если считать признаком объективности указание на то закона (передача владения, регистрация), а иногда случайным, зависящим от произвола сторон (срок, действия третьего лица и т.д.). Ирония ситуации в том, что даже если какой-то имеющий волевое содержание факт (например, факт платежа) и выбран сторонами как факт, обозначающий возникновение собственности, сам по себе он не является волеизъявлением на передачу собственности хотя бы потому, что воля передающего право (прежнего собственника) в нем может и не участвовать, а если и участвует, то направлена на другую цель — принятие платежа (освобождение от обязанности). Этот факт, даже являясь сделкой, становится только знаком возникновения собственности, и это значение присваивается ему правом порядком, а не его собственным содержанием¹.

Понятно, что если сделка — это волеизъявление, то исполнение обязательства направлено должником на освобождение себя от обязанности, а не на создание

¹ Не могу не процитировать суждение А. Ширвиндта в его весьма вдумчивом комментарии по этому поводу: «Для перехода права собственности недостаточно договора об отчуждении имущества как основания возникновения права собственности (абз. 1 п. 2 ст. 218 ГК РФ), необходимо еще и наступление момента, в который возникает право собственности у приобретателя. Такой момент может быть «привязан» к передаче владения (например, в случае отсутствия отклоняющегося соглашения сторон) или к любому другому факту (например, к уплате цены, к определенной дате). Наконец, сторонами может быть предусмотрен переход права собственности с момента заключения договора об отчуждении вещи. В этом случае для возникновения права собственности у приобретателя действительно достаточно договора, однако договор здесь выступает не только как основание, но и как факт, к наступлению которого стороны «привязали» момент перехода права собственности (*Ширвиндт А.* Комментарий к «Обзору судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения» (Информационное письмо от 13 ноября 2008 г. № 126) // Вестник гражданского права. 2009. № 1 (9). С. 126–127). По своему жанру текст относится к разъяснению действующего закона. Тем самым высказывания А. Ширвиндта (кстати, не обремененные в форму полемики или иного чисто доктринального рассуждения, о чем говорит отсутствие каких-либо ссылок на литературу) являются прямым выводом из закона (ст. 223 ГК), с чем я вполне согласен. Но значение таких суждений весьма велико в плане традиционных штудий на тему сопоставления нашего ГК с французской и/или германской моделью передачи права собственности по купле-продаже. Если правильно понять содержание ст. 223 ГК (что хорошо демонстрирует А. Ширвиндт), то нетрудно убедиться в отсутствии принципиальной разницы между упомянутыми моделями, что в существенной степени лишает смысла противопоставление русской и французской модели, а также влечет и многие другие, достаточно очевидные следствия.

благ для кредитора. Присвоение же волеизъявлению двойного назначения (и обязательство прекратить, и право собственности создать) вступает в неразрешимое противоречие с волей как единством (поскольку мы не обсуждаем случаев раздвоения воли, что уже затрагивает сферу иных наук). Этот очевидный аргумент нужно специально отметить ввиду его важности. Даже при том, что воля и волеизъявление юристами понимаются не в полной совокупности свойств, которыми эти явления обладают в их собственном бытии, в психике, такое неизбежное отвлечение никак не допускает присвоения действительному процессу тех качеств, которых у него не имеется. Абстрагирование — это редукция, отбрасывание ряда свойств явления, но никак не надделение его такими чертами, которых у него не было.

Между тем единство воли и направленность ее на единую цель — важнейшее юридическое качество воли, ее несомненная ценность для права, главный ориентир в любом прикладном анализе и фундамент всего понимания сделки. Волеизъявление, действие всегда одно, всегда едино. И это потому, что едина воля, а воля едина потому, что один человек.

Обсуждая это вполне очевидное суждение, Д.В. Тариканов загадочным образом пришел к выводу, что когда я его высказывал, я «пользовался» «разработанным советскими цивилистами учением о правовой форме» и потому, дескать, неправильно считаю, что «двойная правовая форма противоречит единству воли»¹. На самом деле теории двойной формы («человека и физического лица», как полагает Д. Тариканов) или иной множественной формы, которыми, я, насколько помнится, не пользуюсь, не имеют отношения к волеизъявлению, которое происходит в реальности (это действие) и потому всегда едино.

Действует не форма, «действовать может только человек», как верно заметил Д. Тариканов (используя, понятно, уже другую теорию²). Еще раз подчеркнем: реальные только лицо, действия, вещи³.

Особенно курьезна ссылка Д. Тариканова на теорию уголовного права об идеальной совокупности в обоснование раздвоения воли⁴. Дело в том, что воля в гражданском и уголовном праве играет разную роль⁵. В уголовном праве вообще нет волеизъявления, направленного на юридический результат. Никто не совершает преступного деяния для того, чтобы понести наказание, т.е. добиться юридического результата.

Человек — мера всех вещей, говорили софисты. Это верно и для права. Юридическими формами, даже если их придумать много, человека не заменить. Не воля про-

¹ Тариканов Д.В. Юридическая личность коммерческих организаций в гражданском праве России. М., 2006. С. 44–45.

² Там же. С. 39.

³ Кажется, что лицо — абстракция от личности, описываемое, как и вещь, посредством некоторых внешних признаков (имя, место рождения и жительства и т.д.). На самом деле все же нет: вещь может быть такой же или подобной; даже когда мы говорим о тождестве вещи, понимаем, что отличия могут быть, лишь бы они не затрагивали свойств. А вот лицо — это всегда одно и то же, причем эта его тождественность лежит глубже всяких его признаков. Никакое совпадение внешних признаков не может положить предел выявлению тождества лица, если есть в том сомнения. Именно потому, что эти признаки только указывают на лицо, но не составляют его сути (собственно, признаки — это и не свойства), они никогда не достаточны и не они составляют тождество. Но это тождество берется от личности.

⁴ Тариканов Д.В. Указ. соч. С. 44–45.

⁵ См., например: Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 2. М., 2004. С. 96. Хотя это положение было до сих пор совершенно бесспорным.

изводна от права, а право — от воли, от свободы человека. Поэтому у теории права нет никаких возможностей, пригодных для изменения качеств человека, в том числе соотношение действия и воли: все теоретические средства правоповедения вторичны и бессильны перед своим источником, только и способным дать им смысл и содержание. Поэтому же и никакими юридическими теориями невозможно отменить того факта, что действие человек может совершить, только если его воля направлена на это действие. И одно действие здорового человека может направляться только единой волей.

Кстати, именно по причине недопустимости удвоения воли оказываются ничтожными притворные сделки: стороны выразили волю на совершение прикрытой сделки, а притворная — это иная, вторая воля (хотя бы по поводу содержания притворной сделки у сторон и не было расхождения), потому и ничтожна эта сделка. Двух волей у одного действия не бывает. Выбор между двумя волями, выраженными в одном акте, здесь также производится путем поиска «действительной» воли, определяемой традиционными средствами, т.е. выявлением интересов, целей и т.д.

Возвращаясь к нашему выводу, отметим, что остается только фикция иного волеизъявления, мысленно присоединяемого к фактически совершенному; с помощью этой фикции и конструируется вещный договор.

Именно как фикцию определял в свое время вещный договор О. Гирке. Однако со временем это качество фикции, на которой была выстроена вся система передачи прав в германском праве, стало забываться (это, по-видимому, главное свидетельство удобства фикции), и сегодня скорее преобладают представления о естественности вещного договора, хотя эта его природа, в которой он существует, и ограничена границами Германии. Вопрос о природе вещного договора подробнее рассматривается ниже.

Нужно, впрочем, заметить, что, и прибегнув к фикции, германское право не допускает здесь удвоения воли, всегда рассматривая исполнение как фактическое действие, поступок, но не сделку. Таким образом, двойного волеизъявления и в рамках концепции вещного договора не допускается.

Заключенная здесь ловушка удвоения, однако, неизменно достигает отечественных цивилистов. Например, М. Церковников вполне резонно замечает, что «увидеть в одном волеизъявлении два, как предлагает первый подход¹, достаточно сложно»². Но вот если договор подчинен правилу традиции, тогда, по мысли М. Церковникова (который при этом лишь повторяет общее место многих наших цивилистов), в момент традиции совершается, согласно «принципу разделения», сделка по переносу права собственности. Но теперь придется сказать об акте традиции (которая также, как известно, — действие двустороннее) то же самое, что уже сказал сам автор: «Получается, что отчуждатель и приобретатель в один и тот же момент, одним и тем же совместным волеизъявлением заключают две двусторонние сделки, одна из которых *исполняет* обязательство, а вторая переносит право собственности».

¹ Автор определяет его так: «Получается, что отчуждатель и приобретатель в один и тот же момент, одним и тем же совместным волеизъявлением заключают две двусторонние сделки, одна из которых устанавливает обязательство, а вторая переносит право собственности» (Церковников М.А. Приобретение права собственности на движимые вещи посредством соглашения: французский и российский опыт // Вестник гражданского права. 2009. № 3 (9). С. 130.

² Там же. С. 130.

В цитате из М. Церковникова я изменил лишь одно слово, обозначенное курсивом: «заключает» на «исполняет». Понятно, что логика высказывания от этого никак не изменилась, причем с этой логикой я вполне согласен: нельзя одним действием осуществить две разные воли. Здесь ловушка удвоения, о которой давно предупреждал И. Трепицын, наглядно показывает свое действие.

Итак, усматривать два волеизъявления, два волевых действия¹ в одном акте нельзя, как говорит и М. Церковников вопреки своим выводам.

Поэтому и «принцип разделения», сформированный германскими юристами, является искусственным и основан на фикции вещного договора. На самом деле право собственности вообще не может быть создано обязательством, даже и в рамках ФГК. Оно везде создается правом порядком, не только позволяющим, но и предписывающим сторонам привязать право собственности к одному из фактов (в том числе – к факту договора купли-продажи), указанному в договоре, но непременно в том порядке, который описан в законе. В этом смысле и фикция вещного договора (поскольку любая фикция создается законом) играет все ту же роль вмешательства закона в процесс создания (наделения) права собственности на стороне приобретателя.

Фиктивность вещного договора закреплена в законе, как это и полагается фикции. Как это точно выразил К. Савиньи, «не из воли владельца или из его права выводит вещный договор свою действительность, но только из воли законодателя»².

Аналогичным образом высказывается и Э. Штампе, говоря о «типовых правовых последствиях» в том же смысле, в каком Савиньи говорил о правом порядке: волей сторон такие последствия не создаются, более того – и это очень важно – от воли сторон эти последствия и не зависят: «правовые последствия наступают в любом случае, пожелали ли <стороны договора> вдобавок к сказанному предусмотреть своим волевым актом также типовые последствия купли-продажи или нет».³

Если собственность переходит в момент совершения договора купли-продажи (как это предусмотрено ФГК в виде общего правила), то тогда самому этому договору уже присваивается, как уже говорилось, качество знака, переносящего собственность независимо от его собственного содержания. Важно лишь то, что договор имеет качества факта, т.е. доступен восприятию иных лиц, объективен и тем самым способен обозначать момент перехода права собственности.

¹ Как показывает А. Манигк в цитированной работе, волеизъявление и выражение воли – не синонимы, хотя оба связаны с реализацией воли, поэтому я не буду настаивать на любом из понятий.

² Цит. по: *Василевская Л.Ю.* Учение о вещных сделках по германскому праву. М., 2004. С. 97.

Можно предположить, что переход права собственности не по воле собственника, а по указанию, имеющему свои основания в правом порядке, предполагает достаточно высокую степень развития правом порядка, тогда как архаичная продажа, конечно, создававшая обязательства, разворачивалась вне устойчивой системы вещных прав, которая доступна лишь налаженному правом порядку. «Натуральная купля в первичных стадиях своего развития совершенно не знает вещного эффекта, а действует исключительно обязательно» (*Митюков А.К.* Ответственность продавца за эвикцию в историко-сравнительном освещении. Киев, 1906. С. 148).

³ *Штампе Э.* Проблема каузы в гражданском праве // *Вестник гражданского права.* 2007. № 4. С. 193. Хотя автор не говорит именно о вещном договоре и о механизме возникновения права собственности, обсуждая связь различных обязательств в рамках купли-продажи, здесь важна идея отделения воли сторон договора (вообще, этот феномен, конечно, выходит за рамки только отчуждения/приобретения вещей) от внешнего для этой воли юридического устройства оборота (правом порядка), которое может быть только принято ими, но никак не изменено.

От воли сторон, поскольку речь не идет о недвижимости¹, зависит лишь выбрать тот или иной факт в качестве знака прекращения/возникновения права собственности, но они лишены возможности передать право собственности каким-то иным образом, не придав никакому из фактов этого значения. Например, невозможно совершить отчуждение вещи, лишив традицию значения перехода права собственности, но не присвоив это значение какому-либо иному факту. В этом случае право собственности останется у прежнего обладателя². Следовательно, можно прийти к выводу о том, что право собственности в современном российском праве непосредственно не передается волевым актом, сделкой, а возникает как следствие того юридического факта, с которым право собственности связывается посредством объективного, не зависящего от воли сторон механизма, созданного позитивным правом.

В элементарном виде это может быть представлено таким образом, что если в договоре выражена воля на отчуждение вещи, то достаточно, чтобы последующая ее передача была направлена на исполнение договора; вторичное выражение воли на отчуждение является излишним и его не требуется: тогда передача переносит право собственности не потому, что передача содержит волю на отчуждение, а потому, что передача законным способом исполняет договор.

Еще более явным образом это следует из фактов возникновения права собственности против платежа, в указанный срок, посредством акта государственной регистрации, путем истребования индивидуально-определенной вещи у должника, отказавшегося ее выдать (ст. 398 ГК). То, что действие судебного пристава, забирающего вещь у должника против его воли, никак не может считаться выражением воли должника (собственника) на отчуждение, способно, кажется, устранить последние сомнения на этот счет и позволяет расстаться с давним предрассудком, без критики полагавшим возникновение права собственности непосредственно из волеизъявления собственника.

Нужно попутно заметить, что не только от воли должника не зависит лишение акта исполнения вещного эффекта (когда исполнению придано такое значение), но точно так же и от воли кредитора, который, если он принял исполнение, не может при этом лишиться его вещной силы. Вещный эффект исполнения не меняется, несмотря на то, принимается ли исполнение самим кредитором либо иным лицом без участия в этом воли кредитора или исполнение происходит принудительно в рамках исполнительного производства либо, наконец, вещный эффект увязан с иным юридическим фактом, отличным от исполнения обязательства.

Кстати, эти выводы позволяют обосновать проблему двойной регистрации прав на объекты недвижимости, т.е. проблему регистрации сделки и перехода пра-

¹ А для недвижимости от воли сторон зависит назначить какой-либо юридический факт как факт, с которым увязывается государственная регистрация; возникновение этого факта дает право заинтересованной стороне требовать государственной регистрации перехода права. Собственно говоря, сам этот факт и является тем самым «переходом права», который подлежит регистрации и который вызывает традиционные упреки законодателю в грамматической сумятице.

² Пожалуй, и договор будет ничтожен. Например, если в договоре купли-продажи стороны договорятся, что право собственности не переходит в момент передачи вещи, но не укажут иного факта, с которым увязан переход права собственности на вещь, то едва ли этот договор будет действителен, даже если будет исполнен сторонами.

ва. Противники этого громоздкого удваивающего механизма быстро обнаруживают, что существуют все же сделки, которые нужно регистрировать. В связи с этим признается отсутствие «единого обоснования» регистрации. Между тем такое единое обоснование налицо, и оно состоит в том, что право собственности никогда не передается сделкой. Поэтому если регистрируется именно право собственности, то сделку об отчуждении вещи регистрировать не нужно; регистрации подлежит переход права собственности, приуроченный к тому юридическому факту, с которым стороны связали возникновение вещного права (отсюда — не имеющий, как уже говорилось, собственного смысла обобщающий термин «переход права»; он как раз и указывает на придание факту, являющемуся «переходом права», функции знака перехода собственности). Если же регистрируется право обязательственное (право арендатора и т.п.), то регистрировать нужно только сделку; право отдельной регистрации не подлежит, так как обязательственные права иначе как сделкой не устанавливаются.

Вещные права, не связанные с владением (сервитут и др.), возникают из договора, но с ними, насколько известно, проблем не возникает.

Попутно можно обратить внимание на верное замечание С.В. Сарбаша, что удержание титула собственности при продаже с отложенным платежом не является условной сделкой, потому что отложенный вещный эффект продажи не отвечает признакам условной сделки¹. Дело в том, что сделка порождает только обязательство² и только обязательство может быть поставлено под условие в порядке ст. 157 ГК РФ. А вещный эффект непосредственно из сделки не возникает и нормой ст. 157 ГК не охватывается.

Итак, в механизме возникновения права собственности, как он описан в ГК РФ, мы обнаруживаем односторонние сделки, предоставляющие право требования (т.е. обязательственное право) другой стороне, но не обнаруживаем сделки по прекращению права собственности и по наделению этим правом другой стороны. Замечательно, что и механизм отказа от права собственности не допускает прекращения права собственности из одной только односторонней сделки собственника (ст. 236 ГК).

Понятно, что введение в наше законодательство весьма удобной во многих отношениях фикции вещного договора могло бы привести к существенным изменениям данного вывода; следует, однако, иметь в виду, что вещный договор, как и любая фикция, может быть введен только путем прямого указания законодателя³

¹ Сарбаш С.В. Удержание правового титула кредитором. М., 2007. С. 20.

² Кроме сделок, направленных на передачу только права (скажем, передачу права требования, права на результат интеллектуальной деятельности), а не предоставляющих материальное благо (объект). В этих случаях идея, что сделка порождает обязательство, которое затем исполняется, вполне удобна с практической точки зрения, и особенно если вводится механизм абстрактности цессии. Но на самом деле право передается (точнее, устанавливается) однажды, самой сделкой, без исполнения.

Различие между сделками, передающими право собственности, и сделками по передаче иного права будет обнаруживаться в том, что если для передачи права собственности договор играет роль факультативного факта, знаменующего такую передачу, то для передачи права требования и т.п. указание на иной факт является факультативным; по умолчанию же именно договором такое право передается.

³ «Правовая фикция закреплена в правовой норме и является нормативным предписанием» (Кузнецова О.А. Фикции в гражданском праве // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. тр. Вып. 4. М.: Екатеринбург, 2005. С. 318).

и требует масштабного изменения системы гражданского законодательства. Фикция не может учреждаться путем усмотрений, умолчаний и аналогий. Уже классическое право отличало фикцию от находящейся в распоряжении применяющих право юристов интерпретации, в том числе аналогии, тем, что «фикция вводилась актом власти»¹.

Изложенные выводы позволяют наряду с прочим заключить также, что никакого специального правомочия на установление права собственности не существует, так как нет и волеизъявления, непосредственно создающего право собственности.

Управомоченным на отчуждение вещи является лицо, которое в силу закона или договора с собственником вправе быть продавцом, т.е. вправе заключить и исполнить договор об отчуждении вещи от собственного имени. Ничего иного для отчуждения вещи, т.е. некоего вещного управомочия, не требуется.

Отвлекаясь от нашей темы, хотел бы остановиться все же на вопросе о природе исполнения обязательства. С.В. Сарбаш потратил немало сил, чтобы доказать, что исполнение обязательства является двусторонней сделкой². Мне кажется, однако, что исполнение не может быть без оговорок отнесено к числу сделок. Прежде всего невозможно согласиться с тем, что целью обязательства является заключение сделки. Думаю, никто из участников оборота не мог бы предположить, что он вступает в договор, обязывается, чтобы заключить затем сделку.

С практической точки зрения смысл квалификации какого-либо юридического факта в качестве сделки состоит в том, что этот факт может быть признан недействительным. Вообще говоря, юридическим фактам не присуще такое качество, как утрата действия (т.е. отпадение порождаемых ими прав и обязанностей): для этого нужно указание закона. Такое указание сделано в отношении сделок и некоторых иных действий (скажем, ненормативных актов; известна проблема оспаривания актов органов управления юридических лиц). Поэтому квалификация исполнения в качестве сделки являлась бы критически важной только в том случае, если бы практически стоял вопрос о возможности признания исполнения недействительным. Но, как известно, это не так.

Юридический эффект исполнения подчинен не нормам о действительности сделок (юридических фактов), а нормам о надлежащем исполнении. (Даже исполнение под угрозой имеет эффект и не может быть признано ничтожным, хотя для сделок это не так³.) По ст. 167 ГК, если исполнение — это сделка, то оно не может быть исполнено, ведь исполнение не исполняется, а следовательно, к нему неприменима и реституция⁴ даже в самом широком ее понимании как возврат в перво-

¹ *Гарсия Гарридо М.Х.* Римское частное право: Казусы, иски, институты / Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2005. С. 116.

² *Сарбаш С.В.* Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 27 и сл.

³ Такой казус обсуждает Дювернуа (см.: *Дювернуа Н.Л.* Чтения по гражданскому праву. Т. 2. М., 2004. С. 106).

⁴ С.В. Сарбаш видит здесь осложнение только в части исчисления сроков исковой давности по ст. 181 ГК (см.: *Сарбаш С.В.* Исполнение договорного обязательства. С. 71), хотя на самом деле неприменимы все правила гл. 9 ГК; если обязательство не прекратилось, то применяются правила о ненадлежащем исполнении обязательства, но никак не норма ст. 167 ГК, как, впрочем, и другие нормы о недействительности сделок. Никому не придет в голову говорить, скажем, о частичной недействительности исполнения, применяя правила ст. 180 ГК, и т.д. Везде будут применимы только нормы, регулирующие исполнение обязательства.

начальное положение без обсуждения прав на имущество. Именно поэтому квалификация исполнения в качестве поступка не несет в себе никаких угроз ни теории права, ни правопорядку.

Тем не менее по своей сути исполнение все же содержит тот существенный признак сделки, который состоит в волевой направленности действия на юридический результат. В этой связи я бы отметил, что есть немало юридических фактов, которые обладают теми или иными свойствами сделки, но сделками все же не являются¹.

Можно указать, например, на уведомление должника о цессии (п. 3 ст. 382 ГК), впрочем, как и на иные сообщения и уведомления, в том числе процессуальные, имеющие характер сознательного, волевого действия, но не являющиеся сделками и потому не порождающие обязательства, но влекущие иные юридические последствия. Да и такие факты, как, скажем, оценка имущества, подлежащего отчуждению обществом, решения органов управления обществом и другие действия участников корпоративных отношений, к сделкам не относятся. Практическая важность этого более или менее очевидного вывода состоит в том, что такие факты, не являясь сделками, не подпадают под действие норм ГК РФ о сделках. Именно поэтому, кстати, потребовалось специальное указание (имеющее характер нормы), что решения общего собрания акционерного общества могут быть признаны недействительными.

К юридическим фактам следует отнести и недействительные сделки² (об этом речь пойдет дальше). Исполнение недействительной сделки — это юридический факт, отличный от исполнения действительной сделки (и, кстати, сделкой его считать едва ли возможно, так как никаких прав он не создает и не прекращает, а порождает те, которые не были целью сторон). Впрочем, я не ставлю сейчас задач классификации³.

Такие действия направлены на определенный юридический результат, отличный от установления прав и обязанностей (ст. 153 ГК), и они не могут быть признаны недействительными по правилам гл. 9 ГК РФ; да такое оспаривание и не имеет смысла, т.е. они не порождают подлежащего исполнению обязательства. Если порождаемый ими юридический эффект и не наступает (скажем, лицо не извещено), то не в силу пороков воли, отсутствия полномочий и подобных обстоятельств, описанных в гл. 9 ГК, а в силу нарушения правил об их совершении, т.е. скорее так, как это присуще ненадлежащему исполнению обязательств. Попытки отождествления этих фактов с поступками встречают обычно критику, и в немалой мере уместную. Но выводом из этой критики я бы скорее сделал положение о том, что не все действия, в которых содержится воля на те или иные юридические последствия, являются сделками, чем утверждение, что все они являются поступками.

¹ Позиция, отрицающая за передачей имущества по договору природу сделки, впрочем, как и поступка, уже была изложена ранее Т. Илларионовой (*Илларионова Т.И.* Сделки в механизме гражданско-правового регулирования общественных отношений // XXVII съезд КПСС и механизм гражданско-правового регулирования общественных отношений. Свердловск, 1988. С. 54).

² Е.А. Суханов не сомневается в том, что недействительная сделка относится к юридическим фактам (см.: *Суханов Е.А.* О диссертациях по гражданскому праву // Вестник гражданского права. 2006. № 1. С. 256).

³ Поэтому я не буду также обсуждать таких сделок, как, скажем, третейские соглашения; проблематика этих фактов мало относится к аспектам обсуждаемой темы.

Пожалуй, сделкой бесспорно является лишь действие, которым действующее лицо устанавливает для себя обязанность (ст. 155 ГК) либо прекращает свое право в отношении должника (изменение обязательства тогда предстает как комбинация этих двух действий¹). Потье, как подчеркивает М.М. Агарков, называл соглашением «согласие двух или нескольких лиц, направленное на установление между ними обязательства, либо на прекращение или изменение ранее возникшего обязательства»².

Действия, в которых присутствует воля лица на иной юридический эффект, отличный от обязывания/прекращения своего права, едва ли будут иметь природу сделки, кроме известных исключений, подобных обсуждаемым нами односторонне обязывающим сделкам.

Вытекающая из этого предположения идея о неполноте той классификации юридических фактов, которая идет от Савиньи³, не кажется мне обстоятельством, способным сделать это предположение недопустимым. Видимо, есть смысл вспомнить заявление М.М. Агаркова о том, что классификация юридических фактов «сама по себе является областью, еще совершенно не исследованной»⁴. Даже если сделать поправку на полемичность этого тезиса, направленного против буржуазной науки, почва для такого суждения все равно остается (можно хотя бы указать на приведенную далее автором дискуссию о природе квазиконтракта как юридического факта).

Возвращаясь к прерванному изложению, напомним, что мы пришли к выводу, что никакого специального вещного управомочия для отчуждения вещи не требуется.

Не имеет вещного эффекта и полномочие, близкое по своей природе правомочию⁵. Полномочие представителя состоит только в совершении сделки для представляемого, как это и следует из ст. 182 ГК. В связи с этим возникает вопрос, которого мы уже касались в более общем смысле, обсуждая вещный эффект односторонне обязывающих сделок, — о вещном эффекте полномочия.

Если система права включает вещный договор, то решение, как можно ожидать, будет заключаться в том, что полномочие включает в себя и совершение вещного договора. Однако и в этом случае возникают теоретические сложности, вытекающие из фиктивности самой конструкции вещного договора. Применительно к полномочию германские юристы предлагают крайне условную концепцию антиципированного (предвосхищенного) конституата, в соответствии с которой полученное представителем владение считается осуществляемым для представляемого и влечет право собственности в его лице, причем соглашение об этом является «согла-

¹ Савиньи говорил о первоначальном или превращенном обязательстве (см.: *Савиньи Ф.К.* Обязательственное право. СПб., 2004. С. 370). Оговорки в части сделок, непосредственно создающих права, сделаны выше, на с. 419.

² *Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву // *Избранные труды по гражданскому праву*. В 2 т. Т. 1. М., 2002. С. 314–315. Много путаницы будет, если считать, что из сделки (соглашения) могут возникать какие угодно права, отличные от обязательства. Исключения из этого механизма бывают крайне редко и всегда требуют самого тщательного обоснования (и все же остаются обычно спорными). Во всяком случае, если право, порожаемое сделкой, не относится к обязательству, то имеет весьма сходную с ним природу и, конечно, не является ни вещным, ни абсолютным.

³ М. Агарков характеризует достижения пандектистики в части классификации юридических фактов как ничтожные: они «равны нулю» (*Агарков М.М.* Указ. соч. С. 331).

⁴ Там же. С. 307.

⁵ Подробнее природа полномочия рассмотрена в отдельной главе.

шением относительно будущего вещного действия». Понятно, что на самом деле такое соглашение не заключается, и потому приходится считать его подразумеваемым, точнее, иллюзорным. Однако с позиций вещного договора возникает и в этом случае трудно преодолимое препятствие для квалификации действий отчуждателя, когда он совершает традицию (и вещный договор) с представителем, «ведь нельзя предполагать, что волеизъявление совершить традицию действительно направлено к неопределенному лицу, которого это касается, если лицо определено каузальной сделкой, например в качестве покупателя»¹.

Тем больше трудностей, если отчуждатель и не знает принципала, как это свойственно комиссии. Следует признать вполне последовательным заявление Г. Шершеневича о том, что возникновение собственности в лице комитента не имеет удовлетворительного решения. Этот обескураживающий вывод прямо вытекает из необходимости придерживаться системы представлений, ориентированных на вещный договор.

Б.Б. Черепяхин предлагает считать, что «комиссионер и залогодержатель отчуждают чужую вещь на основании управомочия, полученного от собственника, хотя они и не обладают полномочием действовать от имени последнего»². Эту попытку решить то, что считал не имеющим решения Г. Шершеневич, трудно признать удачной.

На самом деле никакого управомочия комиссионер не получает ни для отчуждения, ни для получения вещи. В силу договора и закона комиссионер получает лишь право требовать от комитента принять обязательства перед третьим лицом. Только этот механизм является собственно обязывающим принципала, но является не правомочием (полномочием), а субъективным правом требования (освобождения от обязанности). Какого-либо автоматизма, присущего действию правомочия (полномочия), здесь нет. Все прочие права и обязанности комиссионера имеют традиционную обязательственную природу и никаким образом не относятся ни к правомочиям, ни к полномочиям.

Передача вещи покупателю является для комиссионера лишь выполнением его обязательства из купли-продажи³. Только в этом смысле передача является сделкой (со всеми сомнениями, высказанными по этому поводу выше), но для такой сделки не нужно быть собственником и не нужно получить от собственника какое-либо специальное право (правомочие); достаточно действовать в рамках правопорядка, которому только и подчинен механизм возникновения вещных прав. Правомочие на отчуждение в данном случае, как и во всех иных случаях отчуждения чужой вещи, устанавливается не иначе как законом, но никак не волей сто-

¹ Эннексерус Л. Указ. соч. Т. 1. Полутом 2. С. 236.

² Черепяхин Б.Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. С. 321. Эту позицию, не приводя каких-либо аргументов, воспроизводит и С. Скороходов (см.: Скороходов С. Правовой режим вещей, отчуждаемых (приобретаемых) по договору комиссии // Хозяйство и право. 2003. № 11. С. 33).

³ Как довольно любопытное может быть расценено суждение о том, что обязанность передать имущество клиенту в собственность «в наибольшей степени соответствует комиссионным отношениям» (Мельник В.В. Договоры о долевом участии в строительстве // Вестник ВАС РФ. 2004. № 2. С. 192). Полагаю все же, что такая обязанность в наименьшей степени соответствует природе комиссии, в чем легко убедиться, ознакомившись с соответствующей главой ГК РФ, определенно устанавливающей возникновение собственности непосредственно в лице комитента, без всякой передачи. Впрочем, это суждение как проявление стихийных представлений о комиссии имеет определенный интерес.

рон. Не случайно соответствующая норма (п. 1 ст. 996 ГК) является императивной и не допускает иного решения вопроса.

С позиций теории традиции представляет интерес квалификация передачи вещи комитентом комиссионеру и комиссионером комитенту. Очевидно, что такая передача не влечет вещного эффекта, так как право собственности возникает у комитента (принципала) непосредственно, и потому передача не является традицией. Передача вещи, следовательно, имеет лишь значение исполнения обязательства (ст. 999, 1000 ГК). Если комиссия предусматривает вручение комиссионеру товара для реализации, то нужно, видимо, признать право комиссионера требовать передачи товара (поскольку договор не является реальным) либо отказаться от договора и требовать убытков.

Изъятие товара по правилам ст. 398 ГК невозможно, так как товар не передается для пользования. Невозможно и поручение комиссионера комитенту о передаче вещи третьему лицу в порядке исполнения договора (ст. 313 ГК), поскольку комитент не обязан перед комиссионером выдачей вещи¹.

Кажется, это обстоятельство было упущено из виду при обсуждении ряда казусов, связанных с исполнением комиссии, когда говорилось, что вещь по договору комиссии должна быть передана во владение комиссионера². На самом деле такой обязанности нет, и исполнение комиссии не требует этого. Вопрос заключается в том, охватывается ли комиссией договор, который комиссионер не может исполнить лично. Вот на этот вопрос и приходится дать отрицательный ответ: если комиссионер не вправе дать указание комитенту об исполнении (а он не вправе сделать это), то он оказывается лишен и распорядительных возможностей в отношении имущества, т.е. не может заключить договор об отчуждении вещи.

В ходе дискуссии говорилось также, что «для своего контрагента» комиссионер «будет собственником»³. Высказывание принадлежит Г.Е. Авилову, который, впрочем, затем смягчил его, поэтому будем расценивать его просто как одну из возможных крайних позиций. Думаю, что такая позиция неверна именно потому, что совсем не обязательно быть собственником, чтобы создать это право получателю вещи. Не нужно для этого и иметь какое-либо правомочие, нужно, как уже говорилось, лишь иметь установленное законом право на совершение и исполнение сделки об отчуждении имущества. Обсуждаемый казус (в нем комитент отказался передавать недвижимость, которая была продана комиссионером) уточняет это правило таким образом, что не только право на отчуждение должно быть закреплено нормой закона, но и право на исполнение, т.е. передачу вещи. Обсуждая уже этот аспект, я должен заметить, что запрет на отчуждение вещи при фактической невозможности передачи самой вещи получателю вытекает из системы российского права. Подробнее этот вопрос будет рассмотрен ниже.

В ходе дискуссии обсуждался и вопрос о комиссионном поручении на отчуждение права требования с совершением цессии в пользу комиссионера. Этот договор был расценен как не противоречащий ГК РФ, но не договор комиссии⁴. На самом

¹ Эти соображения в равной мере применимы и к поручению.

² См.: Обсуждение проблемных вопросов договора комиссии // Вестник ВАС РФ. 2004. № 8. С. 196 и сл.

³ Там же. С. 194.

⁴ Вестник ВАС РФ. 2004. № 8. С. 187 и сл.

деле комиссионер не получает права на вещи, являющиеся предметом комиссии (ст. 996 ГК). Соответственно любой договор, который прямо передает право собственности на предмет комиссии комиссионеру, утрачивает черты договора комиссии.

Сходство между вещными правами и правами требования применительно к деятельности комиссионера не настолько велико, чтобы прийти к выводу, что к правам применим иной режим, отличный от нормы ст. 996 ГК.

Но распорядиться правом, совершить сделку с правом невозможно, если цедент не является кредитором. Это обстоятельство вытекает из того, что цессия лишь мысленно может быть выделена из акта распоряжения обязательственным правом (требованием). На самом деле это разделение физически невозможно, в частности, невозможно быть одному лицу кредитором, а другому — цедентом. Мы лишний раз убеждаемся, что разделение собственности и владения возможно между двумя лицами — собственником и владельцем¹, тогда как обязательственное право разделиться между двумя лицами не может и соответствующие термины, отражающие такое разделение, равно как и описываемые ими феномены, не известны. Поэтому при всем сходстве между цессией и традицией (как средства «передачи» права) в экономическом и юридическом смысле в части их физического, материального проявления обнаруживается, что традиция всегда существует только материально, а вещный договор к ней лишь домысливается, тогда как цессия всегда домысливается к договору о передаче права. Поэтому цессия может отождествляться с вещным договором, но не с традицией. Соответственно традицию может совершить и лицо, которое права на вещь не имеет, тогда как цессию — только обладатель права (кредитор).

Эти обстоятельства приводят нас к выводу, что в рамках ГК РФ договор комиссии, по которому за комиссионером закрепляется право на предмет комиссии посредством цессии в пользу комиссионера, невозможен.

Конечно, все сказанное о правах на предмет комиссии относится и к реализации залога (право на отчуждение залога положительно (и естественно, императивно) закреплено п. 1 ст. 350 ГК).

Сомнительность идеи Б.Б. Черепихина о получении от собственника некоего правомочия на отчуждение проявляется также в том, что есть случаи, когда отчуждение очевидным образом происходит без всякого, даже подразумеваемого волеизъявления собственника, как, например, при продаже имущества неисправного должника с торгов². Но главное не в этом. Мы уже могли видеть, что механизм

¹ Здесь, конечно, не происходит расщепления права, ведь владение — не право.

² Определенные трудности возникают и при объяснении с позиций вещного договора возникновения собственности в результате исполнения договора об отчуждении вещи третьим лицом. Для примера можно привести приказ продавца (собственника) хранителю передать вещь покупателю. Хранитель, очевидно, не в состоянии наделить покупателя правом собственности, так как, во-первых, собственником не является и не может вступать в договор о собственности, а во-вторых, потому, что его воля вовсе не направлена на передачу собственности. Для хранителя безразлично, по какому основанию он передает вещь: идет ли речь об отчуждении либо о чем-то ином (аренде, перевозке и т.д.). В приказе об исполнении это не указывается, а если и указывается, то никакого юридического значения не имеет (это, в частности, означает, что неверное указание основания приказа об исполнении третьему лицу либо заблуждение исполнителя относительно такого основания никак не влияют на действительность исполнения). Достаточно лишь того, что есть приказ поклажедателя и что исполнение этого приказа освобождает его от обязанностей по хранению. Между тем право собственности у покупателя возникает именно в момент получения вещи от третьего лица (в нашем примере — от хранителя). Нет никаких

возникновения вещного права вовсе не требует волеизъявления собственника или иного лица; право собственности возникает в силу факта, которому вещное действие присвоено не волей сторон, а законом, правопорядком в целом. Стало быть, у собственника нет специального права на наделение приобретателя имущества вещным правом. Поэтому он не может передать иному лицу это право в виде полномочия (правомочия), да это и не требуется, поскольку и это иное лицо нуждается лишь во власти обязывать (равно как и в праве исполнять обязательства). Этого достаточно и для того, чтобы возник вещный эффект.

Эти выводы позволяют нам существенно прояснить и механизм действия полномочия. Мы видим, что полномочие не имеет вещного действия, оно, как это и сказано в законе, нужно только для совершения сделок. А сделки вещного эффекта не имеют. Поскольку мы сейчас обсуждаем сделки двусторонние (односторонние сделки обычно совершаются все же без представителя, а в тех случаях, когда он привлекается, об отчуждении речи не идет), договоры, то эффект полномочия состоит в установлении обязательства, а при необходимости – и в исполнении его. Все действия представителя являются, следовательно, действиями, создающими и прекращающими обязательства и права требования. Ничего другого из полномочия извлечь невозможно, и этого вполне достаточно.

Полученное представителем владение, как и любое владение, выступает как фактическая позиция. Как известно, никакого права владения не существует. В любом случае этого права не может быть у представителя, так как он по определению действует в чужом интересе и ему запрещен интерес в имуществе, а стало быть, и любое имущественное право. В отношении вещи ее владелец выступает уже не в силу полномочия – полномочие вообще прав на вещи, повторяем, породить не может, а в силу того договора с принципалом, который лежит в основе полномочия. Этот договор служит для него титулом, т.е. создает законное владение и очерчивает его права к принципалу относительно вещи.

Что касается вещного эффекта, то получение вещи представителем порождает право собственности у принципала, поскольку иное не установлено законом или договором. Понятно, что если по условиям договора предусматривается передача вещи иному лицу либо непосредственно принципалу, то ровным счетом ничего не изменится: собственность перейдет к получателю в момент установления владения любым из этих лиц.

Отказ нашей правовой системы от вещного договора избавляет и нас от необходимости конструировать спасающие догму конструкции вроде антиципированного конститута или специального правомочия, «восполняющего» отсутствие у агента права собственности, и т.п.

НЕКОТОРЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ О ЦЕССИИ

Сформулированные выше выводы о том, что механизм правопреемства сводится в конечном счете к сделке обязывающегося лица, а право собственности не передается сделкой, имеют, как представляется, и некоторые последствия для цес-

трудностей для понимания этого механизма, если только не ставить перед собой задачу найти в такой передаче следы «договора о собственности» (вещного договора).

сии. В частности (эту тему интересно развить отдельно), не цессия получает свой инструментарий от традиции, как это часто (и иногда без особой рефлексии) предполагается, а скорее переход собственности редуцируется до исполнения сделки, направленной на прекращение личного обязательства, утрачивая по пути все свои материальные, точнее, вещественные, оболочки¹. В конечном счете (этот вопрос будет рассмотрен дополнительно) никакого внешне воспринимаемого (т.е. материального) действия для возникновения (передачи) собственности и не совершается.

Но, понимая, что мы отклоняемся в сторону от основной линии изложения, и сожалея об отвлечении внимания читателя от проблем собственности, я хотел бы все же, не зная, когда еще смогу это сделать, остановиться на некоторых аспектах цессии, учитывая, что, во-первых, она отлична от традиции, а во-вторых, не является абстрактной², не выступает вариантом вещного договора.

Оставаясь в системе каузальной традиции и каузальной цессии, мы можем найти отличия в механизме передачи права собственности от механизма передачи обязательственного права: в первом случае всегда требуется не только совершение сделки, но и наличие юридического факта, с которым стороны связали переход собственности (в том случае, когда таким фактом является сам договор, ничего принципиально не меняется), тогда как во втором случае достаточно сделки; указанные в тех или иных случаях сторонами договора о цессии условия, в силу которых право переходит не в момент заключения договора, а в иной момент, являются случайными.

Я исхожу также из того, что цессия принципиально подчинена тому универсальному механизму возникновения права через обязывание действующего лица, который был описан выше. Но универсальность этого элементарного механизма не означает, что он был таким с самого начала³.

Необходимость оборота обязательств, натолкнувшись на принцип недопустимости ухудшения положения должника, приводит к специальному механизму цессии, подчиненному, однако, общим принципам. Этот механизм создает у нового кредитора (мы говорим: один передает другому) право в неизменном виде, т.е. со всеми пороками, накапливающимися со временем на всяком праве (прежде всего истечение исковой давности, но также и утрата доказательств и т.д.). Право нельзя обновить, «освежить» без согласия должника, как и вообще нельзя никого обязать или любым образом ухудшить его положение без его согласия. Если же передача происходит через соглашение с должником, то нет нужды в цессии.

Замечу, что различие между переходом права собственности и обязательственными правами, состоящее в том, что переход обязательственного права сохраняет

¹ Понятно, что исполнение — это всегда явление материального мира, но это — та материя, в которую воплощается обязательство.

² Утверждения об абстрактном характере цессии далеко не всегда сопровождаются опорой на действующий закон. Характерно, например, что заявление И. Лазарева об абстрактности цессии «в современном российском праве» обосновано единственной ссылкой на учебник по римскому праву И.Б. Новицкого (см.: *Лазарев И.* Вексельные суррогаты. Последствия их получения. Права, удостоверенные вексельным суррогатом // *Хозяйство и право.* 2004. № 6. С. 22).

³ Известно, что путь к конструкции цессии шел через новацию (см.: *Дождев Д.В.* Римское частное право: Учебник. М., 1996. С. 482–485; *Санфилиппо Ч.* Курс римского частного права: Учебник / Под ред. Д.В. Дождева. М., 2000. С. 217–218). Но новация предполагает прекращение старого и появление нового права с непременным участием воли должника. Таким образом, можно видеть обнаженным главный нерв передачи права — недопустимость ухудшения положения должника.

все возражения должнику, тогда как переход собственности лишает стороны права ссылаться на какие-либо прежние отношения, объясняется не различием в способах перехода права, а различиями между самими правами. Право собственности — право абсолютное и не имеет обязанных лиц (должников), поскольку мы не будем здесь снова обсуждать несуществующей обязанности не совершать правонарушения. Соответственно у нас нет и причин конструировать принцип недопущения ухудшения положения возможного правонарушителя, каковым только и может являться «обязанное собственнику лицо»¹. Обязательственное право — относительное, направлено против должника, который и заставляет установить правило о недопустимости ухудшения его положения без его согласия. Этому правилу и подчинен механизм цессии.

Очень важно, что недопустимость ухудшения положения должника лежит в основе механизма передачи права, придает ей и смысл, и форму. Это нужно подчеркнуть потому, что остается неясность в понимании того, почему новые субъекты права имеют права, идентичные прежним². Права идентичны именно потому, что положение должника не может быть ухудшено, стало быть, право не может быть передано в объеме большем, чем это было до того. По тем же причинам и обязанность не может быть уменьшена, не могут отпасть обременения (поскольку иное не предусмотрено законом, допускающим ухудшение, вплоть до утраты, прав третьих лиц). Ведь обременение права — это чье-то преимущество, которого его обладатель не может быть лишен. Точно так же истечение исковой давности, ухудшающее положение кредитора, — это право должника. Итак, причина идентичности — интересы третьих лиц, не участвующих в акте передачи права (точнее, наделения им).

Но по этим же причинам может быть уменьшен объем «переданного» права, как это прямо вытекает из ст. 384 ГК, ведь такое уменьшение не нарушает интересов должника.

Некоторые аспекты обсуждаемой проблемы стали предметом такого судебного дела.

ОАО «Банк «Зенит», предоставив кредит АКБ «Международный банк торговли и сотрудничества», получило от должника в порядке обеспечения кредита облигации внутреннего государственного валютного займа стоимостью 7500 долл. США. Впоследствии банк «Зенит» уступил свои права кредитора кипрской компании The Thunderway Services Ltd, но не передал ей при этом свои права залогодержателя.

Залогодатель потребовал от банка «Зенит» возврата ему предмета залога.

Обсуждая это дело, суд пришел к выводу, что обязательство по возврату кредита между истцом и ответчиком прекратилось, следовательно, прекратился и залог (п. 1 ст. 352 ГК). По этому основанию иск был удовлетворен³. Конечно, нельзя не обратить внимания на то, что передача права посредством цессии здесь квалифици-

¹ Здесь еще один аргумент против теории «неопределенного круга обязанных собственнику лиц».

² Этим вопросом задается, например, Д. Степанов, полагая, что на него нет удовлетворительного ответа (см.: *Степанов Д.И.* Правопреемство при реорганизации в форме выделения // Вестник ВАС РФ. 2002. № 7. С. 113).

³ Вестник ВАС РФ. 2002. № 7. С. 42. Постановление от 6 марта 2002 г. № 7144/01.

рована как прекращение права для cedentа. Вывод этот носит, безусловно, теоретический характер, поскольку такого способа прекращения обязательства в гл. 26 ГК не указано, хотя, как следует из ст. 407 ГК, перечень оснований прекращения обязательства, указанный в гл. 26, как и в Кодексе в целом, не является исчерпывающим. Для нашей проблемы важно, что суд тем самым не поддерживает конструкцию «бессубъектного права (правоотношения)» как предмета передачи. Ведь если право кредитора существует, то залог не мог бы прекратиться.

Пожалуй, к тем же выводам подводит и норма п. 3 ст. 352 ГК: не при всех случаях прекращения залога предмет залога безусловно возвращается залогодателю. Законодатель, видимо, исходит из того, что возникают новые отношения, которые могут создать залоговые права (например, в силу п. 3 ст. 414 ГК; сюда же мы могли бы независимо от обсуждаемого казуса отнести и норму ст. 384 ГК). Поэтому не следует спешить с возвратом залога. Важно, что эти права рассматриваются как новые, а не прежние, только «переданные».

Видимо, можно сказать, что цессия — лишь проявление, один из частных вариантов возникновения права через наделение. Тогда не остается ничего иного, как согласиться с высказанной выше позицией, согласно которой право у правопреемника возникает вновь, а не принимается от предшественника.

Поскольку этот вывод претендует на универсальность, необходимо обсудить все же ситуацию эвикции. Ведь эвикция может быть квалифицирована как ухудшение положения и покупателя, вынужденного отдать вещь по требованию третьего лица, заявленного по основаниям, возникшим до приобретения, и самого этого третьего лица, которое тоже находится в худшей позиции, чем до отчуждения. Например, имущество, находящееся в аренде, продано до истечения срока аренды: арендатору труднее вернуть владение вещью от покупателя, чем от прежнего владельца (первого арендодателя), и положение покупателя, естественно, ухудшается, несмотря на его право взыскать убытки с продавца: ведь это право зависит от кредитоспособности продавца. Но и третье лицо (арендатор в нашем примере), и покупатель не выступают как обязанные лица; ухудшается их право, а не обязанность. А право в рамках механизма правового регулирования может быть в принципе ухудшено и помимо воли управомоченного.

Этому, как известно, даются разные объяснения: ухудшение или даже полная утрата права как следствие риска, всегда следующего за правом; утрата права увязывается с недосмотром самого управомоченного лица; право уступает интересам оборота. Все эти факторы не исключают друг друга и могут действовать одновременно, дополнительно.

При таком подходе эвикция не столько подтверждает существование правопреемства, сколько выявляет другое обстоятельство, о котором уже говорилось: в обороте вещное право и нужды самого оборота неизбежно сталкиваются, порождают коллизии между способом существования вещного права, которое следует за вещью, и сутью любого права, которое не имеет физической, материальной субстанции и осуществляется посредством известных волевых актов людей. Эти коллизии разрешаются с помощью тех или иных компромиссных механизмов, но без обращения к правопреемству, которое не дает удовлетворительных решений ни с теоретических позиций, ни даже просто с технических.

Именно потому, что оборот вещных прав (прежде всего собственности) — это оборот именно прав, а не вещей, следует говорить об общей основе правопреемства¹.

Вспомним, что вещное право в ряде случаев уступает требованиям оборота. Причиной этого является, как уже говорилось, возможное несовпадение, расхождение права на вещь и самой вещи, владения. Известные частные решения в пользу оборота и против права собственности характерны как раз тем, что они имеют совсем иное основание, чем само право. Прежде всего они безразличны к воле обладателя права. Поэтому найти единое решение, одновременно объясняющее и движение прав, и защиту владения, в рамках частного права, как известно, невозможно. Отсюда следует, что безоговорочное перенесение в сферу оборота личных прав всего инструментария, выработанного оборотом прав вещных, неизбежно приведет к неточностям и натяжкам.

Например, Л. Чеговадзе определяет сущность цессии как договор, по которому cedent передает цессионарию принадлежащее ему «на праве держания имущественное право»². Поскольку автор не оговаривает иного, он исходит, видимо, из принятого в праве понимания держания. Обратимся к смыслу этого древнего понятия.

Держание (*detentio*) — «термин, обозначающий (в отличие от владения) фактическую власть над вещью без намерения обладать ею исключительно для себя... и без интердиктной защиты»³. Решительно непонятно, как можно держать право, а значит — производить фактическое, т.е. физическое, воздействие на нефизический (идеальный) объект, да еще и без намерения осуществлять это странное действие для себя.

Кажется, Л. Чеговадзе намерена трактовать цессию исключительно в вещных категориях. Но зачем же для этого выбирать из понятий вещного права именно то, которое меньше всего связано с субъективным правом, кроме того (этому было посвящено все предыдущее изложение), вещное право вовсе не заключено в вещи и не выступает ни как владение, ни тем более как держание. Вещное право, как

¹ В германском праве эта универсальность выражена через понятие распорядительной сделки, равно охватывающей и традицию, и цессию (см., например: *Бердников В.В.* Распорядительная сделка как способ изменения имущественно-правового положения лица // Законодательство. 2002. № 2, 3).

Применительно к нашей проблеме можно заметить, что пока цессия не выделена в законе как отдельная сделка и особенно пока она не признана абстрактной сделкой (закон и практика не признают абстрактности и за традицией), мы лишены возможности обсуждать цессию как распорядительную сделку.

² *Чеговадзе Л.* Уступка права требования: закон и правоприменительная практика // *Хозяйство и право.* 2001. № 9. С. 108–109.

³ *Бартошек М.* Римское право: Понятия, термины, определения / Пер. с чешск. М., 1989. С. 107. За прошедшие два тысячелетия смысл понятия не изменился, хотя значение разницы между держанием и владением несколько уменьшилось (см.: *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 199).

Праву (впрочем, не закону) известны однокоренные с «держанием» термины, описывающие некоторые аспекты передачи права, например «удержание титула» при продаже (*lex commissoria*) (ст. 491 ГК). Их существование, видимо, и стало одной из причин обращения Л. Чеговадзе к концепту «держания». Но без специальных оговорок использование любого классического понятия не может не означать обращения к его классическому значению. В противном случае будет быстро потерян весь инструментарий гражданского права. Негативные последствия утраты юридического фундамента намного превышают все ситуативные удобства, вытекающие из субъективного, случайного использования юридических терминов в специфических значениях, известных только авторам.

Что касается «удержания титула», то можно, видимо, считать это понятие метафорой еще в большей степени, чем «передача права». По крайней мере нет никаких оснований проводить параллели между механизмами, предусмотренными ст. 491 и 359 ГК.

и любое субъективное право, — свобода действовать известным образом, т.е. при-
суща лицу, а не вещи.

Совсем не нужно строить конструкции, обслуживающие нужды цессии, при-
бегая к арсеналу, созданному оборотом вещных прав¹. Это не может не привести
к недоразумениям.

Например, В. Белов, замечая, что «понятия «добросовестный приобретатель
права» не существует», неожиданно объясняет это тем, что «приобретатель пред-
полагается должным знать о всех пороках в правах предшественника; в противном
случае он — недобросовестный приобретатель»².

Нельзя не заметить здесь все то же овещствление оборота права. Только если
полагать, что право приобретается подобно вещи, можно прийти к обсуждению
(не)возможности добросовестного приобретения права. На самом деле недобро-
совестное приобретение права логически, а не посредством странных презумпций,
какой несомненно является невесть откуда взявшаяся презумпция знания о поро-
ках права предшественника, исключено. Исключено потому, что если у cedenta
права не было, то независимо от того, знал или нет об этом цессионарий, он ни-
какого права и не приобретает!

А как же с добросовестным приобретением вещи? Ведь именно эту аналогию
имеет в виду В. Белов, когда говорит о (не)добросовестном приобретателе права.
Ответ весьма прост, хотя судебная практика показывает, что до массового созна-
ния он еще далеко не дошел: любой добросовестный приобретатель, поскольку он
ссылается на свою добрую совесть, является приобретателем (владельцем) неза-
конным. Это вполне ясно из содержания ст. 301, 302 ГК.

Законному владельцу нет никакой нужды ссылаться на свою извинительную
неосведомленность о каких-то пороках права предшественника, если в результате
сделки все же оказалась действительной. Эффективная сделка порождает право у
владельца, а право защитит его лучше всякой доброй совести, что непреложно сле-
дует из ст. 11, 12 ГК. Поэтому не только не может быть помыслена фигура добро-
совестного приобретателя обязательственного права, но не может быть и фигуры
добросовестного приобретателя права собственности (иного вещного права). Ес-
ли право возникло — не важно, о чем был или не был осведомлен получатель пра-
ва. Если право не возникло — нет и его приобретателя, право осталось у того, у ко-
го было прежде. Это, впрочем, не означает, что в сфере оборота обязательствен-
ных прав не остается места доброй совести, хотя ее значение, бесспорно, гораздо
меньше, чем в праве вещном. Например, применительно к цессии добрая совесть
цессионария бессильна перед соглашением о запрете на уступку требования³.

Но в других случаях она имеет значение. Приведем такое дело.

Колхоз, поместив на элеваторе собранный им в 1996 г. урожаем подсолнечника, осенью
того же года заключил договор купли-продажи 110 т семян подсолнечника, хранящихся на

¹ Тем более, если можно видеть, как об этом говорилось выше, что и оборот вещных прав в конечном
счете подчинен больше логике обязывающих действий лица, чем логике перемещения вещей в пространстве.

² Белов В. Сингулярное правопреемство в обязательстве. С. 227–228.

³ См.: Эннексерус Л. Указ. соч. Т. 1. Полтом 1. С. 273–274; Крашенинников Е. Допустимость уступ-
ки требования // Хозяйство и право. 2000. № 8. С. 84.

элеваторе, с А. Покупатель А., имея обязательства перед фирмой «Бэюн», в свою очередь передал полученные права этой фирме. Во исполнение указания А. колхоз в октябре 1996 г. дал письменное распоряжение Невинномысскому маслозаводу зачислить 110 т подсолнечника в счет фирмы «Бэюн». При этом фирма «Бэюн» занималась переработкой подсолнечника в масло в больших объемах и имела договор с Невинномысским МЗ. По этому договору МЗ на основании полномочий, данных ему заказчиком, выбирал на элеваторе семена, значившиеся за заказчиком, перерабатывал их в масло и выдавал масло заказчику.

Будем исходить из того, что отношения сторон носят не вещный, а обязательственный характер: передавалось не имущество в натуре, а права на переработку и получение масла (от маслозавода). Хотя здесь можно усмотреть хранение с обезличением, следует учесть, что в отличие от нормы ст. 890 ГК переданное имущество смешивается не только с вещами других лиц, но и с собственными семенами (зерном) самого элеватора, который совершает сделки с имеющимся у него имуществом от своего имени и за свой счет. Кроме того, по смыслу самих договоров стороны имели в виду именно право требования исполнения к должнику (маслозаводу), а не право собственности на подсолнечник. Поэтому в договорах, конечно, не было условия о переходе права на товар в силу соглашения без передачи вещи в натуре (ст. 223 ГК).

В 1998 г. в отношении представителя фирмы «Бэюн» было возбуждено уголовное дело. После этого А., видимо, желая освободиться таким образом от своих обязательств перед фирмой «Бэюн», предъявил иск к колхозу о признании недействительным договора купли-продажи прав на 110 т подсолнечника и потребовал назад выплаченные им деньги. Суд иск удовлетворил и взыскал с колхоза выплаченную сумму с процентами. При этом суд сослался на то, что договор не был исполнен, так как колхоз фактически права на подсолнечник не передал. Суд кассационной инстанции решение изменил и договор расторг, оставив в силе решение в части взыскания оплаты товара с процентами с колхоза. Надо признать, что, конечно, неисполнение договора может повлечь в известных случаях (например, когда это предусмотрено соглашением) расторжение, но никак не недействительность договора. В это дело Невинномысский МЗ не привлекался.

В 1999 г. колхоз, ссылаясь на решение суда о расторжении договора, предъявил иск о взыскании с Невинномысского МЗ 110 т семян подсолнечника. Суд иск удовлетворил, сославшись на то, что ответчик не доказал, что он передал фирме «Бэюн» именно то масло, которое было выработано из полученных от колхоза 110 т подсолнечника¹.

Попробуем оценить это решение.

Мы исходим из того, что между колхозом и А. совершена сделка купли-продажи права требования, т.е. цессия. Поскольку колхоз, а вслед за ним суд ссылаются на неисполнение договора в части передачи права, нужно разобраться, как происходит исполнение договора о цессии.

Право — явление нематериальное. Для его передачи никаких материальных действий, стало быть, не требуется. Поскольку купля-продажа — договор консенсуаль-

¹ Кассационной инстанцией решение суда было отменено с направлением дела на новое рассмотрение.

ный, право требования переходит к покупателю в момент достижения соглашения. Даже если при этом составляется акт приема-передачи, это не имеет никакого значения, кроме доказательственного: право уже перешло.

Вообще говоря, составление такого акта, как и специальная «распорядительная» сделка, физически отделенная от договора купли-продажи права или иного договора о передаче права требования, совсем не требуется для передачи права, как об этом уже говорилось. Такого рода факты имеют факультативный характер и могут вводиться по усмотрению сторон в договор только для практических удобств, но никак не для создания помех обороту прав или (еще хуже) по причинам теоретических неясностей. Это особенно важно при продаже будущих прав, когда обязательное требование дополнительной сделки многим кажется совершенно необходимым, хотя таким образом распоряжение будущими правами становится неоправданно рискованным без всякого экономического и юридического оправдания такого риска. На самом деле и распоряжение будущими правами должно происходить в самом договоре о таких правах, а момент (юридический факт), с которым связывается переход, может быть так или иначе указан в договоре, но не должен иметь характер исполнения этого договора¹.

Подобная проблема возникла и на почве квалификации передаточного распоряжения. Имеется судебная практика признания передаточных распоряжений сделками (видимо, распорядительными), соответственно допускающая признание этих распоряжений недействительными. Но чаще суды отказываются признавать передаточное распоряжение недействительным, поскольку оно «не является документом, на основании которого осуществляется переход права на ценные бумаги, а является лишь уведомлением владельца о состоявшейся сделке»². Вторая позиция представляется верной с одним лишь уточнением: переход прав совершен уже в момент заключения договора об отчуждении акций. Поскольку этот договор не нуждается в исполнении (а он и не может быть исполнен продавцом — идеальные объекты не могут передаваться) и поскольку стороны не указали иного момента для перехода права собственности, право уже перешло, и оспаривание передаточного распоряжения с целью оспаривания прав на ценные бумаги невозможно.

В этом моменте нам придется, кажется, снова отвлечься. Мое суждение о нематериальности права и о вытекающем из нее моментальном эффекте цессии, кажется, вполне очевидное, вызвало, однако, отрицательную реакцию Л. Чеговадзе, которая, усмотрев в нем «противоречия» (не указав, впрочем, чему), заявила, что непременно «следует сделать попытку анализа». Однако она сразу же позабыла о своем обещании и вместо демонстрации противоречий, которые так и остались неизвестными читателю, занялась более увлекательным для любого юриста делом — уличением законодателя в ошибках.

¹ Подробнее проблема изложена в статье: *Туктаров Ю.Е.* Уступка будущего требования // Вестник ВАС РФ. 2006. № 11. С. 10–15. Автор показывает, что в международной практике совершение отдельной распорядительной сделки вовсе не является обязательным и создает неоправданные трудности и риски. И это совершенно правильно.

² Обзор практики см.: *Карулин С.* Недействительное передаточное распоряжение // *эж-Юрист.* 2007. № 2. С. 9.

Л. Чеговадзе обнаружила, что «передача требования сама по себе не производит принципиальных изменений в праве (остается гадать, в чем состоят неприципиальные изменения права. — К.С.), если только до сведения должника не доведено, что теперь он лицо — обязанное перед другим — не первоначальным, но производным кредитором», а также то, что «хотя право и имеет идеальный характер, но подтверждаемое им (и передаваемое вместе с ним) требование материально»¹.

Следует с уважением отметить непреклонное стремление Л. Чеговадзе отстоять материальность требования, даже при том, что право, оказывается, все же идеально (и удерживать его весьма непросто). Для этого автору пришлось объявить, что право — это не требование, а отождествивший их (например, в ст. 382 ГК) законодатель слишком «увлекся»².

С сожалением придется отметить, что непреклонность, которая не останавливается и перед уличением законодателя в легкомыслии, не только не способна остановить течение реки (город Непреклонск, как свидетельствует Щедрин, был все же смыт течением), но и лишена силы убеждения.

Конечно, нет никакого увлечения и никакой легкомысленности законодателя в том, что право и требование, поскольку речь идет об обязательстве, выступают в законе как синонимы вопреки сомнениям неувлекающихся юристов.

Право требовать (т.е. требование) совершить в пользу кредитора определенное действие — передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги (воздержаться от определенного действия) (ст. 307 ГК) — тем и отличается от самого действия (бездействия), что нематериально. Конечно, право (требование) может обрести форму действий (actio) — заявления иска, обращение с претензией и т.п., т.е. привести к возникновению феноменов материальных, но это уже осуществление права, или, в терминах ГК РФ, — действия по исполнению обязательства. Кстати, наиболее распространенным способом исполнения обязательства служат, как известно, действия должника, а не кредитора. В этом случае требование вообще не заявляется и материального обличия заявления (иска³) не приобретает.

От того, что исполнение, в том числе принудительное, — явление материальное, имеет в своей основе право — явление идеальное, последнее никак не становится материальным. Соответственно ни для передачи обязательственного права, ни для передачи требования (что одно и то же) не требуются никакие материальные акты. А как же быть с заявлением Л. Чеговадзе, что до извещения должника право не перешло?

Во-первых, извещение должника, конечно, — не акт передачи права. Оно может последовать как от прежнего кредитора (п. 2 ст. 385 ГК), так и от нового в порядке п. 1 ст. 385, ст. 312 ГК. Но понятно, что не может быть одновременно одного и того же права и у прежнего, и у нового кредитора. Следовательно, извещение

¹ Чеговадзе Л. К вопросу о механизме перехода права (требования) // Хозяйство и право. 2002. № 6. С. 72.

² Там же. С. 71.

³ Отличный от обязательственного права (требования), обращенного к должнику, иск (требование, обращенное к суду) является действием, т.е. материален и разворачивается уже в рамках процесса. Хотя право на иск — еще идеально. Впрочем, эта проблема (субъективного права и права на иск, осуществления права и иска и т.д.) — одна из наиболее популярных в теории процесса, и нет смысла далее о ней распространяться.

может исходить от лица, права (требования) не имеющего, а стало быть, извещение — не акт передачи права (требования).

Во-вторых, даже если должник исполнит новому кредитору без какого-либо извещения и без ознакомления с документами, подтверждающими цессию, то исполнение будет надлежащим. А надлежащим является только то исполнение, которое осуществлено по праву. (А вот когда должник, не получивший письменного извещения, исполняет прежнему кредитору, то исполнение не является, а признается надлежащим, — здесь законом вводится презумпция добросовестности должника. Эта презумпция защищает должника, но, как и всякая презумпция, может быть опровергнута.)

В-третьих, закон прямо указывает, что если должник не извещен, то новый кредитор несет риск исполнения прежнему кредитору. Но риск может нести только лицо, имеющее право. Еще важнее, что закон уже называет его «новым кредитором», т.е. лицом, имеющим право (требование) в силу ст. 307 ГК.

Стало быть, предположение, что до извещения должника право не перешло, не подтверждается. Соответственно и «попытка анализа», предпринятая Л. Чеговадзе, не кажется успешной, хотя успешно демонстрирует весь спектр вопросов, в которых нужно разобраться, чтобы понять смысл цессии.

Возвращаясь к изложению приведенного казуса, мы можем заметить, что если договор действителен, то покупатель лишается возможности ссылаться на неисполнение: право уже находится у него. Передать его иному лицу он может только посредством иной цессии. Возможно, что А. и совершил такую цессию в пользу фирмы «Бэюн», хотя этот факт не исследовался и решающего влияния на судьбу спора не имеет.

В нашем случае, впрочем, имеется письмо от продавца (колхоза) Невинномысскому маслозаводу с извещением о том, что 110 т подсолнечника следует зачислить в расчеты с фирмой «Бэюн». Это письмо в любом случае не имеет природы сделки. Колхоз в момент написания письма уже заключил договор купли-продажи права и потому лишен возможности вновь им распорядиться. Письмо можно квалифицировать как извещение прежнего кредитора должнику о совершившейся цессии. Осложнение состоит лишь в том, что вместо нового кредитора указан не А., а фирма «Бэюн». Поскольку письмо составлено по указанию А., остается неясным — идет ли речь об исполнении третьему лицу (ст. 312, 313 ГК) или о новом кредиторе. В любом случае Невинномысский МЗ обязан исполнить обязательство фирме «Бэюн». Невинномысский МЗ в указанный период переработал более 3000 т подсолнечника и передал выработанное масло фирме «Бэюн». С практической точки зрения очень трудно обосновать позицию, что в эти 3000 т не вошли те 110 т, о которых идет спор.

Теперь нам легче дать оценку доводам истца.

Итак, если договор расторгнут, то право требования осталось у А., ведь решением суда определена только судьба денег. А право, перешедшее в момент заключения сделки, осталось, следовательно, у покупателя. Довод суда, что договор в части передачи права не исполнен, не выдерживает критики: консенсуальный договор в части перехода прав в исполнении не нуждается. Те исследователи, которые пытались обнаружить этот акт исполнения (в германском праве создана для него

условная конструкция вещного договора¹, но как всякая фикция, эта конструкция должна быть прямо описана в законе), приходили к выводам, что он представляет собой некое «техничко-юридическое действие» без дальнейшего определения его природы², либо отождествляли его со сделкой, совершаемой «нередко» одновременно с соответствующим договором (прежде всего купли-продажи), с которым она «фактически сливается»³.

Эта условно отделяемая от договора сделка, по-видимому, как и германский вещный договор, должна рассматриваться как сделка, направленная на исполнение договора. Но ее существование замыкается в самом акте заключения, порождающего обязательство из договора. Очевидно, что потребовать такого рода исполнения невозможно, как и невозможно акт цессии принудительно исполнить (что лишний раз подтверждает условность всей конструкции, что отнюдь не лишает ее вполне очевидных практических удобств). Конечно, передача права может быть обусловлена, например, платежом по модели *lex commissoria* или поставлена под иное условие. И в этом случае не предполагается совершения какой-либо дополнительной «передающей» сделки. Речь идет лишь об отложении последствий уже совершенной сделки, привязывания их к определенному сторонами в договоре факту. Значит, доводы истца лишены оснований. А вот если бы договор был недействительным по каким-то основаниям, но, конечно, не по причине неисполнения, то право не перешло бы, оно бы осталось у продавца⁴. Тогда реституция действительно состоит только в возврате денег: право обратной передаче не подлежит.

Теперь предположим, что колхоз сохранил свое право (это возможно только при недействительности цессии). Тогда его письмо засчитать 110 т подсолнечника в пользу фирмы «Бэюн» имело бы значение приказа исполнить третьему лицу, даже если бы впоследствии выяснилось, что фактически он не имел обязательств перед фирмой «Бэюн». В этом случае должник считается добросовестным в силу нормы ст. 312 (385) ГК и защищен таким образом от иска кредитора об исполнении. Это значит, что только если кредитору удастся опровергнуть добросовестность должника, он сможет требовать от него исполнения. Налицо именно тот случай, когда добрая совесть имеет значение в отношениях, связанных с цессией.

¹ Подробнее см. главу о вещном эффекте купли-продажи, где обсуждается вещный договор применительно к передаче права на вещь.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая. М., 2004. С. 342.

³ Новоселова Л.А. Сделка уступки права требования и основания ее совершения // Хозяйство и право. 2003. № 7. С. 28.

С.В. Сарбаш говорит, что добросовестно исполнивший кредитору, ранее имевшему право получения исполнения, но затем его утратившему «в случае аннулирования уступки права требования», должник признается надлежаще исполнившим (см.: Сарбаш С.В. Исполнение обязательства надлежащему лицу // Хозяйство и право. 2004. № 8. С. 67). Поскольку этот тезис помещен в главу «Последствия исполнения ненадлежащему лицу», остается вопрос: признается ли исполнение надлежащим или является таковым? Ведь «вручение исполнения ненадлежащему лицу по своим последствиям приравнивается к неисполнению обязательства» (Сарбаш С.В. Исполнение обязательства надлежащему лицу // Хозяйство и право. 2004. № 8. С. 69).

⁴ ВАС РФ справедливо указывает, что недействительность сделки о цессии означает, что право не перешло к цессионарию, а осталось у cedentа (см. постановление от 29 апреля 1997 г. № 131/96. — СПС «КонсультантПлюс» и «Гарант»).

Рассуждения Л.А. Новоселовой в пользу абстрактности цессии (при том, что саму конструкцию абстрактной цессии нельзя не признать весьма желательной) мне кажутся не вполне последовательными именно в этом пункте: «Если рассматривать сделку цессии как абстрактную, то право цессионарию перешло, хотя основание перехода отсутствует (ничтожно)¹. Должник, добросовестно действовавший на основании уведомления о переходе права, должен считаться надлежащим образом исполнившим свои обязательства по договору... Последствия недействительности должны применяться между сторонами по недействительной сделке»².

Дело в том, что надлежащее исполнение является таковым независимо от добросовестности должника. Если он, даже не зная о цессии, субъективно ошибочно исполнит новому кредитору (например, полагая того только принимающим исполнение за надлежащего кредитора), то и тогда ничего не должно измениться: исполнение будет надлежащим. Но если добросовестность понимать в том смысле, что должник не мог знать о ничтожности основания цессии, то исполнение следует признать не надлежащим, а добросовестным – в этом случае прежний кредитор сохраняет возможность опровержения доброй совести должника.

Наконец, непонятно, как быть, если должник уже обнаружил ничтожность основания, а обязательство еще не исполнено. Ведь если право все же перешло, должник обязан тем не менее исполнять новому кредитору, несмотря на то, что его добросовестность исчезла. Кажется, это предположение все же ошибочно. Но если верно иное, ничтожность основания позволяет исполнить прежнему кредитору, то придется признать, что право не перешло, и тем самым поставить под сомнение абстрактность цессии.

Кредитор может отказаться от опровержения доброй совести исполнившего должника и обратиться с кондикционным иском к цессионарию. Основание этого иска – наличие права у кредитора и отсутствие права у цессионария, получившего исполнение. Исполнение, полученное без права, считается полученным без основания. Если при этом цессионарий не компенсировал полученное либо, как в нашем случае, истребовал плату назад, он обогатился не только неосновательно, но и за счет кредитора.

Теперь становится понятным правило ст. 1106 ГК, вызывающее некоторые сомнения у Л. Чеговадзе. В гипотезу этой нормы входит добросовестность должника, делающая невозможным повторное получение от него исполнения. А участие должника в соглашении о цессии, о котором говорит автор³, исключает добрую совесть должника, принявшего участие в недействительной сделке, и тем самым выводит отношения за рамки нормы ст. 1106 ГК. В случае совершения недействительной сделки цессии в части переданного по сделке имущества между сторонами сделки (прежним и новым кредитором) должны применяться нормы о реституции (ст. 167 ГК).

Следует заметить, что в тексте ст. 1106 ГК речь не идет о возврате права: оно осталось у кредитора. Если обязательство еще не исполнено, иск кредитора ограни-

¹ Нельзя забывать, впрочем, что и абстрактность цессии не позволяет передать право, которого нет у cedentа.

² Новоселова Л.А. Сделка уступки права требования и основания ее совершения. С. 30.

³ Чеговадзе Л. Уступка права требования: закон и правоприменительная практика. С. 106.

чивается истребованием документов; если при этом заявляется иск о признании права, то не потому, что право «возвращается», а для подтверждения того, что оно не «уходило». Если же право требования осуществлено, по нему получено исполнение, то восстановление прежнего положения будет означать возврат платы, полученной за недействительную цессию, с одновременным возвратом исполненного. На самом деле здесь уже применяются нормы о неосновательном обогащении, что и объясняет помещение нормы ст. 1106 в гл. 60 ГК. Характерно, что только кредитор имеет кондикционный иск, его контрагент должен защищаться в рамках ст. 167 ГК. Для кредитора же иск о реституции невозможен, так как то, что он «передал» по недействительной сделке, а именно право требования, он на самом деле не передавал.

В.В. Байбак не придает никакого значения тому факту, что норма ст. 1106 ГК помещена в гл. 60, и рассматривает ее как норму о последствиях ничтожности договора о цессии, подтверждающую, что цессия является абстрактной сделкой только потому, что в ст. 1106 ГК буквально сказано о лице, «передавшем право»¹. Между тем содержание нормы состоит не в употребленных законодателем терминах, а в установленном правиле поведения. Следуя своей логике, В.В. Байбак вынужден заявить о существовании обязанности цессионария «передать требование обратно cedentu» в силу обсуждаемой нормы². Конечно, ничего подобного в ст. 1106 ГК не говорится. Закон вообще не содержит такого иска (требования), как требование о передаче права (ст. 12 ГК³). Нет и не может быть такого обязательства в гражданском праве в принципе (ст. 307 ГК)⁴. А ведь вся гл. 60 — это глава об обязательстве.

Чрезмерное увлечение фиктивной конструкцией (к числу которых относится и отделение цессии от сделки по передаче права) чревато тем, что она начинает казаться реальной. На самом деле, конечно, никакого отдельного действия по передаче права требования не совершается, даже когда для целей удобства оборота такая фиктивная конструкция вводится в закон. Соответственно невозможно и совершить действие по возврату права требования. А значит, не возникает и такого рода обязательства. Интересно, кстати, как выглядел бы процесс принудительного исполнения такого обязательства. Известен курьезный случай, когда следователем проводился многочасовой обыск в офисе акционерного общества с целью обнаружения и изъятия акций (в бездокументарной форме). Попытка принудительного исполнения обязанности по передаче требования (как прямой, так и обратной) могла бы пополнить число таких курьезов, рассказ о которых всегда полезен для развлечения уставшей аудитории.

Последствия недействительности сделки о цессии могут состоять в одном из двух: абстрактность цессии не затрагивает ее судьбы, и право требования оста-

¹ Байбак В.В. Обязательственное требование как объект гражданского права. М., 2005. С. 146.

² Там же. Развивая свои выводы, автор, впрочем, обнаруживает противоречия в законе и находит, что «позиция законодателя трудно объяснима». Мне же кажется, что гораздо труднее было бы объяснить, как практически осуществляется «возврат права». Полагаю, что эта задача из числа неосуществимых.

³ Понятно, что здесь нельзя говорить о возможности защиты в форме признания права: признано может быть только то право, которое уже есть; иском о признании права (вполне совместимым с требованием о признании сделки недействительной) право не возвращается. Впрочем, В. Байбак и не говорит о применимости здесь иска о признании права, как, впрочем, и иного иска, предусмотренного ст. 12 ГК или иными законами.

⁴ Этот вопрос будет отдельно рассмотрен далее.

ся у цессионария, только ему и должно состояться исполнение. Либо право требования считается не перешедшим цессионарию (при каузальности цессии), и тогда исполнение должно быть произведено цеденту, но должник может получить защиту от действительного кредитора, ссылаясь на свою добрую совесть. Понятно, что правило ст. 1106 ГК указывает именно на вторую ситуацию. Ведь если бы цессия была абстрактной, то в этом правиле вообще не было бы нужды — всякий возврат в первоначальное положение исключается уже просто в силу абстрактности цессии. Смысл правила ст. 1106 ГК, повторяюсь, состоит именно в том, что если исполнение уже произведено, то нормы о реституции не применяются, а применяется только механизм кондикции — ситуация тем самым всецело охватывается гл. 60 ГК РФ. Если же исполнения не было, то вообще никакого действия, кроме разве что возвращения документов, от сторон не требуется; никакого обязательства не возникает. Обе ситуации обозначены обобщенным понятием «восстановление прежнего положения», которое определенного содержания не имеет, и в каждом случае приобретает смысл, диктуемый в первую очередь расположением нормы «о восстановлении прежнего положения» в системе гражданского законодательства.

Вспомним также, что любая ссылка на добрую совесть (а именно так обосновывает абстрактность цессии Л.А. Новоселова) означает отсутствие права, равно как и обязанности, у (не)добросовестного лица.

Иллюстрацией этого тезиса может быть и такое дело.

Владелец известных товарных знаков, обосновывавший право на них правопреемством от реорганизованного юридического лица, передал полученные товарные знаки другому лицу посредством лицензионного договора. Впоследствии прежний владелец товарных знаков смог добиться судебного решения, которым передача товарных знаков посредством реорганизации была признана ничтожной; суд решил, что права на знаки не вошли в состав полученного от реорганизованного юридического лица имущества. Соответственно оказался ничтожным и лицензионный договор: невозможно наделить другое лицо таким правом, которого не имеешь (передать то, чего нет). Тем не менее лицензиат продолжал утверждать, что он имеет право на спорные товарные знаки, поскольку не мог знать об отсутствии правопреемства в части прав на товарные знаки и потому является добросовестным.

Этот довод, конечно, является несостоятельным.

Добросовестность в первую очередь означает, что у лица, которое на нее ссылается, права нет. Поэтому в любом случае невозможно одновременно указывать на свою добрую совесть и на наличие права. Другое дело, что добрая совесть может давать защиту против обладателя права в случаях, указанных в законе. Однако описанное выше дело сводилось лишь к выяснению титулов, т.е. прав на товарный знак. В таком споре ссылка на добрую совесть в любом случае тщетна.

О ПОНЯТИИ РАЗДЕЛА ВЕЩИ И РАЗДЕЛА ЗЕМЕЛЬНОГО УЧАСТКА

До настоящего времени такое юридическое действие, как раздел вещи, не привлекало особого внимания цивилистов. Имеющиеся исследования ограничивались разделом вещи, находящейся в общей собственности.

С введением в оборот помещений (частей зданий) обнаружилось, что такого рода объекты с трудом вписываются в понятие объекта гражданского права, однако под давлением сложившейся хозяйственной практики были приняты временные и компромиссные решения, таящие, однако, в себе ряд серьезных проблем, которые будут нарастать в ближайшие годы (об этом говорилось в предыдущей главе).

В то же время в сфере оборота земельных участков уже сейчас наметились трудности, которые никак невозможно отложить на будущее.

Совершаемые ошибки ни в коем случае не могут быть терпимы даже временно. Между тем суды оказались не способны к их устранению.

Примером может служить такое дело.

Стрельцова с ноября 2001 г. являлась собственником земельного участка площадью 929 кв. м в г. Малоярославце Калужской области. Участок относился к землям населенных пунктов и был предоставлен для индивидуального жилищного и иного строительства.

2 декабря 2002 г. Стрельцова заключила договор дарения с Тофаном, по условиям которого Тофану передавался в собственность участок площадью 228 кв. м из ее участка.

25 декабря 2002 г. Тофан получил свидетельство о государственной регистрации права собственности на земельный участок площадью 228 кв. м, расположенный на землях поселений, предоставленный для индивидуального жилищного и иного строительства по тому же адресу, по которому находился земельный участок, предоставленный Стрельцовой. Сразу после этого Тофан начал на своем земельном участке строительство жилого дома.

Стрельцова оспаривала договор дарения в суде, ссылаясь, в частности, на то, что на самом деле отношения сторон носили возмездный характер. В иске Стрельцовой было отказано.

В надзорной жалобе Стрельцова указывала и на то, что договор дарения части земельного участка невозможен, поскольку такого объекта права собственности, как часть земельного участка, не существует. Суд в нарушение закона не обсудил вопрос, является ли земельный участок, принадлежащий Стрельцовой, делимым, а также вопрос, соблюден ли порядок раздела земельного участка.

Едва ли можно сомневаться в том, что приведенный спор относится к числу достаточно распространенных, а принятое судом решение, санкционирующее отчуждение земельных участков частями в рамках договоров об отчуждении объектов недвижимости, представляет ощутимую угрозу всему обороту недвижимости, способную создать в этой весьма чувствительной сфере полный хаос.

Из решения суда и принятых по делу Стрельцовой иных судебных актов видно, что суд даже не заметил проблемы делимости земельного участка и связанной с ней проблемы раздела объекта права (вещи). Между тем эта проблема относится, как уже говорилось, к числу самых неотложных.

Понятно, что Стрельцова не могла иметь в собственности одновременно и свой участок площадью 929 кв. м, и участок площадью 228 кв. м, собственником которого стал Тофан. У Стрельцовой был только один земельный участок, которым она и была вправе распоряжаться. Второй участок мог появиться не иначе как в результате раздела этого земельного участка площадью 929 кв. м, принадлежащего на праве собственности Стрельцовой.

Но в том договоре дарения, который был предметом спора, ничего не говорилось о разделе земельного участка. Не имелось никакого акта раздела, совершенного Стрельцовой, помимо дарения.

Как же возник земельный участок в 228 кв. м?

Очевидно, что для ответа на этот вопрос требуется предварительно понять, что такое раздел вещи, в том числе земельного участка, и какое место занимает это действие собственника среди юридических фактов, приводящих к возникновению права собственности на вещи, возникшие в результате раздела.

М. Пискунова, обсуждая вопрос делимости земельного участка, пишет, что раздел участка как система определенных действий не является сделкой. Я бы согласился с этим, имея в виду раздел земельного участка как процесс, как «работы». Однако трудно согласиться с тем, что раздел не является сделкой, потому что не является действиями самого собственника и требует, кроме того, актов специальных органов, а именно так обосновывает свой вывод М. Пискунова¹.

Дело в том, что изъявление воли (сделка) не может совпадать с действиями, это волеизъявление осуществляющими (не выражающими), хотя в жизни мы часто судим о содержании воли по тем исполнительным действиям, которые совершает субъект волеизъявления. В этом смысле действия по разделу земельного участка и не могут быть сделкой. Вопрос в том, какова природа того решения о разделе, которое, еще не будучи исполнено, принимает собственник участка. Ведь острота нашего дела в том и состоит, что в договоре дарения выражена одна только воля без ее материального осуществления и без реализации.

Конечно, наша проблема не может быть решена только отсылкой к тому, что раздел происходит с участием иных лиц и органов, кроме собственника, поскольку вообще исполнение сделки (если решение о разделе — сделка) вполне может осуществляться иными лицами по указанию или поручению собственника, тем более что собственнику в принципе доступно совершение раздела земельного участка, если не затрагивать формальную сторону этого процесса, понимая, конечно, насколько она велика, когда речь идет о недвижимости².

В центре проблемы как раз находится вопрос, можно ли считать действия собственника, выражающие вонне волю на раздел, сделкой. И если это сделка, то какие права и для кого она создает?

Понятно, что вопрос выходит за рамки раздела земельного участка и затрагивает более широкую сферу, описывающую соотношение воли и действий, идеального и материального в праве. И только обратившись к этой более широкой сфере понятий, к базовым юридическим конструкциям, можно, как представляется, сориентироваться в поставленном вопросе.

Объект права не может создаваться сделкой или волеизъявлением. В тех случаях, когда говорят о соглашении о разделе, оно, как и всякое соглашение, должно

¹ Пискунова М. Делимость земельных участков // Бизнес-адвокат. 2003. № 10.

² В соответствии со ст. 68–70 ЗК РФ, ст. 1, 7 Федерального закона от 2 января 2000 г. № 28-ФЗ «О государственном земельном кадастре», ст. 1, 3, 16 Федерального закона от 18 июня 2001 г. № 78-ФЗ «О землеустройстве» новый земельный участок не может быть сформирован (в том числе посредством раздела) никем иным, кроме уполномоченного государственного органа по земельным ресурсам и землеустройству.

все же быть исполнено. Воля вообще сама по себе не творит ничего материального¹. Потому и сделка непосредственно права собственности не создает (что не является выводом, вытекающим из вышеобозначенного, о том, что объект права собственности не может быть создан одной только волей, так как этот тезис верен и для уже существующих объектов).

Представим случай соглашения относительно делимой вещи: несколько собственников делят 8 т зерна. Едва ли можно сомневаться в том, что зерно будет поделено не только волей, но и физическими действиями по его разрознению. Заметное сходство с действиями по отбору товара, в ходе которых и возникает предмет договора купли-продажи, и индивидуализируется объект права собственности, совершенно закономерно.

Делимая вещь только потенциально содержит в себе другие вещи, но до раздела является все же одной вещью — объектом одного права. Поэтому раздел представляет собой возникновение новых вещей посредством определенных фактических действий, которые заложенные в вещи возможности превращают в реальность. Именно реальность вещи (возникающая здесь тавтология (*res* — это вещь) лишь подтверждает верность тезиса) заставляет признать, что существующая в потенциции возможная вещь не может реализоваться иначе как реальным, фактическим, материальным способом.

Понятно, что мы должны все время избегать вторжения в сферу физического бытия вещи, ибо вещь — понятие юридическое, социальное. В этом смысле нельзя забывать, что вещь существует явно. И явно для всех, иначе она не может быть объектом права собственности. Если делимая вещь являлась единой для всех субъектов оборота, то она не может прекратить своего существования для сторон соглашения и оставаться прежней для других. Ошибочным было бы считать, что такую функцию может играть акт регистрации: он только регистрирует факты, но не создает их.

Весьма важным уже для проблемы собственно земельного участка как объекта права является выяснение того обстоятельства, что земельный участок создается установлением его границ². Без границ земельный участок существовать не может.

Право установить границы принадлежит собственнику, поскольку мы ведем речь о разделе. Хотя можно говорить в известном смысле о границе как о продукте геометрии, т.е. находить в ней идеальное содержание, все же свести границу земельного участка исключительно к числу или иному идеальному по своей природе явлению невозможно. Граница должна быть проведена на земле. Это действие носит материальный характер, тогда как любые чертежи и планы лишь отражают эту процедуру. Фактом является физическое установление границы на земле. Причем это должно делаться таким образом, чтобы границы оказались явно существующими.

¹ Именно в этом уязвимость теории исполнения обязательства как сделки (в сентябре 2005 г. дискуссия по этому поводу велась на защите в МГУ докторской диссертации С.В. Сарбашем, который развивает эту теорию до вывода об исполнении как сделке двусторонней, в которой участвуют и должник, и кредитор). Хотя нельзя отрицать, что представление об исполнении обязательства как сделке должника, направленной на освобождение от обязанности, недалеко от реальности, трудно не заметить все же, что предметом обязательства не может быть сделка (об этом уже говорилось выше).

² Все определения земельного участка, вытекающие из действующего законодательства, непременно содержат упоминание границ. См., например: *Крассов О.И.* Юридическое понятие «земельный участок» // *Экологическое право.* 2004. № 2. С. 12–17.

щими для любого лица, ведь речь идет об абсолютном праве. Имеются в виду традиционные способы, такие, как установление пограничных камней, посадка насаждений по границе, возведение оград, наконец, просто проведение межи путем «пропахивания» земли¹ (межа, кстати, являлась особым объектом охраны в архаичном праве). Если собственник только указал те границы, которые он собирается провести, то раздел еще не совершен. В отличие от двустороннего соглашения, содержание которого может доказываться его сторонами, решение о разделе не может быть предметом доказывания.

Обращение к Инструкции по межеванию земель, утвержденной Комитетом Российской Федерации по земельным ресурсам и землеустройству 8 апреля 1996 г.², позволяет убедиться, что для межевания (а это и есть проведение границы) в качестве межевых знаков применяются бетонные пилонны, бетонные монолиты, железные трубы, пни, деревянные столбы и пр., причем межевые знаки размещают на всех поворотных точках границы земельного участка, кроме границ, проходящих по «живым урочищам» и линейным сооружениям, совпадающим с границами земельного участка (п. 4.3 Инструкции). Как не может быть участка без поворотных точек (ибо участок не может быть описан прямой линией), так не может быть межевания без установления знаков.

Межевание определяется как «работы» (в указанной инструкции) или как «мероприятия» (в законе о земельном кадастре), т.е. как, несомненно, фактические действия. Работы и мероприятия не тождественны, конечно, изъявлению воли (сделке) в чистом виде.

Особый статус межевых знаков столбы и монолиты приобретают, конечно, поскольку устанавливаются компетентными органами, но в принципе действия по установлению столбов и «линейных сооружений» (т.е. заборов, оград и т.п.) доступны и частным лицам (которые, нужно отметить, нередко этим и занимаются), хотя они приобретут лишь характер частного раздела, но еще не межевания как процедуры с публичным эффектом. Кстати, смыкание межевания и частных действий хозяина участка и проявляется тогда, когда имеющимся «линейным сооружениям» придается значение межевого знака.

Межевание проводится наряду с прочим и в случаях купли-продажи земельных участков или «части земельного участка» (понятно, что после продажи часть становится иным земельным участком).

В свою очередь присвоение новому земельному участку кадастрового номера, т.е. его юридическое создание как объекта права, возможно лишь после представления документов о межевании (ст. 19 Закона о государственном земельном кадастре). Следовательно, создание земельного участка никак не может миновать стадии проведения «работ» и «мероприятий» по межеванию, которые являются действиями фактическими.

Проведение границы на бумаге – имитация обозначения ее на поверхности подобно тому, как указание на земельный участок рукой – имитация его обхода. Как

¹ Пункт 4.1 Инструкции по межеванию земель, утвержденной Комитетом Российской Федерации по земельным ресурсам и землеустройству 8 апреля 1996 г.

² См. также Методические рекомендации по проведению межевания объектов землеустройства (в ред. письма Росземкадастра от 18 апреля 2003 г.)

и любая имитация, это действие не имеет собственного содержания, и все, на что оно способно, — это отослать к отображаемому им процессу и тем самым подтвердить его незаменимость. Нужно, впрочем, отметить, что и проведение границы на бумаге — это тоже акт по своей природе материальный, а не мысленный.

Поскольку любое фактическое действие — это осуществление плана (термин, имеющий самое прямое отношение к земельным участкам), первоначально возникшего как воля на само действие, мы должны отграничить эту волю на установление границы и тем самым создание (раздел) земельного участка от ее осуществления.

Сделка — это волеизъявление. Материальный характер сделки, позволяющий отнести ее к фактам, состоит в том, что воля изъясняется вовне путем материализации в том или ином действии лица. Действие материально, но это еще не работы и не мероприятия.

Создаваемые сделками обязанности исполняются тоже действиями обязанного лица. Вот эти действия, исполняющие сделку, — уже работы и мероприятия.

Очевидно, что раздел общего имущества (ст. 252 ГК) может быть вписан в эту известную юридическую конструкцию, если мы обратимся, например, к соглашению сособственников о разделе общего имущества. Соглашение является сделкой, предполагающей исполнение, причем именно в процессе исполнения и возникают новые вещи, объекты права и тем самым и новое право собственности. Если вещь делима, то исполнение будет состоять в отделении одних вещей от других и установлении владения ими каждым из бывших совладельцев¹. Ведь только для общей собственности и пока она существует действует правило, в силу которого владение одного из совладельцев считается владением всех.

Если же вещь неделима, то раздел, как хорошо известно, предполагает определенные фактические действия по переустройству, изменению такой вещи: возведение перегородок, устройство выходов и т.п. Характерно, что действия по разделу (выделу) дома именуются именно «работами»². С юридической точки зрения они рассматриваются как создание новых вещей. Возможна, однако, и ситуация выплаты компенсации совладельцу или совладельцам с передачей вещи в собственность одного из них. В этом случае, кроме установления денежного обязательства, общая собственность прекращается и новой вещи не возникает. Стало быть, мы можем видеть, что посредством одного только соглашения о разделе без каких-либо материальных, фактических действий новая вещь возникнуть не может.

Мы обнаруживаем уже известную нам закономерность: если обязательственные права возникают непосредственно из сделок, то право собственности требует сложного юридического состава, в который кроме сделок непременно входят и определенные фактические действия или иные факты, с которыми закон увязы-

¹ Ничего не меняется, если совладельцы договорились о сохранении владения за одним из них на оговоренный срок наподобие *constitutum possessorium*. В этом случае владелец, ведущий владение для других, вступает с ними в договорные отношения по поводу владения, что предполагает, конечно, отделение своих вещей от чужих, иначе договор попросту не может быть исполнен.

² См. п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 1980 г. № 4 «О некоторых вопросах, возникших в практике рассмотрения судами споров о выделе доли собственнику и определении порядка пользования домом, принадлежащим гражданам на праве общей собственности».

вает возникновение собственности или, как говорил Савиньи, право собственности возникает силою правопорядка¹.

Имеется ли изъятие из этого правила для раздела вещи? Может ли она (и тем самым право собственности на нее) создаваться лишь силой воли, одним только волеизъявлением собственника?

Мы уже убедились, что раздел общей вещи не приводит сам по себе, без фактических действий², к возникновению новых вещей.

Но ГК РФ говорит о разделе и применительно к понятию делимой вещи (ст. 133). Однако эта норма, описывающая свойства самой вещи, не позволяет считать раздел чем-либо иным, кроме как фактическими действиями собственника по преобразованию, изменению вещи таким образом, что возникает несколько вещей. Поскольку с точки зрения оснований возникновения права собственности здесь в основном применимы нормы ст. 218 и 220 ГК, мы можем предположить, что в известных случаях субъектом раздела может быть и лицо, перерабатывающее вещь, т.е. несобственник. Но в любом случае раздел вещи применительно к ст. 133 ГК — это, конечно, фактическая деятельность собственника или лица, которое действует для него и по его заданию (например, в рамках подряда).

Норма ст. 133 ГК РФ, указывающая на отношения собственника с собственной вещью, конечно, ориентирована на осуществление права собственности как права абсолютного, не требующего содействия иных лиц.

Если считать волеизъявление о разделе своей вещи односторонней сделкой собственника, то возникает вопрос: допускаются ли такие сделки действующим ГК РФ?

Вопрос уже поднимался в связи с проблемой возникновения права общей собственности на здание. По буквальному смыслу ст. 244 ГК собственник неделимой вещи не может совершить сделку, в силу которой у другого лица возникает право на долю в общей собственности. Ведь логически невозможно создать общую собственность односторонней сделкой.

Применительно к делимым вещам общая собственность возникает лишь в силу соглашения, т.е. односторонняя сделка также исключается.

В то же время на практике такие сделки, когда собственник создает другому лицу долю в своей вещи и тем самым создает общую собственность, совершаются. Совершаются и сделки по отчуждению части здания в виде помещения с возникновением у приобретателя права собственности на помещение. Такая практика не может быть признана, как уже говорилось, корректной. Но, признавая сложившиеся хозяйственные реальности, запретить ее невозможно. Речь может вестись лишь о ее легализации путем, например, введения в закон фикции принадлежности собственнику 100% долей в принадлежащем ему объекте недвижимости. Если следовать этим путем, то собственник земельного участка может, кажется, получить пра-

¹ Хочу специально подчеркнуть, что это вывод относится именно к возникновению права собственности. Для создания личной обязанности не нужно механизмов, создаваемых правопорядком, достаточно сделки, в силу которой лицо берет на себя обязательство (ст. 155 ГК).

² Оговорка требуется на тот случай, когда исполнение обязательства рассматривается как сделка. Но для нашей проблемы это доктринальное усложнение никакой роли не играет. Дело в том, что исполнение обязательства может считаться сделкой постольку, поскольку направлено на прекращение обязанности должника. Но собственник при осуществлении своего права должником не является. Поэтому говорить об исполнении обязательства применительно к односторонним сделкам не приходится.

во на совершение односторонней сделки по разделу своего участка. Эта сделка исполняется, осуществляется им путем фактического раздела участка. Фактический раздел, т.е. осуществление сделки о разделе, включает в себя прежде всего и как необходимое условие установление границ вновь созданных земельных участков.

Тем не менее решение собственника о разделе своей вещи (не только земельного участка — это нужно отметить, чтобы не усложнять начальный анализ действиями государственных органов), хотя оно и имеет черты сделки, отличается настолько большой спецификой, что квалификация этого решения требует многих оговорок.

Прежде всего, решение о разделе не создает никаких обязанностей для собственника и не дает никаких прав в части раздела иным лицам, в том числе связанным с собственником обязательственными правоотношениями. Кредитор собственника не может истребовать от него вещь, подлежащую передаче, по правилам ст. 398 ГК, если вещь юридически не существует. В то же время норма ст. 398, равно как и иные нормы ГК, не обязывает собственника к совершению каких-либо действий, направленных на создание своей вещи (в рамках подряда требование заказчика направлено на создание чужой для подрядчика вещи).

Из решения собственника о разделе не возникает способных к передаче в порядке как сингулярного, так и универсального правопреемства прав и обязанностей.

Решение собственника о разделе некоторыми чертами напоминает вещный договор германского права, кроме только того, что такое решение не является фикцией. Главное сходство видится в том, что акт раздела — это видимое, реальное действие собственника, только из которого непосредственно следует вещный эффект — прекращение существования прежней вещи и возникновение новых. Юридическое содержание акта раздела уже после того, как раздел осуществлен, выводится из воли собственника, хотя волеизъявление, направленное на раздел, само по себе вове не всегда проявляется, а если и проявляется в форме, например, заявления или обещания собственника, то само по себе юридического эффекта в виде возникновения новых вещей не производит.

От вещного договора акт раздела отличается своим содержательным характером: вещь реально, на самом деле, делится, проводятся границы, разделяются партии товара и т.д. Поэтому раздел не может замещаться условными фактами, как это постоянно делается с вещным договором, когда акт передачи вещи замещается каким-то иным фактом, к которому прибавляется фикция волеизъявления на передачу собственности.

Важным является вопрос: допустимо ли участие иных, кроме собственника, лиц в разделе вещи как только волевым, юридическом акте, акте волеизъявления?

Если в договоре собственника с иными лицами так или иначе содержится условие о совершении раздела принадлежащей собственнику вещи, то придется, конечно, признать совершение раздела выходящим за рамки двусторонних обязательств сторон. Например, если собственник обязуется продать треть имеющегося у него табуна породистых лошадей либо треть розового сада (ничего не изменится, если будет указано точное число лошадей или розовых кустов), то покупатель должен ожидать отделения подлежащих продаже вещей, т.е. раздела, и не вправе сделать это по своей воле. В то же время раздел вещи не является условием совершенного договора (ст. 157 ГК), и продавец, естественно, отвечает за неисполнение договора.

Конечно, вещь может разделяться прямо в процессе заключения договора (это применимо к движимым вещам). В этом случае, однако, не следует говорить о том, что заключение и исполнение договора совпадают. Совпадают здесь моменты совершения собственником акта раздела (который не является исполнением обязательства и в отношении которого покупатель не имеет права требования) и заключения договора об отчуждении созданных в результате раздела вещей. И только в части передачи последних можно было бы говорить о совпадении моментов заключения и исполнения договора.

Обратившись теперь к сделкам об объекте недвижимости, мы можем видеть, что акт раздела уже только потому не может совпадать с договором об отчуждении вновь создаваемых объектов недвижимости, что в момент заключения договора об отчуждении этих объектов их еще не существует как объектов права собственности в силу известного правила о регистрации права собственности на вновь созданную вещь (ст. 219 ГК).

Было бы крайним пуризмом считать невозможным включение в договор об отчуждении вещи и условия о создании ее путем раздела, понимая при этом, что раздел — односторонний акт собственника, а не соглашение с иным лицом. Но нельзя забывать, что даже если в процессе заключения договора покупатель ставится в известность об условиях раздела, т.е. ему, скажем, демонстрируются границы участка, его расположение, то предмет договора тем не менее отсутствует. Если в договор включены условия раздела, то это еще не дает покупателю права требовать регистрации права собственности на вновь созданный участок, так как такое право возникает только для самого собственника, ведь именно он производит раздел. Закон не допускает возможности регистрации прав из сделки (акта) за лицом, которое этой сделки не заключало. Кроме того, указание границ и проведение границ — не одно и то же. В первом случае только контрагент осведомлен о границах участка, т.е. о содержании решения о разделе. Но границы должны быть явными для всех, т.е. проведены так, чтобы вещь возникла, появилась. А появиться можно лишь явно.

Тем более покупатель лишен права самостоятельно произвести межевание, определить границы объекта недвижимости независимо от того, насколько ясно выражал свою волю на это собственник. Действия по разделу вещи — право собственника, которое не может принадлежать никому, кроме него. Понятно, что и суд не вправе разделить вещь по требованию кредитора.

Раздел вещи для целей конкурса¹ — это одна из распорядительных возможностей, вытекающая из несостоятельности собственника. Сам по себе раздел вещи несостоятельного должника — лишнее свидетельство тому, что в обычном состоянии только собственник, и никто иной, имеет право раздела.

Возвращаясь вновь к вопросу о природе решения собственника о разделе вещи, которое мы с большими сомнениями отнесли к числу односторонних сделок, заметим следующее.

Такая сделка в любом случае может совершаться только собственником. Очевидно, что фактические действия по разделу, конечно, предполагают участие под

¹ Тот факт, что закон предписывает продать имущество и разделить деньги, — это требование практики, поскольку раздел имущества в натуре влечет острые конфликты между кредиторами, «подобен войне, подвергающей страну опустошению» (Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс. М., 2000. С. 418).

контролем собственника и для собственника иных лиц (кроме случаев несанкционированной переработки, которые, конечно, занимают маргинальное положение в нашем обсуждении и не имеют сколько-нибудь значительного влияния на общий ход рассуждений). А вот раздел как сделка, как юридический акт — это реализация права на уничтожение вещи. Очевидно, что такое право принадлежит исключительно собственнику.

Решение о прекращении существования своей вещи и создании из нее новых вещей собственник может принять только лично. Иные лица таких решений принимать не могут. Их соучастие в решении собственника является недопустимым, так как вступает в конфликт с ведущим правилом об исключительности собственности, и юридически ничтожно. Один из главных выводов из этого суждения состоит в том, что любые соглашения о разделе вещи между собственником и несобственником ничтожны. Частным случаем этого вывода является другой — часть вещи (часть участка) не может быть предметом обязательства о передаче вещи, что, впрочем, вполне очевидно, так как часть вещи не является объектом права (ст. 128 ГК)¹.

Понятно, что никто не вправе требовать от собственника реализации его волеизъявления о разделе, если такое волеизъявление состоялось, как, впрочем, и собственник не вправе требовать от кого-либо осуществления (исполнения) его решения о разделе вещи. При этом договор собственника с иными лицами о фактических изменениях вещи (перестройках, межевании, различных переработках) — это не сделка о разделе.

Решение собственника о разделе своей вещи по своей сути (а суть эта состоит в осуществлении права собственности) имеет ту же природу, что и решение об уничтожении вещи, ее переработке, отказе от права собственности, т.е. во всех случаях собственник принимает решение совершенно самостоятельно (иначе это не будет осуществлением права собственности) и осуществляет его по своему усмотрению. Поскольку само по себе это решение не создает собственнику никаких обязанностей перед третьими лицами, а значит, не дает им никаких прав, оно не может быть отнесено к числу сделок по буквальному смыслу ст. 153 ГК. Но в то же время решение собственника может быть отделено от действий по его реализации, хотя в жизни мы чаще всего судим о содержании решения по тому, как оно осуществлялось.

Это взятое изолированно решение собственника, его воля на определенное им же осуществление своего права может быть им выражена вовне, и тогда эта воля приобретет вид волеизъявления, т.е. материализуется, станет фактом. Такой факт — волеизъявление по своим внешним признакам совпадает со сделкой. Причем, если это волеизъявление отделено от другого факта — осуществления собственником своего решения, то возникает вопрос, который и представляет для нас непосредственный интерес, — о юридическом значении этого волеизъявления. В сфере частного права такое волеизъявление, как уже говорилось, не создает прав и обязанностей ни для собственника, ни для третьих лиц, а его осуществление самим собственником лишь изменяет, прекращает его право собственности, но все же не создает относительных прав.

¹ Обоснованию этого тезиса посвящена статья С.А. Степанова (*Степанов С.А. О неделимости объектов недвижимости (постановка направлений исследования) // Цивилистические записки: Межвуз. сб. науч. тр. Вып. 4. М., 2005. С. 183 и сл.*).

Но в сфере публичного права волеизъявление собственника может играть ту роль, которая, видимо, состоит в санкции на вторжение органов публичного права в сферу автономии собственника, поскольку такое вторжение необходимо для осуществления права собственности. И вот если считать возникновение у органов публичной власти полномочий (компетенции) некоторым «юридическим эффектом» волеизъявления собственника, то тогда его решение приобретает не только внешний вид сделки, но и определенные черты сходства с нею по существу.

Именно в этом смысле, как представляется, в Требованиях к оформлению заявок о постановке земельных участков на государственный кадастровый учет, утвержденных приказом Росземкадастра от 13 июня 2001 г. № П/115, говорится о том, что «заявитель совершает одностороннюю сделку по слиянию или разделению принадлежащих ему земельных участков». Однако, учитывая, что кадастровый учет проводится после установления границ в натуре, скорее всего практически налицо будут не только заявление о разделе (слиянии), но и действия по его осуществлению.

Возвращаясь к нашему делу, мы можем теперь убедиться в том, что договор об отчуждении части земельного участка, как бы она ни была описана, а тем более, если речь идет только об указании количественных параметров, является ничтожным. Такой договор не может быть исполнен и не порождает у приобретателя никаких прав на имущество — ни вещных, ни обязательственных.

Отчуждению земельного участка, ранее являвшегося частью другого участка, обязательно должны предшествовать односторонние действия собственника по созданию участка, начиная от принятия такого решения (которое само по себе не устанавливает каких-либо обязанностей собственника) до его осуществления путем установления границ участка и придания ему качеств объекта права посредством кадастрового учета и регистрации.

В рассмотренном деле имеется и другое нарушение основ земельного законодательства, которое ввиду его простоты и очевидности не нуждается в пространном анализе.

В соответствии со ст. 33 ЗК РФ обязательным критерием делимости является соблюдение предельных (максимальных и минимальных) размеров земельного участка. Согласно п. 1 ст. 33 ЗК РФ предельные размеры участков для индивидуального жилищного строительства устанавливаются нормативными правовыми актами органов местного самоуправления. В п. 3 ст. 20 Федерального закона «О государственном земельном кадастре» установлено, что в проведении государственного кадастрового учета земельных участков должно быть отказано в случае, если площадь земельного участка, в отношении которого должен проводиться государственный кадастровый учет, меньше минимального размера, установленного в соответствии с нормативными правовыми актами органов местного самоуправления. Так, в г. Малоярославце законодательно установленный минимальный размер участка для индивидуального жилищного строительства составляет 400 кв. м. В нашем деле постановлением городского головы Тофану было дано разрешение на строительство жилого дома на земельном участке площадью 228 кв. м, что следует признать актом, принятым сверх полномочий, так как по существу глава муниципального образования ревизовал нормативный акт о предельно допустимом размере земельного участка, предназначенного для строительства.

В завершение следует проанализировать дело, рассмотренное относительно недавно ВАС РФ, в котором затронуты некоторые аспекты обсуждаемой проблемы.

Предприниматель приобрел в собственность по договору, заключенному с комитетом по управлению государственным имуществом, земельный участок, на котором находился объект, принадлежащий ему на праве собственности, — производственное здание (механосборочный цех), и объект, принадлежащий ООО «СТП», — здание электроподстанции № 5.

Общество «СТП» оспорило договор в части приобретения того земельного участка, который предназначен для обслуживания здания электроподстанции. Суды первой, апелляционной и кассационной инстанций в иске отказали, сославшись на то, что при продаже здания электроподстанции № 5 к новому собственнику могло перейти только право пользования земельным участком, на котором расположен этот объект недвижимости.

Президиум ВАС РФ, рассматривая спор в порядке надзора, указал, что право на приватизацию земельного участка в силу ст. 36 ЗК РФ принадлежит только собственникам зданий, строений, сооружений, расположенных на земельном участке. При этом исключительный характер права на приватизацию земельного участка означает, что никто, кроме собственника здания, строения, сооружения, не имеет права на приватизацию земельного участка, занятого этим зданием, строением, сооружением (п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 24 марта 2005 г. № 11).

При названных условиях приватизация земельного участка субъектом права постоянного (бессрочного) пользования этим участком в той его части, которая необходима для использования собственником (третьим лицом) объекта недвижимого имущества, на нем расположенного, не основана на законе, поскольку нарушает исключительное право последнего на приватизацию данного земельного участка.

По этим основаниям состоявшиеся судебные акты отменены в части, договор купли-продажи земельного участка между предпринимателем и комитетом признан недействительным в отношении площади данного участка, занятой электроподстанцией № 5 и необходимой для ее использования¹.

Позиция Президиума ВАС РФ по существу означает возможность признания части участка предметом отдельных гражданских прав и обязанностей. Как я пытался выше показать, часть земельного участка не может считаться объектом права собственности (что касается пользования, то как право относительное, установленное договором, оно возникает по отношению к собственнику и тем самым не столь жестко связано с квалификацией предоставляемого в пользование имущества с точки зрения объектов гражданских прав).

Понимая, что рассмотренный спор является не только сложным сам по себе, но и указывающим на достаточно распространенную практику, связанную с наличием нескольких хозяев у вышедших из эксплуатации производственных объектов, важно все же найти выходы из таких повторяющихся ситуаций, не вступающие в конфликт с нормой ст. 128 ГК.

Мне уже приходилось писать о необходимости такого толкования ст. 36 ЗК РФ, которое позволило бы собственнику здания, сооружения, строения, помещения устанавливать своим личным заявлением (без множественности на стороне

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 5 июля 2005 г. № 15524/04.

заявителя) право общей долевой собственности на земельный участок в порядке приватизации. Иначе обязательно будут возникать юридические тупики¹. К сожалению, пока эта вполне отвечающая смыслу закона позиция не находит поддержки на практике, что и приводит к неразрешимым ситуациям.

Другой вариант, выходящий за рамки ст. 36 ЗК РФ, состоит, как это показано выше, в предварительном разделе делимого земельного участка с последующим отчуждением вновь созданного участка. Но вот распоряжение частью земельного участка, конечно, исключено. Трудно согласиться поэтому и с применением к таким случаям нормы ст. 180 ГК о возможности признания сделки недействительной в части, поскольку частичная недействительность сделки возможна лишь тогда, когда оспариваемая сделка может быть представлена как две или более сделок. Иными словами, норма ст. 180 ГК не вносит ничего нового в правило ст. 166 ГК: недействительной может быть признана только вся сделка. Поэтому, когда закон говорит о недействительности части сделки, имеются в виду лишь те сделки, которые могут быть представлены как несколько сделок. При неделимости предмета сделки это обычно невозможно.

Состояние проблемы все же требует вернуться к вопросу о части земельного участка. В некоторых нормативных актах часть участка упоминается. Упоминается она, что гораздо более существенно, в сделках, например, аренды.

Обоснованием того, что части земельного участка могут быть объектом права, является уверенность в том, что они «реально существуют и в определенных случаях могут находиться в обороте, если они надлежащим образом в соответствии с действующими правовыми нормами выделены на планах земельных участков, частями которых они являются»².

Эта уверенность известна нам по дискуссии о понятии недвижимости. Немало юристов, не говоря уже о иных литераторах, уверены, что недвижимость существует сама по себе, независимо от всяких юридических процедур, потому что это — явление реальности.

На самом деле, как мы уже говорили, понятия реальности, пригодного для использования в сколько-нибудь строгой системе понятий, не существует. Несомненно только идеальное. Реальные же явления всегда должны быть очерчены, определены. В некоторых случаях для вещей применимым является понятие физического тела, но оно далеко не универсально, и вещи оказываются то сложнее, то проще, чем соответствующее тело (причем даже вопрос об этом соответствии едва ли может быть всегда удовлетворительно решен). На самом деле под реальностью, когда имеют в виду дом или участок, понимают некоторую совокупность чувственно воспринимаемых качеств, ускользающих от логического выражения. Этот примат чувственности над разумом с его стремлением к понятиям и остается главным аргументом в споре, что само по себе было бы вполне терпимым, если бы спор не был спором о понятии.

Ну что такое земельный участок в реальности? Часть поверхности, определенным образом когда-то отделенная от других частей. Это отделение (нужно сно-

¹ Подробнее этот вопрос рассматривался выше.

² *Бадулин О.* Часть земельного участка как объект земельных отношений // *Хозяйство и право.* 2006. № 1. С. 93.

ва это подчеркнуть) не является отделением физическим, не отделяет одно тело от другого. Это отделение, имеющее хозяйственный смысл, внешне представляет собой некоторые безразличные для физической субстанции, т.е. никак не меняющие земную поверхность, действия, акты по установлению границ. Этим границам придается юридическое значение, и так возникает участок. Реальности здесь нет нисколько, ну разве что границы проводит реальное лицо в реальном же пространстве. Но вот если эту реальность увидит иной субъект, не знающий ничего ни о кадастре, ни о реестре, он, конечно, никаких участков не заметит. А знаки (если они сохранятся) границ для него будут просто колышками или веточками. Представим, что европейский исследователь изучает хозяйство африканских племен. Он не сможет найти границ на принадлежащих племени землях, да и понять, о каких землях вообще идет речь, пока ему не сообщат о тех юридических способах установления границ, которые там применяются. Можно «почувствовать» границу и иначе — по поведению охраняющих ее людей (один западный экономист с юмором отмечал, что система частного владения лучше всего понимается, когда одну сторожевую собаку, не осведомленную об общинных правах на землю, сменяет на полях другая по мере продвижения с одного участка на другой). Но вот этот способ обнаружения с наибольшей убедительностью обнаруживает стершееся до незаметности обстоятельство — социальную, а не физическую (реальную) природу признаков земельного участка (да и объектов права).

Из сказанного следует, что истиной является как раз то, что в реальности земельного участка нет. Он создается действиями людей (при том, что земная поверхность людьми не создана) и существует только в рамках данного общества, социума, т.е. как феномен социальный, юридический, а не реальный. Границ нет в природе (реальности), они есть только между людьми. А без границ нет ни участка, ни его части.

Теперь обсудим довольно популярный вопрос о возможности аренды части участка. Немалую путаницу в сам анализ аренды вносит ошибочное представление о том, что собственник, якобы распоряжаясь вещью, передает арендатору «правомочие владения». Подробнее проблему «триады» и некоторые вытекающие из этого примитивного взгляда ошибки и заблуждения мы рассматривали выше. Некоторые иные ошибки, такие, как «вещное право владения», будут затрагиваться при анализе владения. Здесь придется повторить, что собственник никаких прав никогда не передает, как и передачи прав вообще никогда не бывает. Но применительно к собственности имеется и другое обстоятельство: никакие сделки, кроме сделок отчуждения вещи, нисколько не умаляют права собственности; оно постоянно остается тем же и принадлежит собственнику.

Передача вещи по иному договору, кроме договора об отчуждении вещи (такая передача, напомним, не является традицией), никаких прав на вещь, вещных прав, у получателя не создает¹. Никакого «права владения» у него не возникает. Все его права — это права требования к собственнику, это — личные права. А осуществляе-

¹ Исключения должны делаться только для передачи в силу договора об установлении вещного права (скажем, хозяйственного ведения), но в большинстве своем эти вещные права, как известно, — дань требованиям переходного периода, и сами по себе они не могут иметь значения, влекущего пересмотр основных принципов частного права.

мое им владение, как и любое фактическое действие, в том числе действие по осуществлению права или обязанности, правом не является. Приходится все время повторять это простейшее правило, постоянно забываемое едва ли не большинством юристов: права — явления идеальные, а действия по осуществлению права — это уже не права просто потому, что они материальны. Владение всегда материально, уже только поэтому владение никогда не будет правом.

Другое дело, что в некоторых случаях владение (тогда оно будет законным) производится в осуществление права, исполнение обязанности (владение хранителя), а в других случаях владение ведется помимо осуществления права или обязанности (незаконное владение). Но внешне любое владение всегда будет одним и тем же, при том, что владение всегда внешнее.

Владение арендатора — это фактические действия, по осуществлению полученных прав в отношении арендодателя. Вид и объем этих действий определяются договором с собственником. И если владение собственника — это полный физический контроль над вещью, исключение от доступа к ней всех остальных, то всякое владение, основанное на договоре, будет иным, отличным от владения собственника. Контроль будет устанавливаться лишь в том объеме, в котором он необходим по условиям договора. Скажем, арендатору трех комнат для офиса не нужен контроль над лифтом, и лифт ему передаваться не будет. А арендатору здания не будут переданы служебные помещения, скрытые и подземные коммуникации, если арендодатель взял на себя обязанность обеспечения нормального функционирования и капитального ремонта здания, что обычно предполагается.

Только понимая эти очевидные вещи, можно употреблять формулировку «передача объекта во владение арендатору». Самое главное — не допустить наивного представления, что вещь передается точно так же, как при отчуждении, но на другом, более слабом праве. Сам характер и почти всегда объем владения будут иными.

Но именно от этого наивного представления и возникает идея о передаче в аренду «части вещи». Само понятие вещи как объекта права вполне применимо лишь для права собственности. Для обязательственных прав существенными оказываются качества вещи, полезные тому лицу, которое хочет вещь воспользоваться, но которые в совокупности не исчерпывают всех юридически значимых свойств вещи.

Если для приобретения вещи необходимо, чтобы она отвечала всем указанным в законе признакам, то для использования вещи достаточно, чтобы доступ к ее полезным свойствам был возможен за счет действий (бездействия) собственника в силу принятых им по договору обязанностей. Понятно, что в каждом случае речь идет о разных предметах, и во втором случае, когда мы говорим об использовании по договору, вещь не берется как объект права, в ее целостности. Поэтому можно арендовать не только часть здания, но и часть помещения, тогда как ни в первом (что, правда, пока не принято нашим законом), ни во втором случае (что не вызывает сомнения и в действующем ГК) никакого объекта права нет, потому что нет такого его юридического признака, как, например, пространственные границы, ограничивающие более или менее неизменную телесную субстанцию. Но при отсутствии этого признака есть иные, например возможность разместить оборудование или разместиться людям, которые составляют интерес арендатора. И его не беспокоит, что самих этих качеств не будет для возникновения объекта права:

он готов получить и то, что в целом объектом не является. Действиями собственника обеспечивается получение необходимых благ. Поэтому действия собственника и составляют предмет договора, и это очевидное суждение нужно принимать строго буквально, не придумывая никаких объектов второго порядка и подобных конструкций, которые не имеют почвы в законе, да и теоретической нужды в них не имеется.

Если по условиям аренды в пользование передается не весь участок, а его часть, то эти условия описывают обязанности собственника: он, во-первых, вправе оставаться на своем участке, а во-вторых, он точно указывает тот объем прав, который получил арендатор. Осуществление этих прав вполне можно описать и как владение частью участка, только понимая под этим исключительно фактические действия, как всякое материальное явление имеющие способность локализоваться¹. Вот эта локализация владения арендатора, определение пространственных параметров и понимается как «аренда части участка». Никакого права на часть участка при этом, конечно, не возникает. Право остается прежним – правом требования к арендодателю.

Если собственник описывает или даже устанавливает (чего почти не бывает на самом деле) границы части, передаваемой арендатору, то эти границы не тождественны тем границам участка, о которых говорилось выше, применительно к проблеме раздела.

Должен еще раз сказать, что установление границ – реализация воли на создание новой вещи с одновременным уничтожением старой. Действие это имеет содержание сугубо юридическое, и направленность воли предопределяет его результат. А это значит, что любое проведение границ без цели раздела не имеет юридического значения и никаких юридических последствий для судьбы участка не влечет, иными словами, не создает вещных последствий. Поэтому и занесение этих границ в реестр не может повлечь изменений в кругу объектов недвижимости (объектов права).

Поэтому регистрация в ЕГРП договора аренды части земельного участка, как, впрочем, и аренды части помещения (ст. 26 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»), конечно, никак не означает, что существует такой объект права, как часть земельного участка или часть помещения. Это лишь означает, что для договора аренды такие условия возможны, а поскольку договор является предметом регистрации, то эти условия и будут отражены в ЕГРП. В этом случае, как и во всех других, законодательство о регистрации (а это – закон публичного права) в части описания объектов может только следовать гражданскому закону, но не может объектов частных прав создавать. То же самое относится и к законам о землеустройстве и государственном земельном кадастре, поскольку эти законы допускают в качестве предмета описания часть земельного участка. Такая часть объектом гражданских прав, конечно, не является. Ее описание, совершаемое по основаниям, отличным от раздела земельного участка, изменений в правах на вещи, в строе объектов гражданских прав не производит.

¹ Право, конечно, способности занимать то или иное место в пространстве не имеет. Идеям это качество недоступно.

В ряде норм говорится о части земельного участка, необходимой для использования строения (например, ст. 64 Закона об ипотеке). В этих случаях, как уже говорилось, на часть земельного участка возникают обязательственные права, но точное определение этих прав — это права в отношении собственника земельного участка, устанавливаемые договором. На необходимость заключения договора с собственником для получения «права на часть земельного участка» прямо указывается в ст. 64 Закона об ипотеке. Объектом этого договора будут, естественно, всегда, когда появляется «часть земельного участка», обязанности собственника этого участка.

Итак, во всех случаях, когда заключаются договоры об использовании земельного участка между собственником и иным лицом, в том числе когда собственник сохраняет владение участком и возникает ситуация частичного владения участком (совладения¹), никакого нового объекта гражданских прав не возникает. Во всех этих случаях права имеют личную (обязательственную) природу, а обязанным лицом выступает собственник земельного участка. Именно поэтому важно знать, о каком участке идет речь и кто, стало быть, обеспечивает права на его «часть» своим поведением. Отсюда и ясна роль нормы п. 3 ст. 607 ГК, требующей точно описать объект аренды. Конечно, понятие «объект аренды» не может пониматься как дополняющее или конкретизирующее понятие «объекта гражданских прав» уже хотя бы потому, что в аренде права на вещи принадлежат только арендодателю (ст. 608 ГК). А арендатору принадлежат права требования к арендодателю. Иными словами, в рамках аренды новых прав на вещи, равно как и новых вещей, не возникает. Поэтому нет трудностей и с пониманием субаренды или перенайма, когда владение арендованным имуществом сохраняет собственник наряду с арендатором. В этом случае передается не «часть участка», а права (и обязанности) по договору аренды. Никакого нового объекта прав или объекта оборота, конечно, не возникает.

По поводу указания в ст. 27 Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество о том, что сервитут может устанавливаться в отношении части земельного участка, можно вновь заметить, что закон публичного права не только не в состоянии изменить частное право, но что лишь точное понимание частного права позволит понять, как применять правила публичные.

Дело в том, что сервитут вовсе не связан с осуществлением владения. Даже когда сервитут состоит в прокладке труб или коммуникаций, владение всем участком продолжает осуществлять собственник участка. А если нет совместного владения, даже совсем разного по содержанию, соподчиненного, как это бывает, например, при аренде «части» участка или здания, то нет и самого повода для описания этой «части». Обязанным по сервитуту всегда будет собственник участка, причем всего участка. Описание в кадастровом плане земельного участка, как об этом говорится в ст. 27 Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество, содержания сервитута с указанием, скажем, расположения коммуникаций как сферы действия сервитута, это — всего лишь способ конкретизации самого вещного права, но не возникновение иного объекта права. Да и объект, представленный

¹ Савиньи, впрочем, допускал совладение участком. Но в данном случае я веду речь не о совладении, а о том, что обязательственная связь, в отличие от вещной, возникает не на вещь и потому не коренится в объекте права.

в ст. 27 указанного Закона как «сфера действия права», едва ли сможет выдержать критику с позиций системы законодательства, не говоря уже о теории.

Вместе с тем существует проблема, которая пока еще привлекает мало внимания. Если разделяется участок, находящийся в аренде или подчиненный сервитуту, то возникает вопрос о судьбе указанных прав. Раздел нельзя считать в буквальном смысле переходом права собственности к другому лицу (ст. 617 ГК). В то же время ситуацию раздела можно, видимо, для наших целей рассмотреть по аналогии с возникновением множественности лиц на стороне приобретателя. Тогда можно считать, что обязанными (связанными) по аренде (сервитуту) собственники участков, возникших в результате раздела, будут в соответствующих долях (для сервитута доля существенна при расчете компенсации, если сервитут платный). Соответствующие правила имеются в германском праве, но пока можно лишь указать на них как на дополнительный ресурс.

СДЕЛКА, ОБЯЗАТЕЛЬСТВО И ПЕРЕДАЧА ПРАВА

1. Выше уже затрагивался вопрос об эвикции, с одной стороны, и о продаже чужого — с другой. Имеет смысл обсудить эти два вопроса дополнительно хотя бы потому, что они снова и снова возникают.

Обычно считается, что следует отказаться от традиционного для нашего права запрета на продажу чужой вещи, чтобы восстановить действие эвикции. А продажа чужого может быть действительным обязательством, как говорят, затем отпадающим ввиду невозможности его исполнения.

Напомню, что ответственность за эвикцию — это отнюдь не ответственность за невозможность исполнения. Напротив, эвикция разворачивается именно на почве исполненного договора. Кроме того, в принципе нельзя говорить о невозможности исполнения тогда, когда обязательство продажи уже исполнено, — а ведь именно так бывает всегда, когда на практике возникает вопрос о продаже чужой вещи¹.

Уже поэтому аргументация не кажется логичной.

Кроме того, помимо эвикции действительность обязательства о продаже чужого может иметь и совсем иные следствия, скажем, требование покупателя о возврате аванса в связи с тем, что договор заключен о чужой вещи, и т.п. Едва ли наш правовой порядок сможет санкционировать отказ в подобных требованиях, который вытекает, однако, из действительности договора о продаже чужого.

На самом деле защитниками легализации продажи чужого имущества двигает совершенно ошибочная идея, что коллизию между правами собственности и оборотом можно якобы примирить каким-то чудесным образом, с полным сохранением прав, гарантий и интересов всех сторон и третьих лиц. Между тем совершенное решение в принципе невозможно; здесь действует правило выбора наименьшего зла. Эвикция точно так же наказывает не виновного, а случайно выбранную фигуру, — просто вместо покупателя выбирается теперь продавец (хотя продавец, конечно, на один шаг ближе к тому нарушению права собственности, которое ввело

¹ Уместно здесь напомнить слова М. Планиоля: невозможность исполнить обязательство передать вещь в собственность «может заключаться только в несуществовании вещи» (Планиоль М. Курс французского гражданского права. Петроков, 1911. С. 364 (репринт)).

в оборот чужую вещь). Поэтому все попытки поиска такого философского камня, равно как и упорные споры о преимуществах одного решения над другим, — вещь совершенно бесплодная и отдающая алхимией. Видимо, этот этап нужно все же пройти, чтобы прийти к тому выводу, который был известен еще двести лет назад: совершенного решения не существует.

Прежде всего, *обязательства передать права не существует*.

Г.Ф. Шершеневич определенно говорит, что «под именем обязательства понимается такое юридическое отношение, из которого обнаруживается право одного лица на известное действие другого определенного лица», а затем снова специально подчеркивает, что речь идет о *действии*¹.

Еще яснее это сказано Савиньи: «Только те действия могут быть предметом обязательства, которые способны выражаться во внешней форме»².

В ст. 307 ГК говорится о тех или иных действиях (если охватывать и бездействие, то можно говорить о деянии, но для нашей проблемы бездействие интереса не имеет, поэтому в дальнейшем мы его вовлекать в анализ не будем) материального характера — передать вещь, передать деньги, выполнить работу. Перечень, данный ст. 307 ГК, открыт, но лишь для подобных действий — только так можно понимать слова «и тому подобное».

В теории исполнения обязательства дискутируется вопрос о том, как материальное действие приобретает юридическое значение, как влияет на исполнение обязательства воля должника. Эта дискуссия весьма важна, но отметим другое: никем не ставится под сомнение, что суть обязательства составляют действия, и причем действия материальные.

Это, впрочем, тавтология, потому что действие всегда материально.

Попутно можно отметить, что среди обязательств есть одна группа действий, юридическое содержание которых важнее их материального воплощения, или, как сказал Савиньи, превосходит то «маловажное напряжение сил», которое это действие составляет³. Речь идет об обязательствах совершить действие юридическое, сделку. Можно в этом отношении указать, например, на предварительный договор.

Кроме того, что материальность обязательства здесь очевидно невелика, существенно и то, что такое обязательство не может быть исполнено принудительно; право судебного пристава налагать штраф на должника в таких случаях (вместо того, чтобы самому исполнить присужденное действие) лишь подтверждает невозможность принудительного исполнения. Кстати, поэтому представляется неверным распространенный вариант решения, обязывающего неисправного должника заключить договор. Ведь если право кредитора нарушено тем, что должник не совершает того юридического действия, к которому он обязан, то судебная защита, приводящая лишь к штрафу в пользу бюджета, не может считаться, строго говоря, эффективной защитой, да едва ли вообще это защита права истца. Точнее было бы придать самому решению значение факта, порождающего договорное обязатель-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 2005. С. 8 (курсив применен в цитируемом издании). Конечно, и другие авторы говорят только о действии (Мейер Д.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2003. С. 462–463 и др.)

² Савиньи Ф.К. Обязательственное право. СПб., 2004. С. 51.

³ Там же. С. 232.

ство, как это было в русском праве с запродажной записью (предварительным договором): решение суда означало возникновение договорного обязательства, но не являлось фактом, «понуждающим» ответчика к совершению того, что он совершать не хочет, а кроме него — никто не может.

Кроме того, едва ли обязательство совершить юридическое действие может прекратиться невозможностью исполнения в порядке ст. 416 ГК — даже при утрате дееспособности должником.

Впрочем, для нас пока важно иное: даже если речь идет о действии юридическом, то это все же действие, т.е. акт материальный.

Итак, обязательство всегда понуждает должника совершить какое-то действие. Иногда фактическое содержание этого действия весьма велико — если речь идет о работах или услугах; иногда возрастает его юридическое значение — когда речь идет об обязательствах, понуждающих к совершению сделок. Однако действие есть всегда.

Но вот обязательства передачи права мы никак не обнаруживаем, потому что действия по его исполнению, материального акта передачи права быть не может в принципе. Право идеально, и для передачи его никакого действия производить не нужно и, что еще важнее, невозможно. Точнее говорить, конечно, о возникновении права у получателя, но для того, чтобы не вдаваться в уже обозначенную проблематику правопреемства, будем иметь в виду весь механизм в самом общем виде.

Право, как явление идеальное, как продукт духовной, мыслительной деятельности людей, не может подвергаться каким угодно физическим, материальным воздействиям, его движение лишь увязывается законом с фактами, которые тем самым становятся фактами юридическими, но само движение права фактическим, материальным быть не может, и слова о движении права — это только метафора.

Поэтому в договоре купли-продажи достаточно передачи владения, а право возникнет у покупателя при наличии тех юридических фактов, которые указаны в законе, но никак не путем какого-то акта передачи права. Это действие охватывается тем, что в римском праве называлось *даре* — передача вещи с перенесением права собственности. Это нужно, видимо, оговорить, потому что в литературе иногда встречается мнение, будто неисполняемое (либо исполняемое «с момента возникновения»¹, исполняемое автоматически в момент передачи и т.п.) обязательство о передаче права — это *даре*. На самом деле, конечно, *даре* — это передача владения, передача вещи, т.е. действие (материальное, как любое действие), одновременно с которым переходит право собственности². Для принуждения к *даре* заявлялся иск (*actio*), и иск этот приводил к определенным *действиям* должника, но никак не к возникновению собственности на стороне истца в силу самого судебного решения, без передачи вещи. Все это — общеизвестные истины, и их приходится напоминать лишь потому, что они иногда удивительным образом игнорируются.

¹ Так у Планиоля (Указ. соч. С. 2). При этом автор не указывает этого обязательства среди подлежащих принудительному исполнению (Там же. С. 7–8). Понятно, что к натуральным обязательствам «обязательство по передаче права собственности» ни в каком случае не может быть отнесено.

Таким образом, французское право вынуждено толковать *даре* вопреки тем источникам, из которых оно и возникло и согласно которым оно всегда давало принудительное исполнение (иск, *actio*).

² Этот переход права совершается не сторонами, не одним их волеизъявлением, а силой правопорядка, как это было показано выше.

Снова напомним высказывание Савиной: только те действия могут быть предметом обязательства, которые выражаются во *внешней* форме.

Точно так же при передаче изготовленной вещи подрядчиком заказчику у последнего возникнет право собственности на нее без предварительного возникновения собственности у подрядчика, а только вследствие накопления того юридического состава, который указан в законе (т.е. снова силой правопорядка).

Конечно, нет принципиальных изменений и в механизме цессии. И здесь право цессионария возникает в силу самого договора о цессии, и никакого акта передачи права не требуется.

Еще более очевидными являются случаи возникновения права, при том, что передающее вещь лицо не только не имеет того права, которое возникло у получателя, но и не имеет интереса в этом праве. Так происходит при подряде, когда заказчик становится собственником вещи, хотя подрядчик такого права не имеет и не стремится к нему, так происходит и при передаче перевозчиком вещи с обязательством доставки, при исполнении третьим лицом и во многих других случаях, некоторые из которых уже упоминались выше.

Определенный интерес имеет выяснение причин возникновения представления об обязательстве о передаче права. Вероятно, здесь немалую роль сыграли конструкции германского вещного договора, о чем мы поговорим ниже. Выстраивание параллельного, помимо передачи владения, фиктивного договора не могло не привести к устойчивой иллюзии двойного обязательства — о передаче владения и о передаче права. Впрочем, и французское право знает подобную фикцию. М. Планиоль отождествляет ее с римским *date*, несмотря на ряд возникающих при этом несообразностей, как об этом уже говорилось, что также свидетельствует об устойчивости представления, утратившего за долгое время свою фиктивность в глазах юристов, только присовокупляя «исполняемое в момент возникновения» обязательство по передаче права собственности, т.е. не исполняемое вовсе, не к акту исполнения, а к моменту заключения договора. Тогда как любое обязательство исполняется не иначе как в виде внешнего действия, когда бы оно ни возникло. Но внешнее действие требует все же времени, и не столь уж малого, между моментом возникновения обязательства и моментом его исполнения. Тем самым конструкция обязательства, исполняемого в момент возникновения, не может не быть фиктивной.

Фикции, как известно, нужны для построения системы; без них, вообще говоря, никакая система и не может быть выстроена. Но совсем лишены смысла построения, которые заимствуют из чужого права только фикции, без самой той системы, для которой эти фикции придуманы, как это происходит, когда конструкции, выросшие из вещного договора, переносятся в российское право. Здесь не обойтись без путаницы и весьма сомнительных идей.

Например, высказываются предложения возвращать права и обязанности в порядке реституции при недействительности сделки. Понятно, что практически эта идея приводит к совершенно чудовищному исполнительному листу о взыскании права и т.п. На самом деле такого исполнительного листа в принципе быть не может. Выше уже говорилось о неуместности исполнения решения суда о совершении юридического действия — однако такая неуместность основана на том, что обяза-

тельство о совершении юридического действия не может быть исполнено принудительно. Но оно все же может быть исполнено по воле должника.

А вот обязательство о передаче права вообще не может быть исполнено – ни добровольно, ни принудительно.

На самом деле, как же должен вернуть право должник в исполнительном производстве из реституции? Что может требовать от него пристав? Ничего, кроме составления некоего акта, придумать невозможно. Однако природа такого юридического факта в высшей степени сомнительна. Ведь акт – это всего лишь описание тех действий, которые совершаются в действительности. Какие же действия совершает в этом случае должник? Что описывать в акте – мимику, слова, жесты?

Мы здесь снова обнаруживаем, что отдельного действия по передаче права нет. Нет – потому что в принципе нет такого обязательства, нет, потому что в принципе право не передается.

Практический совет может состоять в том, что на почве недействительности сделки следует предъявлять иск о признании права. В этом случае суд признает то право, которое уже имеется у истца в момент предъявления иска и которое осталось у него потому, что сделка оказалась недействительной. Попутно нужно заметить, что речь идет о праве, отличном от того обязательства (права требования), на которое была направлена недействительна сделка и которое не возникло, как об этом прямо сказано в п. 1 ст. 167 ГК. Скажем, если недействительным оказался договор купли-продажи, то не возникло обязательства по передаче вещи, и спор здесь неуместен. А вот право собственности может быть предметом спора, и продавец вправе заявлять иск о признании за ним этого права; точно так же при недействительности договора об уступке права cedent может требовать признания за ним права требования, которое было предметом уступки. В обоих случаях, впрочем, признание права возможно постольку, поскольку сохранился сам предмет спора (скажем, вещь не утратила идентичности, а добросовестный должник еще не исполнил своего обязательства цессионарию), причем доказывание прежде всего направлено именно на установление этого факта.

Известна также практическая процедура отражения все в тех же актах либо заявлений, заверениях и т.д. принадлежности права (обязанности) тому или иному лицу. Эту практику можно признать безвредной, пока не появляется представление, что таким образом право может создаваться (передаваться). Нужно помнить, что все подобные документы в лучшем случае могут иметь доказательственное значение, но юридическими фактами они стать не могут и придание им такого качества приведет только к ошибкам.

Некоторое отношение к обсуждаемой теме имеет вопрос о природе исполнения обязательства, потому что на него также часто накладываются конструкции вещного договора. Этот вопрос традиционно привлекает внимание, и среди предлагаемых решений можно найти довольно широкий спектр – от понимания исполнения в качестве сделки или вещного договора до фактического, имеющего в виду чаще всего услуги (в последнем случае все же имеется некоторое юридическое (экономическое) качество, позволяющее отграничить услуги или работы «для себя» от работ и услуг «для другого»).

На мой взгляд, путаницы стало бы меньше, если бы мы исходили из следующего постулата: *не потому исполнение освобождает от обязательства, что оно — действие юридическое, а оно потому действие юридическое, что освобождает от обязательства*. Тогда любое действие, которое является надлежащим исполнением обязательства по своему материальному содержанию, прекращало бы исполнение обязательства независимо от состояния воли должника. По существу, именно так и оценивается вся ситуация и законом, и хозяйственной жизнью¹. Как вполне типичное высказывание, основанное на самых непосредственных наблюдениях, можно привести такое: основаниями прекращения обязательств «могут быть как сделки (односторонние или многосторонние), так и иные действия, носящие фактический характер (например, в случае с агентским договором (см. ст. 1105 ГК РФ), в круг обязанностей агента могут входить и некоторые фактические действия, с надлежащим совершением которых в числе прочего будет связано исполнение такого договорного обязательства)»². Понятно, что под сделками автор понимает не универсальный акт исполнения обязательства, а иногда совершаемые в процессе исполнения сделки с третьими лицами (имеются в виду, по всей вероятности, поверенный, комиссионер, доверительный управляющий, что и влечет сопоставление этих должников с агентом), потому и оказывается, что исполнением обязательства могут быть не только сделки с третьими лицами, но и «фактические действия», отличные от сделок. Тот факт, что наблюдения автора никак не отягощены рефлексией по поводу волевого содержания фактических действий агента, поисками в них признаков сделки, лишний раз показывает иррелевантность самой этой теории практическим нуждам.

А выросшие на почве развития условных и фиктивных конструкций идеи, согласно которым, скажем, исполнение может быть оспорено должником по мотиву пороков его воли с тем, чтобы затем немедленно точно то же исполнить снова, как иногда пишут, обнаружили бы свою несостоятельность (которая, впрочем, видна и невооруженному глазу).

Прежде всего, кредитор, получивший исполнение, не является лицом, обогатившимся без основания, поскольку нормой ст. 1102 ГК РФ не охватывается исполнение: она имеет в виду основание исполнения. А нормы ст. 167 ГК о реституции на исполнение не распространяются.

Кроме того, в таком рассуждении игнорируется не только интерес кредитора, но и интерес должника, уже хотя бы потому, что тем самым увеличивается просрочка исполнения. Между тем, тот факт, что решительно невозможно указать инте-

¹ Оспаривая суждение Р. Саватье: «Исполнение обязательства само по себе представляет материальный акт, но волевой характер платежа превращает его в юридическое действие, результатом которого является прекращение обязательства», С.В. Сарбаш резонно замечает, что в этом высказывании имеется «неточность, ибо волевой характер не имеет первостепенного значения для юридического характера исполнения» (Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 11). Дальнейшие суждения автора в поддержку компромиссной концепции «совпадения» (Там же. С. 10–11, 204, 231 и др.), согласно которой фактическое получения исполнения прекращает обязательство, независимо от оценки воли должника, вполне приемлемы с практической точки зрения, позволяющей, не отказываясь в принципе от признания волевого элемента в акте исполнения обязательства, лишить его прикладного значения.

² Кузнецова Л.В. Спорные вопросы прекращения обязательства совпадением должника и кредитора в одном лице // Вестник ВАС РФ. 2008. № 11. С. 10.

рес должника в оспаривании объективно надлежащего исполнения, означает, что у него нет и права на иск.

Мне приходилось слышать, впрочем, что у должника может быть интерес в истребовании исполненного потому, что, скажем, он неплатежеспособен (и тогда он не должен немедленно возвращать исполненное). Но такое рассуждение ошибочно: интерес в таком истребовании имеется не у должника, а у прочих кредиторов, и оспариваться такое исполнение должно по правилам законов о банкротстве, поскольку они это допускают, но не по правилам гл. 9 ГК.

Можно привести и другие резоны, которые в конечном счете резюмируются в классической максиме: *нельзя требовать того, что будет сразу же возвращено* должнику, — причисляемой к тем достижениям римского права, которые прочно усвоены европейской культурой¹. И в самом деле, в идее отобрать для того, чтобы сразу вернуть назад, нельзя не заметить некоторой диковатости.

Несколько осторожное высказывание С.В. Сарбаша о том, что «праву, видимо, следует признать обязательство должника прекратившимся вопреки отсутствию подлинного юридического акта, поскольку кредитор добросовестно принял исполнение и оно является надлежащим»², представляется все же достаточно полно отвечающим приведенному классическому правилу, особенно если учесть, что автор отстаивает традиционно спорную концепцию исполнения как сделки. Понятно, что если бы С.В. Сарбаш был свободен от необходимости оглядываться на эту концепцию, тон его высказывания был бы, пожалуй, более решительным.

Если этот вывод С.В. Сарбаша понимать в том смысле, что нужно изменить нормы закона в указанном им направлении, то нельзя не отметить, что никаких норм о возврате надлежаще исполненного по мотиву порока воли на самом деле и нет, даже если предположить (а для такого предположения достаточных оснований все же не имеется), что исполнение является сделкой. Дело в том, что последствия признания сделки недействительной состоят в возврате исполненного (п. 2 ст. 167, ст. 181³ ГК), но даже если исполнение — это сделка, то она ведь не может исполняться и тем самым в любом случае выпадает из-под действия ст. 167 ГК. Об этом применительно к исчислению срока исковой давности для реституции верно говорит и С.В. Сарбаш: «Сделка по исполнению обязательства сама по себе как будто не предполагает исполнения»⁴.

Стало быть, нет нужды менять закон, ибо нет закона о возврате исполненного по мотиву порока воли должника.

Кроме того, при рассмотрении весьма близкого вопроса об исполнении ненадлежащему лицу автор уже без колебаний высказывается в пользу того, что добросовестное заблуждение должника при получении кредитором пользы от исполнения влечет все же прекращение обязательства⁵.

¹ Циммерман Р. Римское право и европейская культура // Вестник гражданского права. 2004. № 4. С. 216.

² Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. С. 14.

³ Из ст. 181 ГК видно, что норма ст. 167 охватывает именно исполнение недействительной сделки. Впрочем, это очевидно и без того.

⁴ Сарбаш С.В. Указ. соч. С. 71.

⁵ Там же. С. 233.

2. Кажется, нам следует все же перейти от вопроса о несуществующем обязательстве о передаче права к вопросу о сделке, которая направлена на передачу права. Без этого некоторые моменты останутся непроясненными.

Изучение воли и волеизъявления состоит, во-первых, в изучении тех факторов, которые формируют волю, и, во-вторых, в изучении процесса выражения (изъявления) сформированной воли вовне таким образом, чтобы она могла быть воспринята другими людьми. По тому результату, на который направлена воля (и ее адекватное изъяснение), различные волевые акты различаются между собой.

Традиционно привлекает внимание нахождение баланса между действительной волей и не совпадающим с ней волеизъявлением.

С одной стороны, только та воля, которая вполне свободно формируется, может быть верным основанием обязательства. Иначе будет нарушен важнейший, базовый принцип свободы и автономии лица.

Это самоочевидное и самоценное положение можно, кажется, дополнить доводами более приземленными. Дело в том, что важнейший вопрос, разрешаемый участником оборота и выражающийся в конечном счете в сделке, состоит, как известно, в определении цены или, в более широком варианте, — приравнении различных объектов.

Ф. Хайек показал, что цена — это результат знаний, иногда труднодоступных или вовсе недоступных¹. Не случайно в древности купцы считались обладателями магических способностей потому, что знали цену товарам. Поскольку полное знание в принципе недоступно, цена содержит в себе элемент риска, восполняющего отсутствие знания. Последствия этого риска может, конечно, нести только тот, кто самостоятельно и вполне свободно принял решение о цене², иначе экономика неминуемо рухнет: невозможно возлагать риск на того, кто не принял решение. Возложение всех последствий волеизъявления на того, кто принял решение, дает ему право, однако, освободиться от этих последствий, если процесс принятия решения, формирования воли, был искажен факторами, находившимися вне его контроля.

Но с другой стороны, ошибки и иные обстоятельства, исказившие волеизъявление, которое не совпадает с волей, а также нарушения в формировании воли, которые не могли быть известны участникам оборота, видящим только изъяснение воли, не должны перелagаться на этих участников.

Я не буду здесь перечислять все механизмы, посредством которых достигается баланс между волей и волеизъявлением.

Можно, пожалуй, отметить значение принципа добросовестности, который сейчас уже входит в судебную практику, хотя еще не стал фактом законодательства.

Должен заметить, что основным доводом против учреждения этого принципа является тот, что его содержание определяется в значительной мере судебным

¹ А в последнее время — настолько объемных, что их просто невозможно охватить.

² В этом отношении едва ли можно согласиться с позицией Президиума ВАС РФ, подтвердившего решение суда, установившего цену на товар по своему усмотрению (постановление Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2009 г. № 6787/09), тогда как в силу закона цена может быть установлена либо тарифным органом, либо рынком. Сразу нужно сказать, что тариф не может быть приравнен к цене, установленной судом, по крайней мере, по двум причинам: тариф сам по себе может быть предметом спора, и тариф может быть (и должен быть) пересмотрен в связи с изменением рынка. Оба этих механизма неприменимы к цене, установленной судом, что делает ее в принципе невозможной.

усмотрением. Как и злоупотребление правом, добросовестность в виде общего правила не может быть определена. Поэтому содержание добросовестности будет формулироваться судами.

Едва ли помогут и теоретические работы, которые привлекают в наше право материал права западного, именно потому, что речь идет о суммировании прецедентов о добросовестности, созданных западными судами. Есть все основания опасаться прямого переноса этих прецедентов, пусть через теоретические и аналитические статьи, в которых излагается западная литература и которых уже появилось немало и, несомненно, появится очень много в ближайшее время.

Не самым удачным примером такого переноса прецедента может служить дело «Комингерсол» против Португалии. В практике ЕСПЧ этот прецедент используется для обоснования взыскания, не переводимого в систему русского права *non-pecuniary damage*¹. Это тот вред, который могут понести юридические лица в случае нарушения тех их прав, которые не являются правами на имущество или обязательственными правами. Приводимые примеры – нарушение управления компанией, беспокойство, причиненное персоналу (скажем, производством обыска), ущерб репутации.

Прецеденты позволяют понять сформированное в этом деле правило только таким образом, что подобный вред может возмещаться в случае ненадлежащих действий органов государственного управления против частных юридических лиц и за счет бюджета. В нашей практике, начиная с введения соответствующего правила Определением Конституционного Суда РФ по делу Шлафмана, соответствующий прецедент стал пониматься, однако, совершенно поразительным образом: во-первых, он стал использоваться не против государственных органов, а против частных лиц, в том числе – СМИ; во-вторых, возник невероятный механизм двойного взыскания убытков за одно правонарушение (кроме обычных наши суды обнаружили неведомый «репутационный вред» наподобие морального, причем оба взыскиваются одновременно). Нечего и говорить, что ни первое, ни второе не вытекало из первоначального прецедента, а явилось всецело результатом его интерпретации отечественными судами².

¹ Обычно переводится как *неимущественный вред (ущерб)*, хотя такое понятие никак не вписывается в норму ст. 15 ГК.

² В поддержку этой практики М.А. Рожкова выдвинула такой довод, как равенство перед законом. Автор полагает, что юридические лица должны защищаться так же, как и физические, в том числе и при нарушении деловой репутации (*Рожкова М.А.* Два вопроса, возникающих при рассмотрении в арбитражных судах дел о защите деловой репутации: оспаривание оценочного мнения и компенсация репутационного ущерба // Закон. 2009. № 12. С. 71). Но едва ли ст. 19 Конституции РФ поможет разрешить обсуждаемую коллизию, к которой она, пожалуй, не относится, в отличие, скажем, от ст. 45 Конституции. Если применить «принцип равенства» к защите права, то мы получим лишь тот вывод, что если есть основания для тождественной защиты, то она должна быть тождественна для любого лица. Вывод вполне тривиальный, но ничего другого мы и не можем ожидать от этой нормы. Но вот обосновать желание любого истца получить такую же защиту, как и другие лица, несмотря на различия в способах восстановления нарушенного права, с помощью нормы ст. 19 Конституции вряд ли получится. Применение нормы ст. 19 Конституции к лицам физическим и юридическим, вообще говоря, должно приводить к достаточно странному выводу, что никакие различия в защите нарушенных прав этих субъектов (и вообще любых разных субъектов) невозможны. Но этот вывод имеет смысл только в том случае, если, несмотря на различия субъектов, все возникающие у них права всегда тождественны и в случае нарушения восстанавливаются непременно тождественным образом.

Учитывая обозначенные особенности усвоения чужих прецедентов, последствия перенесения накопленного материала относительно добросовестности в нашу литературу, осуществляемого в настоящее время, могут оказаться не самыми благодетельными.

Во всяком случае нельзя забывать, что добросовестность не может заменять позитивные нормы, действующие законы. Добрая совесть может в некоторых случаях, определяемых в конечном счете практикой, служить для разрешения конфликта, возникающего из строго формального применения закона¹. Ведь и первоначально, в римском праве, добрая совесть имела именно такие функции. В Новое время сходный конфликт возник, например, на почве строгостей английского общего права. Для их смягчения был учрежден суд справедливости; в конечном счете не без конфликтов и колебаний сформировался интеграционный процесс. Интересно, что как раз во время становления суда справедливости конфликт формального права со справедливостью (добросовестностью) был именно в этом смысле описан как спор между Порцией и Шейлоком (известно, что Шекспир был неплохо знаком с юридическими проблемами, участвуя в разных тяжбах, а также и через знакомства с юристами из иннов, кстати, ценителей елизаветинского театра).

Если вернуться к нашей проблеме воли и волеизъявления, принцип добросовестности не должен приводить к тому, чтобы сделка утратила свои следствия, т.е. стала недействительной в силу недобросовестности, кроме тех случаев, когда об этом прямо говорит закон. В этом смысле мне кажется неверной та позиция, которую в схожем случае (ибо добрая совесть и злоупотребление правом имеет немало общего, хотя и не тождественны) занял Президиум ВАС РФ, посчитавший возможным признать сделку недействительной вследствие злоупотребления правом. В том казусе, который был решен таким образом, на мой взгляд, имеется другое решение – соответствующая сделка является мнимой (такой мотив имеется и в деле)². Думаю, что причиной, в силу которой суд в конечном счете отказался от квалификации сделки как мнимой, стало то обстоятельство, что произошла регистрация права собственности в рамках спорного договора об отчуждении имущества.

Между тем никакого репутационного вреда, отличного от убытков в смысле ст. 15 ГК РФ, не существует. Постольку, поскольку репутация может быть восстановлена, причиненный вред может быть рассчитан исключительно как сумма, необходимая для восстановления нарушенного права (об этом пишет А.М. Эрделевский. – *Эрделевский А.М. О некоторых вопросах защиты деловой репутации* // Закон. 2009. № 12. С. 76–82).

Дело не в том, нарушено ли имущественное право или неимущественное, а только в том, может ли нарушенное право быть восстановлено или нет (подробнее см.: *Скловский К. Об ответственности средств массовой информации за причинение вреда деловой репутации* // *Резник Г.М., Скловский К.И. Честь. Достоинство. Деловая репутация: Споры с участием СМИ. М., 2006*).

В первом случае (к нему относятся все те ситуации, которые описаны в деле «Комингерсол») нарушенное право в принципе восстанавливается, и потому взыскиваются убытки. Когда право в принципе не может быть восстановлено (смерть близкого и т.п.), взыскивается моральный вред. Вопрос вроде бы очевидный, но, к сожалению, чем дальше, тем больше запутывается, причем все неверные решения непременно сопровождаются ссылкой на неточно истолкованный прецедент.

¹ Особенности нынешнего российского правосудия, заметно отличающие его от европейского, можно кратко обозначить как сочетание формализма с произволом. Принцип добросовестности направлен, конечно, против формализма, но несет в себе опасность увеличения произвола.

² Пункт 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127.

Этот факт, без приведения, впрочем, достаточных аргументов, все чаще расцениваются как исполнение договора. Затем, учитывая, что мнимая сделка не исполняется (а это действительно так), регистрацию права (например, права собственности на вещь, подлежащую купле-продаже) воспринимают уже как факт, препятствующий признанию сделки (в нашем случае — купли-продажи) мнимой.

На самом деле регистрация права, конечно, исполнением сделки не является потому, что такое действие не охватывается смыслом и содержанием обязательства (ст. 307 ГК). Вопрос, впрочем, довольно сложный (и при этом весьма важный практически), и можно лишь сожалеть, что обсуждаемая нами позиция ВАС РФ сделала его решение еще более трудным, одновременно неоправданно расширив сферу действия нормы о злоупотреблении.

Добросовестность может затронуть силу сделки лишь применительно к поведению субъекта, воспринимающего волеизъявление, но не изъявляющего волю. Добросовестность этого субъекта раскрывается через осведомленность, что является традиционным подходом. На этот счет имеются известные правила (ст. 173, 174 ГК РФ и др.). Как уже говорилось выше, в этом выражается баланс между требованием единства воли и волеизъявления и стабильностью оборота, который ориентирован только на выражение воли.

Обозначив некоторые общие вопросы, обратим внимание на более частные, которые были обозначены выше.

Обратим внимание не на то, насколько точно (адекватно) воля изъявлена воле, а на то, в какой связи находится воля и действие как ее результат. Определенная трудность здесь заключена в том, что любое сознательное действие — результат волевого процесса. Но право, однако, по-разному оценивает эти действия, рассматривая одни исключительно с точки зрения их внутреннего содержания, воли, а другие, которые точно так же порождены волей, оценивая только с внешней стороны, со стороны видимого результата.

Акты, в которых существенным оказывается исключительно волевое содержание, называемые сделками, люди совершают потому, что они понимают значение прав и обязанностей в своей жизни, и совершая такие действия, они ставят перед собой цель достичь именно юридического результата.

Цель сделки¹ с точки зрения права видится прежде всего в установлении обязательства. Но сделка в то же время может быть представлена так, что, устанавливая обязательство (и достигая тем самым собственной цели), она является *средством* достижения того, что продиктовано мотивом, того жизненного блага², которое будет дано исполнением обязательства. Эта функция сделки как средства вполне понятна, поскольку «помимо конечной цели появляется ряд подчиненных целей, и то, что является средством, само на известном этапе становится целью»³. Это жизненное значение сделки как средства (ибо сделка сама по себе никакой жизненной по-

¹ В дальнейшем, поскольку иное прямо не вытекает из текста, сделка будет рассматриваться также и как договор. Разграничение сделки и договора в данном случае не кажется существенным. Я оставляю в стороне также односторонние сделки, создающие отличные от субъективного права эффекты — полномочие, «правомочие» и т.п.

² Как говорил Иоанн Дунс Скотт, «акт воли соединяет с дающим блаженство объектом» (Бл. Иоанн Дунс Скотт. Избранное / Сост. и ред. Г.Г. Майоров. М., 2001. С. 471).

³ Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии. СПб.: Питер, 2000. С. 532.

требности не удовлетворяет), однако, выводится за рамки юридического содержания сделки, хотя никогда вполне не исчезает.

В любом конкретном споре, в любой юридической ситуации *целесообразность* сделки (а тем самым — значение ее как средства) оценивается (за рамками собственно юридического анализа, с точки зрения «здравого смысла») в первую очередь и затем является тем вектором, той мерой, которые позволяют понять суть отношений. Собственно говоря, известный постулат, в силу которого не должна влиять на оценку сделки ее целесообразность, т.е. степень связи сделки с мотивами (а мотивы всегда находятся за пределами сделки, идут дальше нее¹), пришлось формулировать именно потому, что мотивы на самом деле всегда так или иначе видны, они ощущаются и необходимо специальное указание, заставляющее отвлекаться от них.

Дело в том, что сила права² может быть применена лишь в том случае, если мы будем исходить из того, что сделка (промежуточная цель) становится конечной целью для оценки воли с юридической точки зрения. Сам процесс достижения цели посредством права становится тем самым «известным этапом», о котором говорит С.Л. Рубинштейн, на котором сделка выступает как цель.

В конечном счете сделка необходима тогда, когда лицо, полагая материальное впереди как цель и не видя возможности достичь его собственными усилиями, стремится привлечь других людей для достижения цели, используя механизм обязательства. Именно поэтому сделка и становится способом установления этого обязательства. При этом, как уже говорилось, сделка совершается без усилий, возможность ее совершения объективными препятствиями не ограничена (в отличие от реальных актов). Можно было бы сказать, что она становится столь же удобным и универсальным средством установления связи между людьми, как и деньги, если бы она не была еще проще и доступнее.

Р. Иеринг заметил, что деньги — гениальная практическая идея³. Едва ли это верно. Гениальной практической идеей можно назвать, пожалуй, колесо. Но без колеса цивилизация может обходиться (обычным примером этого является мезоамериканская цивилизация). Между тем деньги появляются на определенном этапе развития обязательно, и не как практическое открытие, а как фундаментальный и принципиальный способ связи людей. В этом смысле деньги не более эмпиричны, чем семья, политическая власть, право и тому подобные институты⁴.

Если далее проследивать идею сделки как одной из фундаментальных форм идеальной связи людей, я бы отметил развитие сделки из ритуала (прежде всего — жертвоприношения) и понятную отсюда важность для архаичной сделки предписанных слов и жестов. Кстати, именно из логики ритуала, видимо, возникла сама идея тщетности, недействительности совершенного действия, распространенная впоследствии на сделку. Как известно, даже незначительные нарушения

¹ Сделка не может совершаться ради себя самой и не может быть, следовательно, мотивом. Соответственно, есть слабость в представлениях, рассматривающих исполнение обязательства как сделку, тем более — двустороннюю. Тогда получается, что цель сделки — совершение сделки.

² Я бы сказал — созидаящая сила права. Эта созидаящая сила состоит в том, что стороны обязательства понуждаются к реальным действиям, к созданию новых ценностей, а отнюдь не в разрушении достигнутого и отбрасывании назад, как это присуще реституции (ст. 167 ГК).

³ Иеринг Р. ф. Цель в праве // Избранные труды. Самара, 2003. С. 91.

⁴ Природа денег более подробно обсуждалась в главе 6 книги.

процедуры ритуала могли рассматриваться как причина его неудачи¹. Такого рода примеры неудачного вследствие формальных упущений ритуала хорошо известны из античной литературы; не чужды они и обыденному сознанию, даже и современному.

Можно также заметить разделение первично синкретического религиозного ритуала на собственно волю, внутренний акт (моление) и социально значимые действия, обнаруживающие эту волю. В этом ряду сделка оказывается неизбежным инструментом для установления социальных связей, отличных от грубо вещественных, непосредственно материальных. Небезынтересно, что основные исследования происхождения денег, показывающие их отнюдь не случайное и не эмпирическое происхождение, принадлежат М. Моссу, который в то же время занимался и изучением молитвы².

Эта параллель сделки и денег тем более уместна, что в конечном счете деньги эволюционировали в сторону обязательства (которое возникло из сделки), сначала в виде кредитного билета, а затем — и безналичных денег.

Конечно, сделка не сразу возникла в виде чистой демонстрации воли. В самом общем виде можно предположить, что сначала порождаемая ею юридическая связь нуждалась еще в обязательном опосредовании вещами, и развитие сделки шло, с одной стороны, через переход к условной вещи (какова римская манципация одной монетой; а в какой-то мере и на каком-то этапе и весь ритуал манципации отказался от непосредственной связи с вещами³), а с другой — через превращение вещного опосредования в частный случай (как реальные договоры⁴) с выходом на первый план воли, соглашения⁵.

Будем считать, что интересующий нас феномен, заключая в себе свое начальное развитие, выражен в понятии сделки (договора), направленной на создание обя-

¹ Вероятно, на этой почве могла бы возникнуть дискуссия о том, является ли ритуалом такое действие, в котором не все надлежащие атрибуты ритуала могут быть обнаружены. В ходе этой дискуссии ее участникам, возможно, было бы интересно обратиться к накопившейся литературе о том, является ли недействительная сделка сделкой (*Белов В.А.* Учение о сделке в российской доктрине гражданского права (литературный обзор) // *Сделки: проблемы теории и практики: Сб. статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2008. С. 101–105*). Обширный материал из романистики, показывающий нюансы ничтожности и несуществования сделки, приводится в статье: *Таламанка М.* Несуществование, ничтожность и недействительность юридических сделок в римском праве // *Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Вып. третий / Под ред. Б.Л. Хаскельберга, Д.О. Тузова. М., 2007.*

² *Мосс М.* Социальные функции священного / Пер. с фр. СПб., 2000.

³ У других древних народов существовали свои ритуалы, обычно включавшие клятвы, для установления обязательств.

⁴ Передача вещи (предоставление) всегда имеет то или иное основание (каузу), которое и указывает на то, что уже имеется волеизъявление (т.е. сделка), из которого и видно это основание. Поэтому предоставление вещи как в реальном контракте, так и в акте исполнения не может быть противопоставлено сделке, создающей обязательство. Напротив, юридическое развитие шло как раз по пути встраивания акта передачи в исполнение обязательства. Наиболее известная конструкция — обязательство, исполняемое в момент его возникновения. Нужно сразу подчеркнуть, что это далеко не то же самое, что обязательство, исполняемое автоматически или само собой. Передача вещи в порядке исполнения обязательства, хотя бы и в момент его возникновения, — действие, несомненно существующее. Исполнение обязательства само собой, автоматически — действие вымышленное, фиктивное.

⁵ См., например: *Полдников Д.Ю.* Основные этапы формирования современного понятия гражданско-правового договора // *Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Вып. третий. С. 72–73, 98.*

зательства. Есть основания согласиться с тем, что в этом направлении развивался договор в римском праве¹.

Мне бы не хотелось далее вдаваться в теорию сделки, учитывая известный переизбыток литературы по этому вопросу, приевшейся в обилии, как верно замечал Дювернуа², но все же нельзя не сказать, что феномен сделки как волевого действия, направленного на установление социальной связи, конечно, шире сферы права. Скажем, когда охотники договариваются о распределении своих позиций в предстоящей охоте (а также когда актеры-любители распределяют роли в пьесе и т.д. и т.п.), этот договор по своей природе, по связи воли и ее выражения ничем не отличается от юридической сделки, кроме того что он не порождает прав и обязанностей, признанных правопорядком (в узком смысле — государством). Но само сообщество охотников добровольно подчиняет себя такому договору³. Соответственно, требование законности сделки не вытекает из существа сделки, но лишь позволяет ей создавать *юридическое* действие, т.е. является одним из признаков той частной, хотя и самой важной, сферы, в которой бытует сделка.

Когда Д.М. Генкин говорит, что «правомерность или неправомерность не являются необходимым элементом сделки как юридического факта, а определяют лишь те или иные последствия сделки»⁴, он верно замечает, что правомерность или неправомерность — это внешняя реакция общества правопорядка, это способ присвоить новое, юридическое качество тому явлению, которое может существовать и вне права (и тогда это — факт, но не юридический).

С этими обстоятельствами, как представляется, связана и проблема феномена ничтожных сделок, которые иногда считаются вовсе не сделками.

Между тем ничтожные сделки имеют разную природу.

Среди тех, совершаемых помимо права волевых актов, которые во всем подобны сделкам, кроме того что их стороны не намерены создавать (передать и т.д.) права и обязанности, правопорядок сам выбирает некоторые и объявляет их ничтожными в силу крайней противозаконности — это, прежде всего, сделки, нарушающие добрые нравы (противные основам правопорядка и т.п.)⁵. (Если следовать

¹ Малков А.Д. Сущность договора в римском праве // Древнее право. 1999. № 1(4). С. 186.

² Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 2. М., 2004. С. 77.

³ См. также: *Гримм Д.Д.* Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права. Т. 1. СПб., 1900. С. 49 и сл.

⁴ *Генкин Д.М.* Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Ученые записки ВИЮН. Вып. V. М., 1947. С. 50.

⁵ Логика правопорядка в этом случае никак не может быть объяснена только реакцией на публичный деликт с целью его превенции и/или наказания. Ведь деликт — это действия по реализации соглашения, которые сами по себе влекут ответственность. А сделка, между тем, ничтожна независимо от того, совершат ли ее участники то, о чем договорились. Если наказывается покушение, то в наших рассуждениях ничего не меняется. Лишение сделки, направленной на деликт, юридической силы (или в системе представлений тех, кто отрицает бытие ничтожной сделки, — статуса юридического факта), квалификация ее как ничтожной никак не препятствуют совершению деликта, поскольку стороны сделки вовсе и не собираются придавать своему соглашению юридического значения и сами его сделкой не считают. Не имеют значения и имущественные последствия сделки, противной добрым нравам: во-первых, в большинстве случаев такие последствия вовсе не предусмотрены; во-вторых, сделки считаются ничтожными независимо от получения имущества по такой сделке и до ее исполнения; и в-третьих, для целей имущественной санкции совсем не нужно прибегать к квалификации ничтожной сделкой того, что сделкой не является, — есть более адекватные средства.

приведенной выше мысли Д.М. Генкина, то в этом случае действию присваивается качество неправомерности.)

Очевидно, что стороны вовсе и не хотели создавать права и обязанности, при сколь угодно смутном представлении о правах в целом (как известно, от участников оборота вовсе не требуется при совершении сделки точно представлять все тонкости создаваемых сделкой юридических последствий; достаточно общего намерения создать именно юридические последствия). Эти сделки потому и совершаются скрытно, что стороны не собираются прибегать не только к защите права, но и к какой угодно публичности вообще. Получается, что правопорядок расценивает некоторые акты как сделки, несмотря на бесспорное отсутствие у сторон намерения создать юридические последствия, только для того, чтобы эти сделки тут же объявить ничтожными. Так, если друзья договорились встретиться в кафе, это, конечно, вообще не сделка ни в каком смысле, в том числе и ничтожная, но если они договорились побить стекла в том же кафе или, пуше того, поджечь его, то это уже ничтожная сделка.

Но есть другая, гораздо более многочисленная группа ничтожных сделок. Это сделки, которые квалифицируются как ничтожные в силу присущих им отдельных пороков, хотя они совершены намеренно и открыто как сделки. Это — то множество обычных, повседневных хозяйственных сделок, стороны которых имеют намерение именно создать юридические последствия, но сделки эти таковы, что по точному смыслу закона являются ничтожными. По самым поверхностным прикидкам, подавляющее их большинство¹ никогда не попадают в суд, не аннулируются, спокойно исполняются, и реституция по ним не производится. В то же время оборот имущества по этим сделкам облагается налогами по правилам для действительных сделок, причем Налоговый кодекс, что весьма замечательно, вообще не различает понятия ничтожной сделки, не говоря уже о тонких их градациях, даваемых экзегезой. И в этом с НК согласен, пожалуй, и здравый смысл. О том же свидетельствует и тот факт, что никто никогда и не пытался вычислить, сколько же ничтожных сделок оказались фактически действительными, — это занятие не только безнадёжное, но и бессмысленное.

Сложившийся правопорядок, стало быть, основан на том, что если ничтожная сделка не нарушает чьих-либо прав (интересов), то она существует в обороте как действительная, как сделка. Конечно, сторонники той теории, что ничтожная сделка не является юридическим фактом (а заслуживает только именованья «юридического нуля»²), скажут: если такова хозяйственная жизнь, то тем хуже для жизни.

¹ В тот день, когда я это писал, мне пришлось между прочим подписать доверенность о передаче председателю дачного товарищества права участвовать от моего имени на общих собраниях. В заготовленной доверенности (без даты) было указано, что она «действует без ограничения сроком». Не знаю, были ли учтены мои кроткие замечания по этому поводу, но можно не сомневаться, что в десятках других доверенностей этот реквизит остался именно в таком виде, причем без особой угрозы юридическим актам товарищества. Впрочем, для оценки числа ничтожных сделок в обороте я апеллирую, конечно, не к этому примеру, а к опыту юристов-практиков. Никто из них, уверен, не станет отрицать, что видел немало исполненных сделок с самыми серьезными пороками, которые никто оспаривать не стал. И таких сделок намного больше, чем тех, которые попали в суд.

² Эта теория «нуля» оспаривается, например, с той позиции, что всякая ничтожная сделка — это юридический факт, потому что она является правонарушением (см., например: *Чуваков В.Б.* К теории ничтожных сделок // *Очерки по торговому праву: Сб. статей / Под ред. Е.А. Крашенинникова.* Вып. 15.

Я бы считал более уместным иной взгляд: между сделками и аналогичными актами, которые сделками не являются (назовем их бытовыми соглашениями), существует еще пограничная сфера (при весьма размытых границах) ничтожных сделок, не все из которых по своей сути деликты, в том числе — латентные. Большинство вовсе не выступают как правонарушения, никем не скрываются и открыто заключаются и исполняются. При этом, коль скоро никто не обратился за защитой своих прав или интересов, такие сделки полноценны для оборота и его участников. Впрочем, даже и в случае аннулирования они сохраняют качества юридического факта, но факта специального — недействительной сделки.

По своей сути все сознательные действия одинаковы в том отношении, что без воли, мотивов и цели они не совершаются. Поэтому имеет смысл задуматься над тем, почему же в сделках значение воли так велико, а в поступках, реальных актах и других действиях становится не важным; ведь воля есть в любом сознательном действии и механизм ее реализации, воплощения принципиально один и тот же.

Приходящее первым на ум объяснение, что сделка, являясь всегда только целью промежуточной, средством (об этом уже говорилось), — это всецело акт, имеющий только социальное, но не реальное бытие (т.е. не действие с вещами), не может быть признано удовлетворительным. Любое реальное жизненное благо так или иначе получается через общество. В этом смысле едва ли не все греховные действия (т.е. направленные против общества) могут быть представлены как действия по получению материальных благ. Но ведь именно в рамках рассуждения о грехе началась глубокая разработка воли, прежде всего Ансельмом Кентерберийским. Иными словами, сделка — это не просто акт, направленный на достижение материального блага через общество, через других людей.

Видимо, дело в том, что сделка имеет специфику, состоящую в том, что она сама по себе вовсе не затрагивает ничего вещественного, материального, она создает связь только идеальную, юридическую. Она потому и такова, что совершается вне процесса воздействия на вещное, материальное окружение. Мне кажется, что это отрицательное, «нереальное»¹ качество сделки никак нельзя упускать при анализе.

Как действие, лишенное полезной материальности, сделка принципиально отличается от иных актов, преследующих жизненные цели своей исключительной направленностью на будущее, на то, что возникает после сделки. Напротив, как только действие человека, имеющее, в отличие от сделки, непосредственную материальную полезность получения искомого блага, достигает желаемого², оценка волево-

Ярославль, 2008). Это, возможно, верно, если мы имеем дело со сделкой, аннулированной судом (или хотя бы намеренно скрытой). Хотя ничтожная сделка имеет свойства юридического факта и вне плоскости правонарушения (подробнее этот вопрос обсуждался в главе о реституции). Если же сделка, открыто исполненная, сыгравшая роль акта реализации товаров, работ, услуг (по терминологии НК РФ) в гражданском обороте, а также и факта, с которым связан переход прав, осталась не оспоренной в суде, то трудно отрицать за ней значение юридического факта, причем никак не правонарушения. А такова судьба большинства сделок с теми пороками, которые означают «ничтожность саму по себе».

¹ «Нереальность» не означает нематериальности сделки: сделка всегда действие, т.е. материальна. Но она принципиально — *не полезное действие с вещами, не действие по производству полезности вообще*. (Под непосредственной полезностью следует понимать, конечно, и передачу готовой вещи другому человеку.)

² Впрочем, и недостижение желаемого результата ничего не изменит в наших рассуждениях.

го содержания этого действия с точки зрения соотношения воли и ее изъявления вовне, а также соотношения мотивов и цели утрачивает смысл, хотя вполне возможна и часто оправданна с психологической точки зрения¹. На самом деле едва ли важно выяснять, какая цель ставилась актором, если она уже достигнута (упущена). С точки зрения возложения риска на того, кто принял решение, также не имеет смысла распределять последствия решения, когда риск уже реализован в виде получения выгоды и/или понесенных расходов.

Эти вполне тривиальные суждения нам нужны, чтобы вернуться к вопросу о сделке как цели и возможности удвоения воли. Как уже говорилось, ситуация удвоения воли возникает всякий раз, как конструкция вещного договора переносится в российское право². Удвоение состоит, напомним, в том, что вещь якобы отчуждается дважды: в момент заключения договора об отчуждении вещи и в момент передачи самой вещи.

Впрочем, сторонники вещного договора в нашем праве имеют преимущество перед иными отечественными цивилистами, которые полагают действительной продажу чужого имущества и без последующего вещного договора. Ведь если первый акт отчуждения ничтожен, так как пока еще никто не говорит, что можно отчуждать чужое, а второй (вещный договор) вовсе не происходит, то получается, что отчуждения так и не случилось. Стало быть, допускать действительность продажи чужого без вещного договора можно только в одном случае — если не дать себе труда понять, что этого просто не может быть, что само это представление лишено смысла, несостоятельно. В этом отношении сторонники концепта вещного договора в российском праве похвально отличаются от иных своих коллег, говорящих о возможности продажи чужого без всяких дополнительных допущений, тем, что они все же как-то обдумывали свои суждения, хотя бы таким образом, что распространили действие Германского уложения на другую страну.

Мы уже могли убедиться, что весь процесс совершения действия принципиально един³: воля формируется вокруг своей цели, и они не могут быть отделены либо раздвоены (умножены) по своей сути. У одной воли не может быть двух целей, так как цель — это и есть воля.

Если целью является совершение сделки, то воля состоит именно в совершении сделки. Сложный договор (обычно соглашения представляют собой множество сделок) является на самом деле множеством волеизъявлений (на этом и основана конструкция частичной недействительности сделки).

Каждая воля достигает (или не достигает) только своего собственного результата, своего изъявления вовне — волеизъявления, которое и является ее целью.

Если применить эти вполне очевидные суждения к акту передачи вещи во исполнение договора об отчуждении вещи, *traditio* (или исполнения обязательства *dare*, о передаче вещи в собственность), то в первую очередь возникает вопрос: на-

¹ Кроме того, именно отношением к материальной цели оценивается воля в деликте, и этим отличается юридическое значение воли в деликте от воли в сделке.

² Марк Твен говорил, что веру получают всегда из вторых рук и всегда без проверки. Вот такое религиозное качество получил в нашей литературе (не всей, конечно) германский вещный договор.

³ В общем виде такой процесс условно представляется как выбор цели и инициация действия по достижению такой цели: *Ильин Е.П.* Психология воли. 2-е изд. СПб.: Питер, 2009 С. 64. (Серия «Мастера психологии».)

сколько уместно квалифицировать это действие как сделку? На мой взгляд, основания для такой квалификации, если исходить из самой сути явлений, едва ли усматриваются. В крайнем случае традицию можно считать сделкой, направленной на прекращение обязательства¹. (При этом под сделкой понимается в данном случае действие, направленное на прекращение обязательства (ст. 153 ГК).)

Квалификация передачи вещи в качестве реального акта² (поступка), но не сделки, как в немецком праве, не только не исключена, но и более последовательна в проведении взгляда на сделку как на акт нематериальный в том смысле, о котором уже говорилось. Поэтому она кажется предпочтительной.

Обе квалификации исходят, впрочем, из того, что передача вещи — сознательное действие, направленное именно на вручение вещи другому лицу (его участие требует признать это действие совместным, что в данном случае не обсуждается).

Везде одно и то же, и различия интерпретаций состоят лишь в том, что в одном случае считается, что воля на передачу права уже выражена раньше, в договоре, причем эта воля проявилась как действие (договор), а в другом случае считается, что договор о передаче права «мысленно присоединяется» к реальному акту передачи вещи.

¹ Такой взгляд не имеет никаких причин, кроме конъюнктурных, позволяя не слишком радикально отказываться от давно высказываемых, но никогда до конца не обоснованных взглядов. Этот компромисс позволяет, стало быть, не обострять и без того конфликтную дискуссию.

Кроме того, этим несколько облегчается и возможность распространения на действия по исполнению обязательств некоторых (отнюдь не всех) правил о сделках в специальных случаях, например при банкротстве. Такая возможность основана, конечно, на том, что любое сознательное действие человека является волевым, о чем мы уже говорили.

Вообще говоря, действия должника по исполнению обязательств в процедуре банкротства нельзя считать столь же жестко предопределенными ранее выраженной волей, как это присуще обязательству исправного должника. Нетрудно убедиться в существовании общего (и весьма древнего) правила игнорирования воли неисправного должника (некоторый материал был приведен на завершающих страницах главы 8 книги). Возможны и нюансы этого подхода, которые ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» замечательно обозначены как подозрительность сделок неисправного должника (ст. 61.2). Это позволяет говорить о том, что *в случае неисправности воля должника утрачивает свое действие и более не имеет права на уважение*.

Соответственно, последующие действия такого должника в той или иной мере освобождаются от связанности этой волей и приобретают самостоятельное значение. Поэтому возникает юридическая возможность отдельной оценки и отдельного оспаривания этих действий, не затрагивая предшествовавшую им сделку, просто отбрасывая ее и отвлекаясь тем самым от фундаментального принципа «обязательства должны быть исполнены».

Последствия такого оспаривания существенно отличаются от общих правил о реституции, закрепленных в ст. 167 ГК, и представляют собой совокупность весьма специфических норм.

² Общая оценка соотношения сделки и реального акта такова: сделки содержат одну или больше деклараций о намерениях с добавлением последующего акта, который, поскольку его больше не нужно поддерживать специальным намерением при совершении, именуется реальным актом (Realakt). Так, передача собственности в соответствии с § 929 BGB требует вещного договора и передачи фактического владения, причем передача, как и вещный договор, не требует специального намерения (*Markesinis B., Unberath H., Johnston A. German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd ed. Oxford; Portland (Oregon): Hart Publishing, 2006. P. 27–30*). Дело, однако, в том, что реальный акт не только не нужно поддерживать особой волей, но, более того, недопустимо требовать после сделки снова проявления воли, ее подтверждения, так как подобный взгляд на исполнение исходит из ошибочного допущения, что воля может быть пересмотрена после совершения сделки и потому нуждается в повторении (обновлении, подтверждении и т.д.). Именно из-за непонимания этого обстоятельства и возникли тупики с пониманием передачи собственности в нашем правоведении.

Преимущества обоих подходов в том, что в них предприняты попытки создать логичный механизм связи между волей обладателя права и переходом права.

Отсутствием такой логики страдает то удвоение, которое возникает у тех наших цивилистов, которые считают передачу вещи и сделкой, прекращающей обязательство (что неизбежно, если вообще считать традицию сделкой), и одновременно — сделкой, «передающей» право собственности.

Получается, что одно действие — это две сделки или одна сделка с двумя целями. Сторонники этих взглядов не стремятся выбрать один из этих двух вариантов; впрочем, любой из них является невозможным суждением.

Попробуем наметить пути выхода из этого тупика.

Нужно сразу заметить, что детальное изучение процессов формирования и выражения воли психологами не дает никаких оснований для любого допущения, что воля может иметь более одной цели¹. Вопрос о множественности возникает только в аспекте трудности формирования воли при множественности (или неясности) мотивов, вплоть до паралича воли при взаимоисключающих мотивах². Мотивы могут быть, конечно, неполярными. Тогда цель может определяться легче и стремление к ней может быть сильнее в силу умножения мотивов. Но в любом случае, при любой множественности мотивов, цель, т.е. сознательное действие, будет единственной, а действие, вполне понятно, — одним действием³.

Представления об удвоении действия воли связаны главным образом с квалификацией исполнения договора об отчуждении вещи (но, раз возникнув, эти представления могут обнаружиться и в других юридических конструкциях). Остановимся на этом пункте.

Нетрудно обнаружить, что германские юристы, придумав концепт вещного договора, предусмотрительно избавили себя от тупика удвоения, лишив действие по передаче вещи значения юридического акта и оставив ему лишь статус поступка (реального акта, в терминологии германских юристов). Тем самым фикция вещного договора игнорирует волевые свойства традиции.

Я не думаю, что здесь имеет смысл подробно показывать фиктивность вещного договора⁴. Можно сделать лишь несколько замечаний. Как заметил еще Гай,

¹ До того, как этот феномен курьезным образом вдруг обнаружился в российской цивилистике, единство воли и цели могло считаться совершенно очевидным. По своей природе эта антиномия могла бы заинтересовать до того разве что схоластов, но они решали ее вполне естественно, в духе единства цели (*finis*) воли и способа ее достижения как единого (*eadem*) (см., например: Бл. *Иоанн Дунс Скотт*. Указ. соч. С. 511.)

² *Леонтьев А.Н.* Воля // Вестник Московского университета. Сер. 14 «Психология». 1993. № 2. С. 3–14.

Иоанн Дунс Скотт полагал, впрочем, что воля может удерживаться от акта воления и в том случае, «когда ей явлено блаженство» (Бл. *Иоанн Дунс Скотт*. Указ. соч. С. 469, 506–507).

³ «В таком случае, когда конфликт, заключенный в борьбе мотивов, не получил разрешения, которое исчерпало бы его, особенно осознается и выделяется решение, как особый акт, который подчиняет одной принятой цели все остальное» (*Рубинштейн С.Л.* Указ. соч. С. 529).

⁴ Этому вопросу посвящена следующая небольшая глава. Дополнительно к тому, что в ней сказано о фиктивности вещного договора, я бы заметил, что фикция в принципе не может быть доказана, так как она не вытекает из сути явлений, будучи лишена всякого реального бытия. А доказан может быть только факт — то, что существует. Однако фикция всегда обосновывается из практических нужд, она устраняет противоречия в системе, позволяя ей нормально функционировать. Таким образом, обоснование фикции состоит в обосновании ее удобства, а отнюдь не того, что она якобы следует из дей-

в праве существуют лица, действия, вещи. Нетрудно заметить, что при всех несомненных юридических опосредованиях каждое из этих явлений — это все же материальный феномен. Именно поэтому фикции прежде всего имеют своим объектом именно лиц (можно указать здесь на фикцию юридического лица), вещи (я бы сослался на такую актуальную сегодня для нас фикцию вещи, как помещение¹) и, наконец, действия.

Вещный договор и является фикцией действия (договора о передаче права), которого на самом деле как действия не существует.

Прежде всего, не существует обязательства по передаче права вообще и передаче права собственности в частности. Я бы этого не повторял ввиду очевидности этой истины, если бы вновь и вновь не слышал заявлений о якобы существующей обязанности «передать право», «наделить правом» и т.п.

Достаточно здесь указать хотя бы три факта. Во-первых, в самом понятии обязательства не заложено возможности действий по передаче права (ст. 307 ГК), и это, конечно, не случайный недосмотр законодателя.

Во-вторых, как только мы перемещаемся в сферу правопреемства, сразу обнаруживаем, что права в принципе не передаются. То, что называется правопреемством, на самом деле представляет собой не передачу права, а юридический механизм, в силу которого право прекращается у одного лица и возникает у другого, причем эти права не обязательно тождественны (скажем, при отчуждении вещи частному лицу субъектом права оперативного управления — этот пример приводил еще В.П. Грибанов).

В-третьих, существует множество случаев, показывающих, как действует правопорядок, который не только принципиально исключает обязательства по передаче права (наделению правом), но и прямо позволяет создать право другому лицу действиями того, кто никакого права не имеет и никакой воли на передачу собственности иметь не может (такой эффект имеют действия комиссионера, судебного пристава при изъятии проданной вещи от продавца и т.д.).

Самое важное, пожалуй, то, что если бы было обязательство по передаче права, то было бы и действие по исполнению такого обязательства. Но такого действия нет, как это уже говорилось.

Оценивая акт передачи вещи во исполнение обязательства из договора об отчуждении вещи, мы можем согласиться с тем, что должник передает вещь, чтобы освободиться от своей обязанности². Вообще говоря, здесь есть несомненно дей-

ствительных фактов. Вполне понятно, что если сложившиеся фактические отношения одновременно и удобны для регулирования, то они не являются препятствием. В этом случае они не создают никакой юридической проблемы и не привлекают внимания юристов. Поиски же фикции следуют всегда за обнаружением юридического тупика, тяжелого противоречия, возникшего в реальности.

¹ Подробнее вопрос изложен в последней главе книги (в разделе «Помещение как объект права»). См. также: *Егоров А.В., Церковников М.А.* Права на пространство в здании: Комментарий к постановлению Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 64 // *Вестник ВАС РФ.* 2010. № 2. Авторы говорят, что помещение — «своего рода фикция» (Там же. С. 67). Но фикция — всегда своего рода, общей фикции, конечно, быть не может.

² «Должник платит для того, чтобы освободиться от своего долга» (*Иеринг Р. ф.* Цель в праве // *Избранные труды.* Самара, 2003. С. 26.)

ствующий механизм, который сам по себе обеспечивает весь гражданский оборот. Этот механизм сложился именно таким образом, что должники стремятся исполнить свои обязательства, подстегиваемые, скажем, нежеланием подвергнуться различным санкциям (а также и прочими мотивами — заботой о деловой репутации и т.д.). Принимая решение о том, как исполнить свое обязательство, должник привлекает все свои знания, опыт, навыки, тем самым делая достоянием иных участников оборота те собственные качества и ценности, которые иначе оставались бы только у него и попросту пропали бы для развития общества. (В этом и проявляется позитивная сила права, о которой уже говорилось.) Но при этом его воля направлена только на одну цель, причем *воля всегда бывает направлена только на одну цель, воля — это и есть сама эта цель в данном отношении* — действие по исполнению обязательства.

С другой стороны, если следовать идеям, возникшим из вещного договора (но ушедшим затем в сторону), действие продавца по исполнению обязательства из договора купли-продажи, сохраняя качество сознательного волевого акта исполнения обязательства, является также и другим сознательным волевым актом по передаче права собственности. Но дело в том, что если в германском праве вещный договор является полноценной фикцией, т.е. предусмотрен законом и является важной частью его системы¹, то система нашего права подобной фикции не содержит, по каковой причине возникла идея присваивать функции акта о передаче права тому акту, который является совсем иным действием. А это систему закона, напротив, деформирует.

Сторонники идеи удвоения воли обычно полагают не только то, что акт передачи права существует на самом деле, но также то, что существует обязательство о передаче права, вопреки тому, что показано выше. Именно в связи с этими убеждениями они обычно и не замечают всей проблематики, связанной с фиктивностью вещного договора.

Потому и не имеется попыток обосновать эти взгляды. Обычно дело ограничивается ссылками на немецкую, реже — на французскую литературу.

Понятно, что акт освобождения от обязанности влечет не только освобождение от ответственности, но и сам собой дает нередко определенные права в силу оговоренных условий: передача арендованной вещи не только освобождает арендодателя от ответственности, но и дает ему право требовать арендной платы и т.п. На самом деле здесь нет никакого умножения целей. Достаточно представить себе гипотезу: вручая вещь арендатору, арендодатель не имеет намерения получить арендную плату (скажем, во избежание списания полученных сумм по долгам), либо вещь вручается приставом, вовсе не имеющим никакого намерения. Но отсутствие намерения никак не скажется на возникновении права. Мы здесь видим тот же самый, уже известный нам *автоматизм, когда обусловленные в договоре дей-*

¹ Как выразился А. Ваке, «родоначальники BGB посчитали необходимым в интересах торгового оборота признать абстрактность распорядительной сделки по поводу вещи» (Ваке А. Приобретение права собственности покупателем в силу простого соглашения или лишь вследствие передачи вещи? // Цивилистические исследования. Вып. 1: Сб. науч. трудов памяти проф. И.В. Федорова / Под ред. Б.Л. Хаскельберга, Д.О. Тузова. М., 2004. С. 136). Автором дано адекватное описание сознательного установления фикции, которая со временем начинает восприниматься юристами — потомками родоначальников уже естественно, что также отмечает А. Ваке в той же статье.

ствия (и иные факты) влекут свои последствия уже без всякого учета воли участников на эти последствия¹.

Говоря проще, **однажды выраженной сделкой воли не только совершенно достаточно, но и изменить ее потом уже нельзя.** Именно поэтому *невозможно, недопустимо и ошибочно в каждом действии по реализации ранее выраженной воли снова и снова требовать ее выражения или подтверждения.* Ведь такие представления имеют в своей основе неприемлемое допущение, что сделка может быть односторонне пересмотрена после ее совершения.

На самом деле достаточно того, что осуществляется обязательство, возникшее из действительного волеизъявления. Все последствия такого исполнения заранее оговорены, и никакой дополнительной воли на эти последствия требовать недопустимо.

Бесспорное рассуждение Эннексеруса о том, что достаточно выразить волю на «непосредственные последствия сделки», а ко всем прочим, «косвенным», последствиям затем «приводит правопорядок»², я бы все же уточнил тем, что все возникающие из действий сторон сделки последствия неуклонно создаются правопорядком именно в силу уже выраженной и не подлежащей пересмотру воли, в которой все последствия заранее содержатся. Среди тех постулатов, которые и создают правопорядок, наряду с некоторыми иными, например запретом лишения лица права помимо его воли, имеется и постулат недопущения изменения воли после совершения сделки.

В игнорировании этого, вполне очевидного и притом фундаментального, принципа и коренится источник ошибки удвоения воли и других подобных ей ошибок.

Нельзя вместе с тем не увидеть, что сделка, являясь действием, тем самым имеет свойства факта, т.е. явления объективной действительности, которое может быть воспринято другими людьми. Это свойство сделки в принципе позволяет использовать ее в качестве того внешнего обстоятельства, с которым можно связать какие-либо юридические последствия, т.е. факта юридического. Следовательно, сделке можно присвоить то значение, которого она на самом деле не имеет, просто пользуясь ее качеством факта. В этом смысле сделка столь же пригодна для механических целей правового регулирования, как истечение срока, рождение ребенка или, скажем, двенадцатый удар курантов³.

¹ Описанием этого автоматизма можно, например, считать такое: «...когда продавец должен перенести право собственности на покупателя, говоря иначе, когда в отношении данного товара должен состояться переход прав собственности» (*Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В.* Обязанность продавца — обеспечить юридическую чистоту отчуждаемого имущества и последствия ее неисполнения // *Гражданско-правовые записки: Межвуз. сб. научных трудов. Вып. 2. М., 2002. С. 79*). Авторы, вовсе не стремясь поставить под сомнение обязанность продавца «наделить правом собственности» покупателя, не могут, однако, отступить от действительности, в которой это право все же переходит само, автоматически. Замечание авторов, что обязанность передать вещь и обязанность передать право связаны «неразрывно» (Там же. С. 74), — иной способ сказать то же самое: покупатель не выполняет никакого действия, помимо передачи; тем не менее право собственности переходит.

² *Эннексерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. 1. Полумом 2. М., 1950. С. 110.

³ Поэтому сделка может служить фактом, знаменующим переход права собственности, при том, что для передачи (создания) права собственности требуется состав, по крайней мере, из двух фактов (в этом проявляется воздействие системы традиции). Тогда договор, выражая волю на отчуждение (это обязательно для купли-продажи), одновременно может выступать и как факт, с которым стороны свя-

После того как договор заключен, все действия его участников будут исполнением возникших обязательств. И в этом качестве они могут быть представлены как сделки, прекращающие обязательства, либо как поступки. Во втором случае на первый план выступает реальное качество акта исполнения, его материальность, которой принципиально лишена сделка (об этом говорилось выше). Но если акт исполнения не может быть тем фактом, с которым закон связывает переход права, то закон и должен указать иной способ передачи права.

Для этого используется конструкция распорядительных сделок. Распорядительная сделка понимается как чистый акт воли, направленный на передачу права¹. Кажется, что распорядительная сделка сохраняет лишь то свойство сделки, что она рассматривается как нематериальное, невещественное действие.

Однако ближайшее рассмотрение показывает, что это — не только не невещественное действие, но и вообще не действие. Как уже говорилось, передача права не может выражаться в каком-либо специальном действии².

«В любом волевом усилии в той или иной степени присутствует мышечное напряжение»³. Иногда такое усилие невелико, как говорил Савиньи, но оно все же есть всегда. Понятно, что сделки не требуют большого усилия⁴, и это отчасти компенсируется требованиями облечь их в определенную форму для облегчения распознавания, затрудненного малостью мышечного движения.

Но вот для цели передачи права не обнаруживается *ровно никакого мышечного движения*. Как говорят те, кто признает соответствующие конструкции, передача права осуществляется сама собой, т.е. без всякого движения, без всякого действия.

Как спор с солипсистом, утверждавшим, что в мире нет ничего, кроме его сознания, можно завершить предложением ему прыгнуть в пропасть, так и спор со сторонником существования акта передачи (наделения) права исчерпывается предложением показать такой акт наяву, что пока никем продемонстрировано не было, при самой разной, иногда высокой, степени пластических способностей верящего в существование обязанности передать право.

Если иметь в виду, что сделка — всегда действие, а действия по передаче права не бывает, то приходится признать, что и распорядительная сделка (в том чис-

зали переход права собственности. Таким образом, здесь сохраняется конструкция состава, необходимого для передачи права собственности.

¹ Вдаваться в дискуссию об иных вариантах, скажем, в виде прощения долга, мы не будем.

² Едва ли есть смысл упоминать здесь такой тривиальный факт, как юридическое значение молчания (воздержания от действия). Такому сознательному поведению иногда придается юридическое значение именно потому, что оно является объективным фактом, имеющим ту же материальную природу, что и действие, и в этом смысле принципиально отличным от фикции действия. Бездействие не может быть, следовательно, использовано для имитации акта передачи права, равно как и для любой другой имитации: с точки зрения пригодности придания факту значения, которого в нем нет, факт молчания (воздержания от действия) удобен в самую последнюю очередь.

³ Маклаков А.Г. Общая психология: Учебное пособие. СПб.: Питер. С. 386. (Серия «Учебник нового века».) То же пишут многие авторитетные психологи, обзор точек зрения см.: Ильин Е.П. Психология воли. СПб.: Питер. С. 137 и далее.

Бл. Августин замечал, что поскольку движение век находится в нашей воле, то и зрение находится, стало быть, во власти воли.

⁴ «Саксонское зеркало» требовало от рыцаря для подтверждения полной правоспособности сохранения способности залезть на коня в доспехах. Но это все же не означает, что такие же усилия нужны были ему для совершения завещания.

ле и вещный договор, о котором уже говорилось) — условное, фиктивное явление. Связь ее с реальностью проявляется лишь в том, что она так или иначе прибавляется, конечно условно, к какому-либо факту. Этим фактом может быть передача вещи, но может быть и другой факт, избранный в этом качестве актором (точнее, сторонами) или законом.

Заметим, однако, что нигде закон не допустил вариант присвоения одной сделке вида двойной сделки, каждая из которых порождает свои последствия. Здесь вероятно то объяснение, что нельзя исказить природу действительного акта. Уж лучше домыслить к нему отдельный фиктивный акт, чем нагрузить волю лица, совершающего действие на самом деле тем, чего в этой воле нет.

Распорядительная сделка как общая конструкция оправдана лишь удобством и, как любая фикция, должна вводиться законом.

Какие же неудобства преодолевает эта фикция?

Если оставить механизм передачи права только естественным свойствам сделки, то право будет всецело зависеть от сделки. Но если момент передачи права приурочивается не к сделке, а к другому факту, то укрепляется право, получив независимость от сделки.

Отсюда такое свойство распорядительных сделок, как их абстрактность¹. Вообще говоря, если распорядительная сделка не абстрактна, смысла в этой конструкции, пожалуй, и не имеется. Видимо, именно поэтому рассуждения о распорядительных сделках в российском праве (обычно теория считает их каузальными; чаще всего это обнаруживается в интерпретации традиции) имеют довольно отвлеченный, в том числе — от практики, характер.

Обсуждая механизм распорядительных сделок, мы должны перейти к другому обстоятельству. Эта сделка сама собой переносит право. Но мы уже могли видеть, что обязательства передачи права не бывает. Из этого мы можем заключить, что если конструкция распорядительной сделки используется для интерпретации исполнения обязательства, то мы снова получаем фигуру удвоения, сигнализирующую об отклонении от действительности. И на самом деле, как мы видели, достаточно, если волей установлено обязательство об отчуждении права; помимо этого специальных волевых актов, вновь подтверждающих это намерение, для передачи права не нужно, а точнее — их не может быть.

Если при этом иметь в виду, что действие по передаче права в принципе невозможно, то мы приходим к неизбежному выводу, что договора об отчуждении права достаточно для перехода права, поскольку право не связано в обороте с вещью (как связано прежде всего право собственности).

В этом случае сделка сама служит тем фактом, который рассматривается правопорядком как основание перехода права. Например, в силу ст. 1234 ГК РФ моментом перехода исключительного права является момент заключения договора о распоряжении этим правом, если не требуется государственной регистрации².

¹ См., например, материал из германского права по этим вопросам: Крашенинников Е.А. Основные вопросы уступки требования // Очерки по торговому праву. Вып. 6. Ярославль, 1999; Его же. Содержание субъективного гражданского права // Очерки по торговому праву. Вып. 13. Ярославль, 2006, и др.

² См.: Павлова Е.А. Договоры о распоряжении исключительным правом: Комментарий к постановлению Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возник-

Если при этом мы представим, что договор создает обязательство, которое сразу же и исполняется, то исполнение придется примысливать к договору (в отличие от реального договора, в котором все же есть действительное действие по передаче вещи, есть и кауза этой передачи, созданная договором). Такая фикция оправдана, только если передаче права мы придадим свойства абстрактности и тем самым укрепим положение получателя прав и оборота в целом.

Точно так же следует расценивать и договор о передаче права требования (цессии). Здесь так же, как и во всех случаях, когда предметом сделки является право само по себе (включая и договор купли-продажи имущественных прав (п. 4 ст. 454 ГК РФ), достаточно одного договора для передачи права. Для удобства момент перехода права может быть увязан с любым фактом – моментом платежа, истечением срока и т.п. Для этого также достаточно сделать оговорку в договоре¹. При отсутствии специальной оговорки фактом, к которому приурочен переход права, является сам договор купли-продажи права требования (или иной, подобный ему), как это уже было показано выше. Дополнительных действий для передачи права совершать не нужно в любом случае.

Повторим, что никакого обязательства по передаче права, равно как и никакого действия по передаче права, не существует и его конструирование возможно только в виде фикции. Сразу замечу, что такая *фикция в виде абстрактной сделки цессии (распорядительной сделки) весьма и весьма желательна*. Она сама собой прекратит разрушительную практику оспаривания договоров об отчуждении прав по различным основаниям, имеющим отношение не к действительности уступленного права, а к иным отношениям цедента и цессионария².

Обращаясь теперь снова к передаче права собственности, заметим самым кратким образом следующее.

Наше право стоит на признании ничтожности продажи чужой вещи. Такое признание само по себе имеет фундаментальный характер и исходит из базового принципа недопущения лишения собственника его права помимо его воли. Выше было показано, что продавец лишь однажды выражает волю на отчуждение вещи – в договоре.

Соответственно, если договор об отчуждении совершен не собственником (или иным лицом, уполномоченным на отчуждение вещи), он *ipso iure* становится недействительным.

ших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2009. № 9. С. 65.

¹ Выше говорилось, что для передачи права собственности необходим юридический состав, не менее двух фактов. Для передачи права требования, исключительного права и тому подобных объектов, напротив, достаточно одного договора, однако стороны могут своей волей предусмотреть специальный дополнительный факт, знаменующий передачу права.

Если право подлежит госрегистрации, то основанием регистрации будут те факты, о которых только что сказано, в том числе – и только договор, если никаких иных фактов, знаменующих переход права, не указывает договор или закон.

² Сам факт, что преобладающие у нас (чаще всего, впрочем, лишенные рефлексии) представления о существовании двух актов – договора купли-продажи прав и затем акта о его передаче (цессии) – насколько не препятствуют массовой практике оспаривания сделок по уступке права именно как сделок каузальных, лишний раз говорит о том, что если фикция намеренно не учреждена законом, то блуждание юристов в конструкциях, бессознательно позаимствованных в иных правовых системах, никакой пользы не приносит.

В то же время по требованиям стабильности гражданского оборота (и против принципа верховенства воли собственника) установлена защита добросовестного приобретателя, т.е. лица, незаконно получившего имущество по недействительной сделке. В нашем праве в последние годы такая защита все более укрепляется, причем в первую очередь не законом, а практикой, за которой закон лишь с разной степенью успешности следует (имею в виду прежде всего поправку в п. 2 ст. 223 ГК РФ). Понятно, что само понятие добросовестности основано на запрете продажи чужого, и идея отказаться от этого запрета в принципе (нежелательная, если учесть, как это будет понято участниками оборота в наших условиях) обрушит все сложившиеся конструкции, основанные на добросовестности. В то же время возможности дальнейшей защиты оборота на основе добросовестности приобретателя кажутся исчерпанными.

Впрочем, защита оборота не сводится только к фигуре добросовестного приобретения; она предусматривает и ответственность продавца чужой вещи за отсуждение этой вещи собственником. Но норма ст. 461 ГК об ответственности за эвикцию оказалась по существу парализованной. (Известно, однако, что этот механизм, сложившийся в римском праве, затем оказался усеченным и утратившим в немалой мере свое действие, в том числе и в германском праве, как об этом говорилось выше.)

Итак, с одной стороны, продавец чужой вещи должен возместить покупателю убытки после отсуждения у того вещи (как предполагается, по виндикации). С другой стороны, купля-продажа чужой вещи недействительна, а недействительная сделка исключает ответственность (ст. 167 ГК).

Выход видится на пути отделения ответственности за эвикцию от судьбы самой продажи, т.е. придания ответственности за эвикцию качеств абстрактности, независимости от действительности договора.

В этом случае сохраняется без потрясений система нашего права, основанная на вполне справедливом запрете продажи чужого, сохраняются также и все созданные в последние годы механизмы по защите добросовестного приобретения имущества. Преимущества этого решения видятся не только в том, что оно максимально сохраняет сложившуюся систему ГК, но и в том, что предлагаемая абстрактная конструкция вводится сознательно, а не путем искажения и перетолковывания закона. Именно так и должен учреждаться всякий абстрактный механизм.

Ответственность за эвикцию в этом смысле возникает не потому, что действительна продажа чужого (если так, то отпадает и фигура добросовестного, т.е. незаконного, приобретателя, да и виндикация), а потому, что мы вводим условную фигуру разъединения ответственности за эвикцию и договора купли-продажи вещи, делая одну сделку (по установлению ответственности на случай эвикции) независимой от другой. Представляется так, чтобы содержащееся в каждой продаже явно или подразумеваемым образом заявление о том, что вещь принадлежит продавцу, никому не заложена и т.д., приобретает значение самостоятельного обещания, за нарушение которого продавец несет самостоятельную ответственность, даже если продажа в целом и оказалась ничтожной.

Эта абстрактное разъединение делает ненужными дальнейшие попытки обнаружить в нашем праве следы вещного договора. Иными словами, с помощью одной

абстракции, более уместной в нашем праве, мы устраняем необходимость в другой абстракции, в наше право не вписывающейся и излишней¹.

Ответственность за эвикцию сближается с гарантией, действие которой не зависит от вины.

В то же время ответственность за эвикцию может быть, как любое обязательство, предметом обеспечения — поручительством, залогом и т.д.²

Тем самым оборот сразу же становится на порядок надежнее. Теперь покупателю можно не бояться предсказуемых и неустранимых рисков, которыми изобилует наш рынок: достаточно потребовать от продавца дополнительного обеспечения его ответственности за эвикцию, и глядя на его поведение, легко понять, насколько он уверен в своем праве. Кроме того, риск становится хеджируемым, подлежащим расчету, страхованию. Те тысячи инвесторов, которые до сих пор боялись прийти на наш рынок (а это наиболее осторожные и цивилизованные инвесторы), получают понятный механизм защиты при покупке таких опасных активов, как, скажем, земельные участки. Для прочих появится стимул показывать действительную цену объекта в сделке (ведь от нее будет рассчитываться сумма ответственности за эвикцию), что имеет очевидный фискальный интерес.

Уже после завершения работы автора над этим изданием появилось разъяснение, содержащееся в п. 43 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 10/22 от 29 апреля 2010 г., которое можно рассматривать именно так, как об этом говорилось выше.

¹ При этом желательность абстрактной цессии, о которой говорилось выше, сохраняется.

² Не исключено и более детальное регулирование ответственности продавца в договоре купли-продажи вещи в рамках его (абстрактного) обещания отвечать за отсуждение вещи. Однако такое регулирование ответственности за эвикцию соглашением сторон должно быть ограничено запретом на освобождение продавца от ответственности, ибо тем самым будет прямо нарушен принцип недопустимости продажи чужого.

ГЛАВА 13

НЕКОТОРЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ О ПРИРОДЕ ВЕЩНОГО ДОГОВОРА¹

Мы уже не раз затрагивали вещный договор. Видимо, имеет смысл высказаться по этому поводу отдельно, тем более, что специально посвященная этому вопросу монография Л. Василевской² дает для этого повод. Понятно, что обсуждение данного вопроса эксплицитно, а пожалуй, и открыто отсылает к проблеме отношения между российским и германским правоведением, которое всегда было весьма сложным и обремененным известным подтекстом.

Труд Л. Василевской, конечно, не может быть свободен от этой оппозиции. Тон автора (как, впрочем, и некоторых иных просвещенных исследователей) исполнен благожелательной назидательности рассудительного мальчика в штанах, обращающего свою речь к русскому мальчику, лишенному упомянутого атрибута цивилизованности.

Типичной для германских цивилистов является универсализация вещного договора и распространение его и на те случаи, когда специального акта для передачи вовсе не требуется даже для целей оптимизации оборота. После принятия ГГУ и подчинения вещному договору всей текущей юридической практики из германской литературы практически исчезли попытки поставить под сомнение доктрину вещного договора. Давно сформировалось убеждение в обыденности этого инструмента. Такой подход, приводящий к восприятию вещного договора как естественного юридического явления, присущ, насколько можно судить, и Л. Василевской, совершенно чуждой скепсиса в отношении избранного ею предмета исследований, что характеризует автора, конечно, с самой лучшей стороны.

Не имея намерения давать развернутую оценку книге Л. Василевской, я ограничусь лишь одним вопросом: о юридической природе вещного договора.

Под вещным договором принято понимать отдельное соглашение отчуждателя и приобретателя только о переходе права собственности, заключаемое помимо и независимо от договора, устанавливающего обязательство, и помимо собственно передачи вещи (в системе представлений вещного договора исполнение договора выступает как поступок). Единственным эффектом вещного договора является право собственности приобретателя. Никаких взаимных прав сторон этот договор не порождает.

Известно, что вещный договор предоставляет многочисленные удобства участникам оборота, что само по себе не предрешает вопроса о его правовой природе. Более того, чтобы оценить возможность усвоения вещного договора системой российского права, нужно ясно понимать природу этого юридического феномена.

¹ В этой главе продолжается развитие предыдущей. Поэтому их следует воспринимать как тесно связанные.

² *Василевская Л.Ю.* Учение о вещных сделках по германскому праву. М., 2004. Далее в тексте, если не указано иное, вместо ссылок на это издание даются указания на номер страницы.

В основе теории вещного договора лежат суждения К. Савиньи о сущности передачи вещи, каузе возникновения собственности у получателя. В трудах Савиньи можно обнаружить основания для разделения каузальной и вещной сделки, что дало основания для абстрагирования вещной сделки, основанной на собственном основании приобретения (*iusta causa*), от обязательства, исполнением которого является традиция.

Вернемся к некоторым суждениям классика, представленным в книге Л. Василевской.

Конечно, в основе теории должна быть оценка передачи вещи как юридического факта. Л. Василевская цитирует в этой связи Савиньи: «Под волеизъявлениями или юридическими сделками следует понимать те юридические факты, которые не только суть свободные действия, но в которых вместе с тем воля действующего лица непосредственно направлена на возникновение или прекращение юридического отношения» (С. 42–43).

Спорить невозможно. Но воля должника (а именно он передает вещь в силу договора об отчуждении вещи), конечно, направлена на прекращение юридического отношения, т.е. на освобождение от обязательства, а не на передачу собственности.

Для того чтобы справиться с этим вполне очевидным фактом, вытекающим из простого знания повседневной жизни, потребовались теоретические усилия, сформировавшие теорию вещного договора; понятно, что эта теория сохранила среди своих главных качеств именно оппозицию опыту, доходящую временами до его игнорирования. Способствуя хозяйственной практике, теория вещного договора считает допустимым не оглядываться на реальность, полагая, что практика «простит» теорию, не подтверждаемую здравым смыслом, за приносимые ею удобства.

В итоге участники хозяйственной деятельности, не получившие серьезной цивилистической подготовки, и не знают, что каждый раз, исполняя договор купли-продажи, они кроме прочего заключают особый договор, содержанием которого является отвлеченное от купли-продажи отдельное соглашение о переходе только одного права собственности, и тем самым они заключают не один, а два (или, считая договор о передаче денег, три) договора. Воля передающего вещь в рамках теории вещного договора вовсе отсутствует: она всецело замкнута в рамки вещного договора, а сам акт передачи как волеизъявление уже не рассматривается.

Конечно, присущее германскому праву стремление квалифицировать передачу вещи как поступок в значительной мере избавляет германских юристов от необходимости выяснять волю традента. Но при этом нельзя игнорировать волевого содержания действия по исполнению обязательства по передаче вещи, и не только потому, что многими цивилистами (и не только отечественными) эти действия квалифицируются как сделка, а прежде всего потому, что на самом деле воля передающего вещь не содержит в себе ничего иного, кроме только намерения освободиться от обязанности, и это вполне естественно.

Для любого субъекта права гораздо важнее освободить себя от обязанности, чем создать право другому лицу. И это столь же фундаментальный принцип, как

и принцип недопустимости ухудшения положения должника (обязанного лица), лежащий в основании всего механизма правопреемства. Собственно, первый принцип – лишь частное проявление второго. Поскольку речь идет о правопреемстве, определяющую роль всегда имеет интерес должника, но не кредитора.

Спасение теории вещного договора теперь приходится искать в воле другой стороны – кредитора. Предлагается следующее построение: воля получающего вещь, коль скоро это договор, должна быть согласована с волей исполняющего обязательство. А поскольку получатель, конечно, хочет получить собственность, то, стало быть, этого хочет и традент. Против этого рассуждения можно выдвинуть следующие доводы.

Во-первых, даже если получатель и не намерен получить право собственности, это его намерение или его отсутствие никакого значения не имеет. Он может быть понужден¹ к получению вещи именно в рамках исполнения обязательства, и при этом уклонение от получения заставляет рассматривать его как неисправного кредитора, но никак не в качестве стороны вещного отношения.

Во-вторых, как уже говорилось, весь механизм правопреемства подчинен принципу неухудшения положения должника. И потому его воля и интерес определяют содержание акта передачи вещи, но не воля кредитора.

Наконец, сама посылка, состоящая в том, что передача вещи – это договор, не доказана и может быть только принята на веру. Но ведь для доказывания наличия вещного договора нельзя исходить из того, что вещный договор имеется.

Большое значение в идеологии вещного договора имеет договор дарения, не создающий юридических обязательств сторон и призываемый на сцену каждый раз, когда нужно продемонстрировать ограниченность понимания договора как сделки об обязательстве, как способа установления юридической связи сторон.

Однако с позиций сегодняшней социологии, в особенности достижений французской антропологии, мы можем сказать, что дарение – это совершенно особая сфера, играющая не маргинальную роль, как в современных кодексах, но главная, определявшая все строение архаичного общества, а отнюдь не только имущественные отношения². В этом отношении адекватный анализ дара невозможен на базе позднейшего права, но требует пересмотра всей первичной системы договоров и подчиненных ей юридических представлений.

Дарение на самом деле служило устройению общественной иерархии, являлось универсальным средством имущественной циркуляции, в которой впервые выяснилось социальное, а никак не вещественное, природное значение собственности.

Возвращаясь к юридическому значению подаяния (модельный пример цивилистики), как и дарения, мы должны понять, что на самом деле оно не только никогда не совершается безмотивно, но, напротив, реализует определенные и весьма важные социальные отношения, порождая социальную связь, ценную для ее участ-

¹ Понуждение, конечно, состоит в данном случае не в насилии.

² См.: Мосс М. Очерк о даре // Мосс М. Общества. Обмен. Личность: Труды по социальной антропологии / Пер. с фр. М., 1996. Идеи М. Мосса о даре развиты французскими мыслителями прошлого века, в частности Батаем, Бодрийяром и др. См. также: Дары. Обмен дарами // Словарь средневековой культуры / Под ред. А.Я. Гуревича. М., 2003. С. 134. В первых главах книги этот вопрос уже затрагивался.

ников. Представим, что нищий, получив подаяние¹, обратился затем к подавшему ему, требуя предоставить работу и ссылаясь на то, что задаток ему уже дан. Точно так же дядя, получив подарок от приехавшего в гости племянника, никак не согласится с тем, что он тем самым сдал в аренду приехавшему родственнику комнату. И мы сразу обнаружим из возражений дарителя, не желающего стать работодателем, что и дающий, и получающий милостыню или подарок, на самом деле действуют, точно согласуя свою волю и вполне понимая последствия своих действий, т.е. те отношения, в которые они становятся в результате дара, хотя бы эти отношения и не охватывались вполне правом или даже вовсе вышли из юридической сферы. Дар (дарение) и сегодня, хотя в ничтожной, по сравнению с архаикой, степени, является способом установления социальных связей, и отказывать ему в социальном, пусть и не юридическом, эффекте нельзя. Намерение исполнить договор дарения обусловлено тем же намерением, что и само дарение, и это намерение одинаково существенно как для договора, так и для исполнения.

А раз так, то дар едва ли может стать удачным примером акта, не создающего никаких обязательств, и точно не является примером акта, не устанавливающего социальных связей.

Примеры с дарением вообще редко достигают своей цели, когда договор дарения в отрыве от своей действительной истории рассматривается только как один из договоров «о передаче имущества»; в этом качестве дарение — неважная модель. Но она весьма эффективна при выяснении границ современного права и отыскания на морально-правовой периферии источника связей, обязательств и отношений, властно влияющих на формирование общества, хотя и не снабженных принудительной силой.

Впрочем, основные идеи вещный договор заимствует все же у купли-продажи.

Возвращаясь к поискам К. Савиньи, мы обнаруживаем, что он был достаточно далек от убежденности в окончательности той конструкции, которая в дальнейшем воплотилась в ГГУ.

Л. Василевская отмечает, что впоследствии, после формулирования тех идей, которые были положены в основу теории вещного договора, Савиньи все же вернулся к иному пониманию *iusta causa*, указав, что «*iusta causa* не является намерением передачи права собственности... оно обычно и всегда связано с другим правоотношением...». Л. Василевская, следуя преобладающему сегодня взгляду, констатирует здесь «непоследовательность Савиньи» (С. 48). Я бы сказал, что эти колебания великого цивилиста гораздо больше свидетельствуют о его масштабе, чем непоколебимость его последователей.

Решающим мне представляется другое, уже цитированное мною высказывание Савиньи: «...не из воли владельца или из его права выводит вещный договор свою действительность, но только из воли законодателя» (С. 97). Это чрезвычайно важное замечание. Из него совершенно ясно следует, что вещный договор (а любой договор — это изъявление воли) на самом деле не создает права собственности, а создается оно правопорядком, законом.

На самом деле право собственности на вещь переходит не в силу волеизъявления собственника, должника или традента, не в силу совершаемой кем-либо сдел-

¹ Этот пример обсуждается на с. 44 работы Л. Василевской.

ки, а самим правопорядком. Сделка вообще не создает права собственности непосредственно, как я пытался это показать выше.

Возникновение права собственности увязывается правопорядком (волей законодателя, по выражению Савиньи) с тем или иным юридическим фактом. В качестве такого факта может быть передача вещи, может быть платеж или акт государственной регистрации, может быть истечение срока и всякий иной факт, например выстрел пушки на Петропавловской крепости или сгорание дюйма свечи, как это практиковалось на английских чайных аукционах. Если право собственности и увязывается с договором, то и в этом случае договор выступает просто как один из юридических фактов, но не в качестве соглашения о каких-либо правах и обязанностях.

Но правопорядок категорически запрещает передачу права собственности иным образом, не увязывая ее с определенным юридическим фактом. Договор купли-продажи, в котором стороны отказываются от правила традиции (ст. 223 ГК), но не указывают иного факта, с которым возникает право собственности у покупателя, будет ничтожным. Отчуждения не произойдет. Но тогда вещный договор как изъявление воли на отчуждение вытесняется из акта возникновения права собственности и превращается в средство чистой юридической техники, в фикцию. Кстати, как фикцию его оценивал и О. Гирке (С. 56).

Тем самым мы оказываемся на поле сопоставления естественного и фиктивного в праве, и именно на этом поле и должна быть дана общая оценка вещному договору. Понятно, что право само по себе, как и прочие социальные феномены, не является чем-то природным, естественным. Мы можем говорить только об освоении правом тех или иных свойств человека как явления социального порядка. Только в этом смысле естественным можно считать те юридические феномены, которые могут быть увязаны с определенными явлениями социального опыта, с переживаемым в действительности. Не вдаваясь далее в эту сферу, могу заметить, что те юридические феномены, которые выступают как феномены материальные, во всяком случае могут быть признаны существующими и тем самым могут быть противопоставлены фикциям¹. К числу таких феноменов относятся и действия по исполнению обязательств. Если само обязательство – связь идеальной природы, то его исполнение должно материализоваться. Передача вещи как акт исполнения обязательства – явление материального порядка, оно тем самым естественно, с теми оговорками, которые сделаны выше. И в нем, повторюсь, нет никакого иного волевого содержания, кроме намерения освободиться от обязанности. Вещный договор, однако, представляется как иное намерение – наделить правом собственности иное лицо. Германские юристы прекрасно понимали, что воля и волеизъявление не могут раздваиваться, и потому вытеснили исполнение обязательства из сферы сделок, за границы волеизъявления, чтобы не получить удручающую картину удвоенной воли.

Об этом недопустимом с юридической точки зрения удвоении писал в свое время И.Н. Трепицын. Это возражение вообще является ожидаемым, когда критике подвергается абсолютизация вещного договора, и его оспаривает такой адепт вещ-

¹ По классическому определению, уже не раз цитированному, – это лица, вещи, действия.

ного договора, как Л. ван Влит (как можно видеть из его работы, критика теории вещного договора с позиций удвоения волеизъявления представлена в голландской юридической литературе). Но Л. ван Влит, оспаривая эту критику, вынужден заявить, что передача вещи — это не более чем формальность¹. Вот в этом, вполне абсурдном, конечно, замечании и обнаруживается тот предел вещного договора, который можно охарактеризовать как его естественные границы. Вещный договор — хорошо работающая фикция, если только последовательно оценивать его именно как фикцию и не пытаться присваивать ему свойств чего-то существующего на самом деле. А такие попытки современным юристам, забывшим о колебаниях Савиньи, нередко присущи. Тогда и будет получаться, что передача вещи по договору купли-продажи — это не самое важное в этом договоре, не его насущная цель и очевидная действительность, а пустая формальность.

Современную германскую цивилистику в самой малой степени волнует вопрос о фиктивности вещного договора. Не удивительно, что и Л. Василевская не углубляется в этот вопрос, ограничившись лишь замечанием, что вещный договор — не фикция, так как с ним связываются определенные юридические последствия, возникновение вещных правоотношений² (С. 100).

Конечно, трудно признать такое возражение достаточным. С юридической фикцией всегда связываются юридические последствия, иначе она просто не имеет природы фикции и находится за рамками законодательства. Не может быть юридической фикции, с которой не связываются юридические последствия. Это реальные факты могут влечь или не влечь юридический эффект, а фикция имеет юридическое значение всегда. Фикция, кстати, вводится в закон именно посредством формул, в соответствии с которыми созданные юристами конструкции «признаются»³ или «считаются» некоторым юридическим феноменом, с ними «связываются» известные последствия (ср.: «Юридическим лицом считается организация, которая...» и т.д. (ст. 48 ГК)). Все эти формулы во всяком случае не претендуют на естественность тех свойств, которые таковыми «признаются», «считаются», с которыми что-то «связывается».

Впрочем, далее Л. Василевская задает вопрос о том, «насколько правомерно и целесообразно выделять волю отчуждателя в рамках передачи и рассматривать ее как необходимый элемент передачи», имея в виду, конечно, волю «на отчуждение» (С. 173). Однако ответа на этот вполне уместный вопрос автор так и не дает.

Возможно, что существуют доказательства естественности вещного договора, но в любом случае таким доказательством не может быть указание на то,

¹ *Vliet Lars Peter Wunibald van Transfer of Movables in German, French, English and Dutch Law. Ars Aequi Libri*, 2000. P. 134–135. Подробнее эта тема рассматривается в рамках проблемы продажи чужой вещи.

² На самом деле, конечно, только права. Иначе придется говорить, что продавец создал вещным договором вещную обязанность для себя и всех прочих. При всей свежести такой формулировки не думаю, что она имеет право на существование.

³ А. Манинг говорит, что слова закона, начинающиеся с «признается», указывают на фикцию (*Манинг А. Развитие и критика учения о волеизъявлении* / Пер. с нем. // Вестник гражданского права. 2009. № 1 (9). С. 245). Впрочем, вещный договор, являясь достаточно сложной, системной конструкцией, не может выводиться из какой-то одной нормы, в том числе и из нормы § 929 ГГУ. Поэтому данное суждение эту фикцию не затрагивает. Но по этой же причине введение вещного договора в наше законодательство потребует его системной перестройки, масштабы которой будут весьма значительны и, пожалуй, непредсказуемы.

что с вещным договором закон связывает юридические последствия. Напротив, если иных аргументов не приводится, то приходится признать, что таким указанием фиктивность вещного договора не только не поколеблена, но, напротив, подтверждена.

Между тем интерпретация вещного договора как фикции позволяет дать ему адекватную оценку, в том числе и оценку его многочисленных практических удобств, а также верно оценить пути и способы введения его в позитивное законодательство. Одновременно такая оценка избавляет и от необходимости отыскивать следы вещного договора в естественном праве, равно как и в тех правовых системах, которые не восприняли эту фикцию.

В частности, едва ли можно найти следы вещного договора в правиле ст. 398 ГК РФ, как полагает Л. Василевская (С. 88). По ее мнению, право кредитора истребовать индивидуально-определенную вещь, являющуюся предметом договора о передаче вещи в пользование, из владения должника свидетельствует о влиянии, следах вещного договора в российском праве. Думаю, что это не так. Норма об истребовании вещи из владения должника и передаче ее кредитору действительно занимает особое место в обязательственном праве и всегда привлекает к себе внимание. Достаточно часто такая норма оценивается как свидетельство проникновения вещных элементов (которые, конечно, нечто совсем иное, чем вещный договор) в обязательственное право. Само по себе это не совсем точно, так как нормой ст. 398 ГК РФ охватывается передача вещи не только в собственность кредитору, но и в пользование. Но дело даже не в этом. Особое значение данной нормы предопределено тем, что она связана с известным нарушением автономии лица. Дискуссия на этот счет идет несколько столетий, и нет нужды повторять все аргументы, высказанные как в пользу безусловной неприкосновенности личности должника, пока не установлена его неисправность, так и в пользу вторжения в имущественную сферу лица, обычно мотивированного его волей, данной на передачу вещи.

Но едва ли эти подходы могут быть объяснены влиянием вещного договора, ведь и сама дискуссия началась и ведется в рамках обязательственного права, а истоки ее уходят в тот период, когда вещный договор еще не стал фактом позитивного права.

По ст. 398 ГК РФ отбирается вещь определенно чужая – принадлежащая должнику. Никакой возможности полагать, что она уже стала предметом воображаемого договора о переносе права собственности, закон не дает. Право строго личное, обязательственное, направлено только против должника (поэтому отобрание принципиально невозможно, если вещь уже принадлежит третьим лицам¹).

Можно отметить, что в рамках римского права и присуждение вещи по виндикационному иску не давало истцу права на отобрание своей вещи; именно поэтому присуждение являлось денежным, а ответчик мог быть понужден к добровольной выдаче вещи лишь необходимостью выплатить собственнику сумму указанной самим же собственником оценки.

¹ Иск по ст. 398 ГК РФ утрачивается не только против третьих лиц, получивших право на вещь, но и против третьих лиц – незаконных владельцев, получивших вещь по недействительной сделке, что, конечно, лишь отражает тот факт, что кредитор не стал собственником и не имеет виндикационного иска.

Классическая формула виндикационного иска состояла в следующем: если будет установлено, что вещь принадлежит истцу, и она не будет выдана по приказу судьи, то «присуди ответчика уплатить истцу столько, сколько будет стоить эта вещь»¹.

Из этого можно видеть, что идея неприкосновенности лица на более ранних стадиях развития частного права подчиняла и право собственности. Развитие, стало быть, шло от невозможности отобрать свою вещь до возможности отобрать чужую.

Дело в том, что вещный договор не может существовать в виде отдельных элементов и проявлений. Вещный договор, поскольку он воспринят, сразу начинает играть важнейшую роль в строении системы, он и возникает в силу нужд системы. Как говорил исследователь структур Р. Барт, система не может обойтись без фикций. Любая фикция, следовательно, имеет системное значение. Поэтому вещный договор ведет к масштабным изменениям и переустройству всей системы права, и в ином качестве он просто не может существовать. Для удобного устройства системы эта фикция и принимается. Таким образом, либо вещный договор имеет универсальное значение, либо он не принимается системой права в целом, так как иначе он ведет к перекосам и противоречиям в системе права и создает большие неудобства, что лишает его единственной ценности и единственного оправдания, состоящего в нуждах системы права.

Что касается права кредитора на отобрание чужой вещи в натуре, то оно возникает не только в силу ст. 398 ГК РФ, но, заметим, и в порядке ст. 1104 Кодекса (эта норма затрагивает как родовые, так и индивидуально-определенные вещи, что признается большинством современных специалистов; впрочем, и истребование только родовых вещей ничего не меняет в нашем тезисе о допустимости в рамках современного обязательственного права истребования чужих вещей), хотя, насколько можно судить, никаких следов вещного договора (обязательство внедоговорное) и вообще вещных отношений здесь не усматривается.

Есть определенный интерес в выяснении размера платы за фикцию (а такую плату всегда приходится платить), хотя сам по себе этот вопрос и не является решающим. Тем не менее можно указать на некоторые следствия.

Так, германские цивилисты вынуждены размывать понятие сделки и вместо акта, влекущего возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей, сделка понимается как «действие, направленное на правовой результат» (С. 99). В нарушение правила «договоры должны соблюдаться» вещный договор оказывается таким договором, «который каждая сторона вправе в любое время отменить» (С. 188).

Кроме того, в рамках вещного договора оказывается неразрешимым вопрос об основании приобретения права собственности на вещь, приобретенную коммиссионером, в лице комитента, на что обращал внимание Г. Шершеневич. Применяемые здесь германскими цивилистами конструкции предвосхищенного конститута или сделки с самим собой лишь выявляют фиктивную природу вещного договора. Российский читатель может вспомнить и о не слишком

¹ *Дождев Д.В.* Римское частное право: Учебник. М., 2002. С. 392.

органичных и удачных конструкциях правомочия на отчуждение, предложенных Б.Б. Черепахиным.

Давно отмеченные пороки конструкции вещного договора в значительной мере устраняются, впрочем, многочисленными отклонениями от нее текущей германской судебной практикой¹. Такие отклонения, как и любые нарушения логики системы, — действия, конечно, вынужденные, нежелательные сами по себе.

¹ Подробнее см.: *Туктаров Ю.Е.* Абстрактная модель передачи права собственности на движимые вещи // Вестник ВАС РФ. 2006. № 8. С. 19 и сл. Автор в отличие от некоторых российских цивилистов смог, разобравшись в понятии вещного договора, обнаружить не только его отсутствие в праве РФ, но и нежелательность его заимствования.

См. также: *Гнищевич К.В.* Идея абстрактности традиции: история и современность // Вестник ВАС РФ. 2007. № 10.

Собранные в этих и других работах наблюдения, касающиеся противоречий, вызванных фикцией вещного договора, ставят под сомнение категорическое суждение, что отделение вещного договора от обязательства, проведенное немецким правоведением, является «непревзойденным» достижением, а иные конструкции «ни к каким удовлетворительным результатам до настоящего времени не привели» (*Егоров А.В., Ерохова М.А., Ширвиндт А.М.* Обобщение применения арбитражными судами норм ГК РФ о вещно-правовых способах защиты права // Вестник гражданского права. 2007. № 4. С. 112.)

ГЛАВА 14 ПЕРЕХОД ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ И ПЕРЕДАЧА ВЕЩИ

Следуя известной истине экзистенциализма, любое явление обнаруживает высшее напряжение в своем бытии в пограничных, крайних состояниях, которые одновременно, конечно, и переходы в другое качество. Соответствуя этой логике, и собственность, и владение демонстрируют самые существенные свои черты в моменты перехода. Конечно, не случайно процедура перехода вещи из одного царства этого мира (а значит, и мира вещей) в другое — мытарство, — всегда выступавшая как допрос и испытание (и до сих пор таможенный досмотр сохраняет это пусть ослабленное качество, усиливаемое, впрочем, при появлении архаичной угрозы из внешнего, кромешного мира, угрозы, грозящей этому миру гибелью), была использована для описания самых драматичных переживаний возносящейся души во время пребывания ее в переходном между вещественным и духовным миром состоянии. Переход вещи — пересечение лично-вещественной границы, возмущение самодостаточного атома субъекта собственности — всегда значил больше самого себя и нес повышенное смысловое значение, получаемое извне. Это постоянно ускользающее от внимания несовпадение знакового (сначала воплощенного в ритуале) и непосредственного, очевидного смысла акта передачи составляет одну из основных трудностей.

В соответствии со ст. 223 ГК право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено законом или договором.

Следовательно, передача вещи приобретает особое значение не только в смысле установления момента возникновения собственности, но и в смысле самого способа ее перехода, ведь увязывание момента перехода права применительно к процедуре передачи вещи позволяет считать, что не что иное, как сама эта передача, и есть переход собственности.

То место, которое передача вещи заняла с формированием системы традиции в праве, нельзя объяснить только здравым смыслом (наоборот, скорее отсюда могут последовать уводящие от правильных решений догадки). Здесь заключено уже завершённое историческое развитие, и в видимом результате, как это всегда бывает, отзываются едва ощущаемые предшествующие явления.

Попробуем бегло коснуться наиболее известного из них — манципации. Согласно описанию Гая, манципация (воображаемая продажа) состояла в следующем: в присутствии не менее чем пяти свидетелей и весодержателя приобретатель схватывал рукой приобретаемую вещь, держа в другой медь (aes), и произносил формулу покупки (nuncupatio): «...утверждаю, что этот раб по праву квиритов принадлежит мне, и что он должен считаться купленным за этот металл и посредством этой меди и этих весов»¹.

¹ Гай. Институции. С. 57. См. также: *Покровский И.* История римского права. Пг., 1918. С. 253.

Д. Дождев обращает внимание на то, что в этой формуле, если использовать ретроспекцию, присутствуют как реальный (вещно-правовой) эффект, выраженный в словах «*meum esse aio*» (мой), так и «обязательно-правовой», которому соответствует «*mihi emptus esto*» (куплен). При этом, по свидетельству Феста, в древности *emere* (покупать) означало *accipere* (приобретать) с «ограниченным реальным эффектом» (по словам Ульпиана, «взять – и в том случае, если кто-то приобретает не так, чтобы получить в собственность»).

Таким образом, римская купля-продажа не имела реального эффекта, как и не было обязанности *dare* (передать вещь в собственность) у продавца¹.

Э. Бенвенист приводит еще более древние значения *emo* и показывает, что в основе этого термина, означавшего сначала «брать, тянуть к себе» лежит «жест, которым заключалась покупка... а не факт оплаты, выдачи денег»².

Хотя уже Гай понимал манципацию как абстрактную сделку, создающую реальный эффект независимо от правового основания (*causa*) («*imaginaria venditio*» – воображаемая продажа), существует устойчивое мнение, считающее такое понимание вторичным, а первоначальную манципацию – куплей-продажей за наличные с реальным эффектом.

Представлен и взгляд на манципацию как на ритуал символического исполнения договора о возмездном отчуждении вещи³.

Широко распространенные представления о манципации как о воображаемой продаже опираются главным образом на доказательства условности взвешивания меди.

Возражения против такого подхода состоят в том, что если манципация – воображаемая продажа, то, значит, предполагается и невоображаемая – консенсуальная сделка продажи и юридическое значение должно придаваться именно предшествующему неформальному соглашению, а это предвосхищает и опережает реальное историческое развитие. Поэтому манципация сама по себе должна быть продажей⁴.

Другой подход демонстрирует Казер, который вслед за Иерингом, выводит первоначальное значение манципации (*manu capere*) из акта одностороннего присвоения⁵, даже открытого захвата; затем, с прибавлением процедуры взвешивания меди, этот акт становится продажей и наконец приобретает качества акта переноса права.

¹ Дождев Д. В. Основание защиты владения в римском праве. М., 1996. С. 105–106. Автор приводит суждение Ф. Мэйлана, пришедшего к выводу о вторичности «реальной» формулы *meum esse aio* в *puncipatio* покупателя.

² Бенвенист Э. Словарь индоевропейских социальных терминов / Пер. с фр.; Под ред. Ю. С. Степанова. М., 1995. С. 73.

³ Дождев Д. В. Основание защиты владения в римском праве. С. 107.

⁴ Diosdi G. Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law. Budapest, 1970. P. 66–67.

⁵ При манципации активной и говорящей (объявляющей о присвоении) стороной был только покупатель, что наряду с этимологией и дает иногда повод выводить манципацию из одностороннего (и даже насильственного) присвоения (хотя, как подчеркивает Диошди, пассивность продавца присуща вообще неразвитым правовым системам). Однако по классическим представлениям активность говорящего лица должна быть истолкована иначе, если учесть, что слово обязывает говорящего, а не другого: «...мы можем улучшить положение другого лица даже без его ведома и воли, но не можем ухудшить его» (Дигесты. С. 79). Это правило, о котором уже много говорилось выше, является решающим для всего механизма перехода прав.

Конечно, в обряде манципации продавец присутствует, тем самым предполагается и его воля, но аргументация, подчеркивающая пассивность продавца, идет дальше в архаику, когда «слова представ-

Эта позиция оспаривается Диошди, который считает малоубедительным предположение, что грабитель после похищения вещи стал бы прибегать к ритуалу для укрепления своего права. Не больше оснований увязывать манципацию с оккупацией, которая вовсе была лишена формы, а также с выкупом захваченного трофея и др. В итоге он считает манципацию в ее первоначальной форме продажей товара за металл. В своих существенных чертах (присутствие свидетелей, использование сырых металлов, подлежащих взвешиванию, односторонняя активность покупателя) первоначальная манципация, как считает автор, была аналогична продаже в вавилонском, еврейском, греческом, вообще средиземноморском праве¹.

Различия стали обнаруживаться позже, с появлением манципации *nummo uno* (одной монетой), т.е. с выплатой символической цены. Тем самым акт утратил характер продажи и стал актом передачи права на вещь, ведь он больше не зависел от уплаты цены. Получаемое право (сначала *mancipium*, затем *dominium*) теперь опиралось не на оплату, а на сам акт манципации.

Если «в греческом и семитском праве собственность переходила к покупателю только после уплаты цены², и тем самым переход собственности и передача

ляли собой сакральные формулы» (*Маковский М.М.* Сравнительный словарь мифологической символики в индоевропейских языках: Образ мира и миры образов. М., 1996. С. 57), «слово говорится для говорения, но не для слушания» (*Фрейденберг О.М.* Поэтика сюжета и жанра. М., 1997. С. 166), а «выговариваемое слово воздействует на весь миропорядок» (*Хейзинга Й.* Homo Ludens. С. 111). Известно, что Пифагор «прямо советовал молиться во всеуслышание» (*Латышев В.В.* Очерк греческих древностей: Богослужбные и сценические древности / Под ред. Е.В. Никитюк. СПб.: Алетейя, 1997. С. 66). Л. Леви-Брюль отмечал, что «таинственная сила присуща не только собственным именам, но и всеми прочим словам... употребление слов не является безразличной вещью для первобытного человека; уже сам факт произнесения слов, начертания рисунка или просто жестикулирования может установить или уничтожить чрезвычайно важные participations (формы сопричастности. — К.С.). В речи есть магическая сила, поэтому в отношении ее необходима осторожность» (*Леви-Брюль Л.* Сверхъестественное в первобытном мышлении. М., 1999. С. 141). Можно предположить, что именно отсюда проистекает облигационная природа договора (о соотношении договорного и обязательственного начала договора см.: *Малков А.Д.* Сущность договора в римском праве // Древнее право. № 1 (4). М., 1999).

О. Фрейденберг отмечает, что «логос есть нечто живое и материальное, бог; как хлеб или животное, логос возлагается на жертвенник и тем переживает на себе смерть и рождение, подобно животному или хлебу» (*Фрейденберг О.М.* Миф и литература древности. М., 1998. С. 82). Эта древняя вещественность слова заставляет признать, что переход к системе традиции как к передаче вещей вместо обмена словами легче давался архаичному сознанию.

Впрочем, эти доводы непосредственно затрагивают только обязательственный, а не вещный эффект манципации. Но о силе слова сегодня приходится напоминать даже юристам, ежедневно приводящим в действие механизм насилия посредством слов и формулировок.

М. Фуко говорил: слова имеют страшную силу, иначе бы их не пришлось табуировать.

¹ *Diosdi G.* Op. cit. P. 68–72.

² Д. Дождев приводит классическое обоснование: «...проданная же и переданная вещь приобретается покупателем только в том случае, если он уплатит продавцу цену или удовлетворит его каким-либо иным образом, например предоставив поручителя или залог. Это предусматривается даже Законами XII таблиц, однако правильно говорится, что этого требует и всеобщее, т.е. естественное право». Далее автор подчеркивает, что и купля-продажа (*emptio venditio*) — институт права народов, а не специфически римский (поэтому ссылку на Законы XII таблиц в указанной цитате многие считают ложной) (*Дождев Д.В.* Основание защиты владения в римском праве. С. 111–112).

Соответственно и «утверждение в постклассическую эпоху правила об уплате цены как условия перехода собственности», являясь проявлением вульгаризации римского права (*Дождев Д.В.* Основание защиты владения в римском праве. С. 114), свидетельствует о том, что этот широко распространенный взгляд вообще присущ менее развитому (т.е. вульгарному) правовому сознанию.

вещи были разделены, то в Риме переход права и продажа были разграничены в ранний период с созданием *mancipatio nummo uno*, т.е. путем уплаты символической цены. Как следствие акт постепенно утратил природу продажи и стал актом передачи права¹. Тем самым был устранен характер *mancipatio* как продажи и она стала пригодной для других юридических целей. «Этот шаг оказался событием громадного исторического значения. Отважные понтифики, конечно, неосознанно, создали первый тип акта передачи права, независимый от договорного обязательства»².

Пафос Диошди будет иметь меньше оснований, впрочем, если не считать первоначальную манципацию куплей-продажей без предшествующей *causa* (небезынтересно также, что и после возникновения *mancipatio nummo uno* медный брусок как элемент процедуры сохранялся)³. Ведь в этом случае манципация и раньше имела абстрактные, отвлеченные черты, и переворот, стало быть, не был столь радикальным

Д. Дождев связывает использование меди не с замещением цены, а с установлением личной связи (*auctoritas*) посредством манципации. Таким образом, проблема приобретает заметно большую сложность, не сводясь только к выделению абстрактного акта передачи права из архаичной продажи. Возникает и второй план развития — вытеснение личного характера отношений при архаичной продаже вещным, тогда оригинальная манципация не могла иметь вещно-правового эффекта раньше, чем возникли вещные права.

Но здесь важно, что результатом этого сложного развития стала концентрация различных способов передачи права на вещь в одном: «...при манципации в классическую эпоху собственность переходит независимо от *causa*»⁴. «Манципация используется для исполнения обязательства, установленного предшествующей сделкой или иным юридическим событием (например, решением суда), но стороны в любом случае вынуждены имитировать исполнение договора купли-продажи. Иными словами, манципация в классическую эпоху обладает *causa* для самой себя и переносит право собственности независимо от действительности основания. Ее реальный эффект опирается на древнюю силу ритуала, синкретичность которого со временем дифференцировалась на способ производного приобретения права собственности (когда результирующее право приобретателя зависит от юридической позиции отчуждателя)⁵ и источник штрафной ответственности неправомерного отчуждателя перед утратившим вещь приобретателем»⁶.

Тем самым была создана почва для дальнейшего развития, в котором на первое место выходит традиция.

¹ *Diosdi G.* Op. cit. P. 73.

² *Ibid.* P. 74.

³ *Дождев Д.В.* Основание защиты владения в римском праве. С. 111.

⁴ В этом смысле манципация была сильнее традиции, для которой наличие соглашения, т.е. основание, «существенно» (см.: *Дождев Д.В.* Основание защиты владения в римском праве. С. 116).

⁵ В древности «ритуальный характер акта *per aes et libram* приводил к тому, что даже при манципации вещи несобственником по прошествии года или двух истинный собственник утрачивал свое право и не мог истребовать вещь у приобретателя» (*Дождев Д.В.* Римское частное право. С. 387).

⁶ *Дождев Д.В.* Римское частное право. С. 388–389. Под штрафной ответственностью имеется в виду ответственность в двойном размере покупной цены за эвикцию.

Поскольку *traditio* в это время¹ имела и не могла не иметь подчеркнутое качество нелегитимности, ее значение было чисто негативным — это была неманципация, но, подчеркнем, это уже было значение, а не еще более ранние пустота, «бесцветность». Речь идет о сравнительно позднем периоде, когда произошли описанные изменения манципации. Соответственно можно говорить об известном противостоянии манципации и традиции, которое привело к возникновению бонитарной собственности в отличие от квинритской. Само по себе проводимое, например, Гаем противопоставление традиции как отчуждения «по естественному праву» и манципации — по цивильному праву² означает приобретение традицией значения и в той сфере, в которой ей суждено развиваться — вытеснение и замещение манципации.

Затем, как указывает Диошди, под влиянием негативного примера греческого права, не признававшего передачу как независимый юридический акт, значение традиции начинает возрастать. Автор относит этот период к III—II вв. до н.э.: «Очевидно, что *traditio* может быть признана как юридический акт, только если оборот достиг того пункта, когда договор о продаже и момент его исполнения уже не должны обязательно совпадать. Такое положение, несомненно, уже существовало в последние века Римской республики». Варрон, писавший в I в. до н.э., объяснял, что договор продажи стада позволяет покупателю требовать по суду передачи животных, а продавцу — покупной цены. Стипуляция, выплата цены еще не приводят к получению собственности — нужен и акт передачи³.

Итак, когда под давлением экономики был настоятельно поставлен вопрос, какой из трех актов — договор продажи, выплата цены или передача вещи — передает собственность, выбор был сделан в пользу третьего, поскольку этот путь уже был показан манципацией *nummo uno*⁴.

В конечном счете манципация была вытеснена традицией, и уже «по Юстинианову праву передача есть общая и необходимая форма добровольного отчуждения телесных вещей». Всеобщность и необходимость традиции Дернбург объясняет тем, что, во-первых, «нормальным считается, чтобы собственник владел своей вещью» и, во-вторых, что при этом обеспечивается и гласность, важная для отношения, обычно затрагивающего и третьих лиц⁵.

Установление системы традиции, стало быть, означает, что весь гражданский оборот сориентирован на фактическую принадлежность вещей и исходит из законного предположения, что владелец вещи является ее собственником.

Всеобщность традиции, концентрация в ней всех до тех пор возможных путей переноса собственности заставили выделить традицию из целостного по своей при-

¹ «Несомненно, что традиция как факт, — пишет Диошди, — существовала всегда» (как и владение, добавим мы). Отсюда высказанное Гаем представление о принадлежности традиции к праву народов и ее соответствии «естественной справедливости» (*Дождев Д.В.* Римское частное право. С. 380). Но «в древнем праве традиция еще не была актом, обеспечивающим юридический эффект... Традиция была, пользуясь выражением Казера, «бесцветной фазой»» (*Diosdi G.* Op. cit. P. 140).

² *Gay.* Институции. 2,65. С. 103.

³ Комментируя этот текст, Д. Дождев обращает внимание на то, что традиция производит реальный эффект после установления *sausa* — покупки (см.: *Дождев Д.В.* Основание защиты владения в римском праве. С. 113).

⁴ *Diosdi G.* Op. cit. P. 141–143.

⁵ *Дернбург Г.* Пандекты. Т. 1. Ч. 2: Вещное право. СПб, 1905. С. 109–110; *Хвостов В.М.* Указ. соч. С. 238.

роде взаимоотношения, отдающего и получающего вещь лиц, оставив содержательному, отражающему все стороны волеизъявления сторон предшествующему процессу значение предваряющего основания, а самой традиции — качество знакового «реального» действия: «...те сделки, в которых стороны только выражают свое намерение перенести право собственности, сами по себе собственности не переносят»¹; «договору, по существу его, чуждо установление вещной связи — он создает лишь право требования и таким путем подготавливает вещное право»².

Следствием этого решения стало известное однообразие, стандартизированность содержания (впрочем, небогатого) традиции, конечно, отличные от той ее архаичной «бесцветности», которая была результатом сосредоточения всего правового эффекта в форме и ритуале, прежде всего манципации. Теперь допущение в традицию минимального волевого содержания (только о передаче собственности вообще) — это способ сохранить ее универсальность, ее надежный механизм, который придает устойчивость всему разнонаправленному и пестрому обороту вещей. Но традиция не утратила совсем и качеств ритуала, состоящих в том, что он всегда направлен на «поддержание в дееспособном состоянии, а если потребуются, то в периодическом «возрождении» структуры. Иными словами, речь идет о мерах антиэнтропийного характера, пересекающих накопление неблагоприятных факторов», возникших вследствие «износа», стирания сущности явления³. Я. Ассман

¹ Хвостов В.М. Указ. соч. С. 238.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Спарк, 1995. С. 183.

³ Куббель Л.Е. Очерки потестарно-политической этнографии. М., 1988. С. 95; ср. с этим суждение У. Маттеи о том, что конкретное судебное решение «можно рассматривать и как еще одно, повторное закрепление имущественных прав» (Mammeu U., Суханов Е.А. Указ. соч. С. 61). Здесь судебный ритуал выполняет ту же функцию противостояния юридической энтропии.

Есть смысл напомнить и определение собственности в Своде законов Российской империи, которое практически отождествляет основание права с его внешним длительным ненарушаемым бытием (Законы гражданские с разъяснениями правительствующего Сената и комментариями русских юристов / Сост. И.М. Тютрюмов. Кн. вторая. М.: Статут, 2004. С. 59). Впрочем, это определение отсылает также к архаичному укладу, в котором купля-продажа еще не устанавливала вещного права и сам строй вещных прав еще не возник. Здесь обязательство продавца не вмешиваться во владение покупателя, а также защищать его от третьих лиц именно и означало отсутствие вещного эффекта купли-продажи. Это хорошо видно из приведенной А.К. Митюковым формулы продажи из русского юридического быта (начало XVI в.): «...а потому мне Солтану, а ни моей жене, ни моим детям, ни моим внучатам, ни моим ближним ненадобна та земля... [и не будем ее] искать, ни вступаться в ту землю» (Митюков А.К. Ответственность продавца за эвикцию в историко-сравнительном освещении. Киев, 1906. С. 146). При невозможности непосредственно установить куплей-продажей собственность покупателя на вещь только длительность владения (как первоначально это было свойственно и римскому праву в форме *usus auctorigas*) превращала владение в право. Тогда введение в формулу права собственности указания на длительное ненарушаемое владение приобретает понятный смысл, одновременно обнаруживая и связь с архаичным юридическим укладом.

Любопытна параллель со средневековыми привилегиями: чтобы добиться признания, нужно обосновать длительность существования, причем не «объективного», а такого, о котором «знают». Современный правопорядок позволяет достичь того же, «ссылаясь на пользу своего служения или на полномочия», как отмечает Я. Ассман (см.: Ассман Я. Культурная память: Письмо, память о прошлом и политическая идентичность в высоких культурах древности / Пер. с нем. М., 2004. С. 41). Если позаимствовать этот прототип, то мы можем обнаружить в истории каждого отдельного права собственности собственное аристократическое обоснование, уходящее в прошлое, сравнимое по своему действию с наличием только что приобретенного титула, опирающегося на по-демократически доступный всем юридический факт.

приводит слова Ф. Дершена, размышляющего о страхе человека перед угрозой распада, утраты связности мира: «...функция ритуала заключается в том, чтобы поддерживать единство»¹.

Павлов-Сильванский пишет об известных древнему русскому праву (и имеющих аналоги в иных системах права) символических действиях, сопровождавших передачу вещи. Например, передача собственности на землю (а также установление межи) требовала передавать или удерживать комок земли, дерн. Отсюда возникло выражение «продать одерень» как обозначение права высшей юридической силы.

Был известен также обряд передачи вещи из рук в руки, тождественный передаче из полы в полу (иногда заменялся обертыванием вещи тканью, что впоследствии, видимо, привело к переносу символического значения на перчатку)². (С.П. Никонов приводит мнение, что передача панциря, щита, позднее — перчатки в обряде перехода имущества означала наделение средствами защиты владения³. О связи владения с идеей защиты от насилия мы уже говорили выше.)

Г. Берман приводит ритуалы из германского права: «...земля передавалась путем передачи прутика и горсти земли или шапки и рукавицы или прикосновением к алтарному покрову или колокольной веревке. Вдова, желавшая освободиться от ответственности за долги своего покойного мужа, клала ключ от дома на его гроб... При вступлении в должность или во владение землей употреблялись разнообразные церемонии усаживания»⁴. Эти наблюдения, конечно, выявляют в акте передачи вещи качества знака.

Со временем традиция почти утратила внешние признаки ритуала, которые теперь стали вытесняться на ее периферию (например, записи в поземельных книгах, совершение нотариальных актов, заявления перед судом и пр.), где, кстати, обнаруживалась живучесть форм архаичных ритуалов, предшествовавших традиции. Однако суть ритуала, возвращение с его помощью первоначального смысла и содержания всему явлению (а здесь речь идет о собственности, которая между передачами обычно выбывает из юридического оборота и действительно может утратить определенность, подвергнуться энтропии) остаются, поскольку остается и сам переход. Главное состоит в том, что знаковые, как у любого ритуала, функции традиции приводят к получению ею дополнительного содержания системного значения.

Рационализация традиции, присвоение ей юридического смысла (высшим выражением чего следует, видимо, считать германский вещный договор), конечно, практически неизбежны, если утрачивается смысл самого ритуала, что создает большие практические неудобства и внешне выражается в крайнем формализ-

¹ Ассман Я. Указ. соч. С. 115.

² См.: Павлов-Сильванский Н.П. Феодализм в России. М., 1988. С. 486—496. Аналогичные сведения приводятся Д.И. Мейером, полагавшим значение юридической символики в необходимости «сохранить след» произведенного юридического действия (Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 1. С. 253).

³ Никонов С.П. Развитие защиты владения в средневековой Европе. Харьков, 1905. С. 2.

⁴ Берман Г. Указ. соч. С. 70. Можно указать на присутствие в ритуалах древнейших символов, например веревки, выполнявшей в архаичном сознании функции связанности, о чем подробно писали М. Элиаде и О. Фрейденберг. То, что веревка стала колокольной, конечно, не меняет смысла ритуала, а лишь указывает на раннехристианский контекст. Ритуал усаживания, как отмечает О. Фрейденберг, также имел универсальное распространение, особенно в погребальных обрядах и связанных с ними обрядах передачи власти (ср. семантику слова «стол» для обеих сфер).

ме. Т. Моммзен указывает, например, что с возникновением «неверия» появилась и удручающая практика, когда авгуры повторяли жертву иногда до 30 раз¹. Известны также ситуации многократного повторения юридической клятвы, если допускались оговорки и т.п. Но такое изживание ритуала, когда он сначала утрачивает буквальный смысл, а затем сохраняет лишь формальное значение, не означает, что какой-то другой, ранее неизвестный смысл может быть затем обнаружен во вне и присвоен формальному ритуалу для оправдания его действия. Поэтому отождествление ритуала с каким-то иным актом, имеющим иное содержание и смысл, не может не быть в значительной степени произвольным; и это понимание условности не должно утрачиваться теорией.

Обсуждая «вступление во владение посредством обозначения»², Гегель заметил, что хотя «это вступление во владение очень неопределенно по предметному объему и значению»³, оно «есть наиболее совершенное из всех, ибо и другие виды вступления во владение содержат в себе в большей или меньшей степени действие знака»⁴.

Понимание традиции в качестве знака⁵ позволяет увязать ее действие с основанием (предшествующим или предполагаемым): такое основание тогда выступает в значении контекста, который, как известно, и придает смысл знаку; отсутствие контекста лишает и знак всякой силы (не будем здесь касаться любимой культурологами темы инверсии), тем самым вполне объясняется и утрата эффекта «голоЙ» традицией. Вне контекста знаку нет места, ему нечего обозначать.

¹ Моммзен Т. История Рима. Т. 1. Кн. 3. М., 2001. С. 436. В другом месте автор, обсуждая эту проблему, пишет, что «хотя и сохранилось обыкновение передавать имущество в руки нового собственника, дергать за ухо приглашенного в свидетели, покрывать голову новобрачной и вводить ее с торжественной процессией в дом мужа», но даже по старым римским законам считалось, что соответствующие акты совершены, «как только обе стороны ясно выразили свою волю» (Моммзен Т. История Рима. Т. 1. Кн. 1, 2. М., 2001. С. 170).

² Эта форма, несомненно, достаточно древняя, так как личные печати, накладывавшиеся на имущество, находятся при раскопках в значительных количествах и относятся к глубокой древности. Как отмечает Л. Вулли, печати для обозначения собственности появились раньше письменности (см.: Вулли Л. Забытое царство. М., 1986. С. 23). Трудно не заметить связь таких печатей (клейм) с еще более древним обычаем татуировки как способом обозначения принадлежности человека к определенной общности.

Интересно, что по вавилонским, сравнительно более поздним, правилам клеймение раба влекло за собой запрет на его последующее отчуждение. Если эта норма имеет рациональное объяснение, оно, видимо, состоит в том, что наличие более чем одной печати (клейма) не укрепляет, а запутывает вопрос о принадлежности.

Этот обычай хорошо прослеживался еще в начале XX в. у русских поморов. Различались клейма семейные, деревенские, артельные. «Клеймение вещей и продуктов промысла было в Поморье чрезвычайно развито: не клейменная вещь — все равно, что не твоя». При этом самая богатая добыча, брошенная где-нибудь на берегу или в промысловой избушке, если только она имела метку, знак собственности, была «более безопасна от вора, чем за десятью замками» (Бернштам Т.А. Русская народная культура Поморья в XIX — начале XX в. Л.: Наука, 1983. С. 83).

³ Это действительно так, потому что вступление во владение посредством обозначения — иное, чем получение владения чисто физическими действиями, самим содержанием которых даются физические пределы владения, описывается тем самым материальная сторона владения. Собственно говоря, владение, лишенное значения, и сводится только к физическому, материальному отношению к вещи.

⁴ Гегель Г.В.Ф. Философия права. С. 115.

⁵ Нужно отметить, что качество знака традиции может быть придано только всем юридическим укладом, правопорядком, но никак не волей сторон. Это обстоятельство является постоянным источником сопротивления идеям, рассматривающим традицию только как частный акт договаривающихся сторон.

То, что содержание традиции всегда одно и то же, позволяет задаться вопросом, получается ли оно из самой системы права, и в частности из системы традиции, или из конкретного основания традиции (договора об отчуждении вещи), поскольку оно всегда затрагивает переход собственности. В ответе на этот вопрос не исключены колебания, поэтому не исключены колебания в оценке силы «голой» традиции, как это будет видно.

В рамках германского права сформировался подход, согласно которому передача требует следующего: правомочие передающего (традента) на перенесение права собственности; совпадение воли традента и получателя относительно перехода господства над вещью; перенос владения¹. «Под именем передачи понимается вручение одним лицом другому вещи с намерением перенести право собственности»². Указание на намерение передать право собственности обнаруживает связь взглядов Г. Шершеневича с идеологией вещного договора. Если же придерживаться представлений о каузальности традиции, то это намерение принадлежит договору об отчуждении (каузе традиции) и в самой традиции не повторяется.

Поэтому, если корректировать это положение применительно к каузальной традиции, то можно сказать, что под передачей понимается вручение одним лицом другому лицу вещи во исполнение договора об отчуждении вещи. Вещный эффект в этом случае возникает постольку, поскольку традент имеет право (полномочие) на исполнение договора.

Лицо, не имеющее такого права (полномочия), не может передать собственность; самое большее, что от него может приобрести получатель, — это фактическую позицию владения для давности (незаконное владение с доброй совестью), как минимум — просто незаконное владение. Впрочем, в силу § 932 ГГУ добросовестный приобретатель движимого имущества становится собственником, даже получив вещь от несобственника (неуправомоченного лица). (Как известно, в ст. 183 ГК РСФСР 1922 г. имелся аналог этой нормы.)

В отличие от германского права, установленный п. 3 ст. 302 ГК РФ запрет на виндикацию от добросовестного приобретателя денег и ценных бумаг на предъявителя не может быть в буквальном смысле истолкован как возникновение собственности на эти вещи у приобретателя, хотя существует тенденция сближения позиции приобретателя с положением собственника³.

В отношении традиции можно сказать то же, что часто говорят и о владении, обсуждая, является ли оно правом: в традиции воля выражена, но в незначительной мере.

Передача сначала считалась односторонней (для передающего). Затем германские юристы сконструировали наряду с фактической передачей двустороннюю сделку, вещный договор, однако «спорно, зависит ли переход собственности через передачу от действительности вызвавшего эту передачу основания, например, от действительности купли, или же достаточно воли контрагентов перенести право собственности, хотя бы основание ее было недостаточно или просто в действительности не существовало, — другими словами, спорно, должно ли основание переда-

¹ *Дернбург Г.* Пандекты. Т. 1. Ч. 2: Вещное право. СПб., 1905. С. 111.

² *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. С. 183.

³ Подробнее этот вопрос рассматривается в главе о приобретательной давности.

чи обладать объективной реальностью (действительно существовать), или достаточно субъективного мнения, что оно существует. Сторонники последнего взгляда называют традицию абстрактным вещным договором¹. Абстрактности не мешает то, что традиция имеет в виду определенные условия, поскольку эти условия относятся к будущему. В то же время «большие трудности» представляет вопрос: «...достаточно ли для перехода права собственности по традиции, чтобы стороны согласились о том, что путем передачи владения вещью переносится именно право собственности на нее, или же следует требовать еще, чтобы были согласны относительно той *causa*, той цели, для которой право собственности переносится?»

Юлиан приводит знаменитый пример, давший затем почву для построения теории вещного договора, когда вещь передается с целью дарения, а принимающий считает, получая деньги, что устанавливается заем (намерения сторон можно, конечно, перевернуть). Поскольку в этом случае собственность переходит в любом случае – и при дарении, и при займе – независимо от разногласий по *causa*, традиция приобретает силу абстрактного договора: получатель становится собственником, а защита прежнего собственника вещи осуществляется обязательственными средствами (кондикцией). Правда, в любом случае цель должна быть законной (*iusta causa traditionis*), иначе собственность не возникает².

Впрочем, классики в основном разделяли позицию Ульпиана: «Никогда голая передача не переносит собственности, но только в тех случаях, когда ей предшествует продажа или иное какое-либо основание, в силу которого последовала передача»³. При таком подходе, приемлемом и современным отечественным правом⁴, традиция утрачивает качества абстрактной сделки.

На почве этой коллизии глоссаторы, а вслед за ними юристы Нового времени разработали три возможных подхода к передаче собственности: каузальный (при-сущий и нашему праву), абстрактный (сформулированный Савиньи и затем воспринятый германским правом в фикции вещного договора) и концепцию «воли на передачу собственности» даже при путативном (воображаемом) основании⁵.

Дернбург, как и большинство немецких цивилистов, полагает, что передача «считается абстрактной тогда, когда она совершается во исполнение сделки, заключенной в прошлом или относимой к прошедшему. Вследствие этого ошибочная уплата несуществующего долга не дает права на виндикацию, которую можно было бы предъявить и против третьих приобретателей, а только на кондикцию, по которой отвечает лишь получатель»⁶. Утрата виндикации означает то, что собственность на переданное имущество перешла, хотя основания в действительности

¹ Дернбург Г. Указ. соч. С. 112–114.

² Хвостов В.М. Указ. соч. С. 240–241.

³ Римское частное право. М., 1948. С. 204.

⁴ Так, Б. Хаскельберг пишет, что требуется «согласованное волеизъявление сторон... Следовательно, если одна из сторон передает вещь взаймы, а другая принимает ее в качестве дара, то несмотря на обоюдное намерение сторон перенести право собственности, желаемый эффект (результат) не наступит, ибо отсутствует с о г л а с о в а н н о е (разрядка автора. – К.С.) волеизъявление об основании (каузе) передачи вещи (*iusta causa traditionis*)» (Хаскельберг Б.Л. К вопросу о правовой природе традиции: Сб. ст. к 55-летию Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2006. С. 131). На мой взгляд, это совершенно корректное изложение отношения к действию традиции, установленное ГК РФ.

⁵ Проблема подробно изложена в книге Л. ван Влита.

⁶ Дернбург Г. Указ. соч. С. 114.

сти и не было. Именно этот аргумент пандектистов о переходе собственности в результате ошибочного исполнения был одним из ключевых при выработке Савиньи теории абстрактного (т.е. независимого от действительности основания) перехода собственности.

Мы можем видеть, что трудность связана с отпадением или просто сомнительностью основания, в котором на самом деле и коренится источник собственности. Но в этом случае после весьма характерных колебаний германскими юристами был сделан вывод (впрочем, не ставший общепринятым) в пользу перехода собственности и по голой традиции (*nuda traditio*, по выражению Ульпиана), лишенный, конечно, универсальности и объясняемый практическими удобствами.

Взятая сама по себе передача вещи «как фактическое действие», как «непосредственный физический захват»¹ (по выражению Гегеля) без соглашения о собственности² не порождает никакого юридического эффекта, в том числе и возникновение эффекта на стороне получателя владения в том смысле, в каком с ним связываются какие бы то ни было юридические последствия.

Традиция, стало быть, является сделкой постольку, поскольку она направлена на исполнение договора об отчуждении вещи, условия которого определяются за пределами традиции и всегда предполагаются, раз традиция состоялась: ведь не может иметь юридических последствий передача вещи «просто так» — такую ситуацию нужно еще измыслить. На этой почве возникла имеющая сильный казуистический оттенок тема передачи без вещного эффекта, находящая свое оправдание в том, что возвращает нас к происхождению традиции и особенно к тому обстоятельству, что свое волевое содержание, пусть незначительное и всегда одно и то же, традиция получает извне — из иных отношений сторон, обычно предваряющих ее, иногда следующих или предполагаемых (в этом случае предполагаемого основания больше причин считать внешним источником содержания традиции саму систему права).

Известна классическая задача, когда собственник кольца передал его другу, но не для оценки (оценка или осмотр имели юридическое содержание) или иного юридически значимого действия и без намерения передать в собственность, а друг уронил кольцо в реку. Возникает вопрос о последствиях, который в то же время вопрос о вещном результате такой передачи, ведь риск случайной гибели вещи следует за правом на вещь.

На современном материале можно привести такой пример. Владелец автомашины, припарковав ее перед складом, передает ключи (а значит и саму автомашину) хозяину склада с тем, чтобы он мог при необходимости въезда и выезда отогнать автомобиль и затем снова вернуть его на место стоянки. При этом на хозяина склада не возлагается обязанность охранять автомашину. Понятно, что несмотря на пе-

¹ Захват (или завладение) в некоторых случаях имеет технический смысл и отождествляется с оккупацией. В то же время в любом акте получения владения вещи нередко приходится выделять активные действия владельца по установлению господства над вещью без участия или без учета воли предшественника, которые также обозначаются как завладение. Но в этом, обычно теоретическом, контексте это выражение, конечно, не приобретает технического характера.

² Для каузальной традиции таким соглашением является договор об отчуждении. Тогда передача должна быть надлежащим исполнением. Это значит, что любое иное получение вещи, которое не охватывается надлежащим исполнением, не порождает права собственности у приобретателя.

редачу автомобиля, у хозяина склада никаких прав на эту вещь из такой передачи не возникнет. Если же машина окажется поврежденной в результате его действий, то возникнет не вещное правоотношение, а обязательственное — из причинения вреда, суть которого не изменится, причинен ли вред во время управления автомобилем или иным способом.

Такая передача без договора о вещи традицией, конечно, не является. Не является традицией и передача вещи по иному договору, кроме договора о приобретении/отчуждении вещи. Передача вещи на время (аренда, хранение и пр.) не влечет вещного эффекта, а создает лишь условное, обязательственное право на вещь, т.е. право к лицу. Это ясно изложено в п. 4 ст. 84 кн. 3 ГК Нидерландов: «Если происходит фактическая передача имущества для исполнения условного обязательства, то приобретается только право, которое попадает под то же условие, что и обязательство». Именно так возникает законное владение, которое вещным правом, конечно, не является.

Голой традицией можно считать только такую передачу, которая в отсутствие договора выступает все же именно как исполнение договора об отчуждении. Практически можно говорить, пожалуй, лишь об ошибочном исполнении (например, продавец, заключивший договор с наследодателем, передает вещь сыну умершего, ошибочно полагая его наследником, хотя на самом деле имеется завещание не в пользу сына и он не является правопреемником покупателя), а также об исполнении незаключенного договора. На базе п. 2 ст. 218 ГК РФ эти ситуации имеют очевидное решение — право собственности у получателя не возникнет. Ведь закон прямо указывает на договор как на основание возникновения собственности. Если договора нет, то одна передача создать собственность не может. В этом и состоит каузальность традиции в российском праве (напомню, так считал и Ульпиан).

Поскольку право собственности из голой традиции не возникает, в российском праве традент имеет возможность предъявить виндикационный иск к получателю, причем последний не имеет возможности сослаться на добрую совесть, так как добросовестность — качество стороны (приобретателя) недействительного договора, а в данном случае договора нет вообще¹. Недействительный договор, как мы уже говорили, — это юридический факт, имеющий ряд следствий, в том числе добросовестное владение приобретателя.

Возможен и кондикционный иск традента, если были получены, скажем, родовые вещи либо полученное использовано получателем.

Нужно отметить, что в любом случае признание традиции сделкой не означает, что передаваемое по традиции владение вещью тем самым становится правом, раз любая сделка направлена на возникновение (прекращение) права. С. Шевцов рассуждает от обратного и пишет, что традиция не может быть сделкой, поскольку независимо от действительности или недействительности традиции всегда наступа-

¹ Интересно заметить, что известная формулировка ст. 60 ГК РСФСР 1922 г., описывающая ответчика по виндикационному иску как «лицо, которое добросовестно приобрело имущество не непосредственно у собственника», указывает именно на наличие договора, хотя бы и недействительного. Статья 66 того же Кодекса говорит, что «право собственности на вещь переходит на основании договора, заключаемого между отчуждателем и приобретателем». Иными словами, приобретатель — это сторона договора, а не получатель вещи в порядке исполнения договора (модель перехода собственности в силу договора, принятая ГК РСФСР 1922 г., эти понятия не затрагивает).

ет ее эффект: вручение вещи приобретателю¹. Именно потому, что владение — это не право, возникновение владения нельзя считать юридическим эффектом: факт (т.е. владение) юридическим результатом не является.

Заметим также, что получение приобретателем незаконного владения не влечет возникновения у него права на вещь; не прекращается в этом случае, как правило, и обязательство из купли-продажи (например, передано арестованное имущество). Вытекающая отсюда возможность ничтожности традиции, однако, также не предвещает еще того, что традиция — сделка.

Выше мы пытались показать, что реституция, как она описана в п. 2 ст. 167 ГК, не применима в качестве последствия порочности исполнения (кроме уже приведенных в связи с неприменением правила п. 2 ст. 167 ГК к исполнению соображений, я бы здесь указал также на то, что исполнение каждого отдельного обязательства всегда отделено от иных актов исполнения иных обязательств по тому же договору и, стало быть, исключает возможность двусторонней реституции в принципе). Но возможны аннулирование действия передачи, лишение этого действия юридического эффекта. Возможность аннулирования, отсутствие юридического эффекта факта не являются свойствами только сделки; нужно иметь в виду, что не всегда требуется признание недействительности действия; во многих случаях отсутствие у действия юридического эффекта доказывается в споре о праве путем указания на порочность действия, без специального судебного признания² его недействительности.

В любом случае традиция является юридическим фактом (природа которого, однако, может быть предметом дискуссии), даже если она совершена во исполнение недействительной купли-продажи (так обычно и бывает): именно факт традиции порождает тогда права и обязанности, предусмотренные п. 2 ст. 167 ГК; если передачи вещи не было, то недействительность сделки влечет совсем иные юридические последствия: прежде всего отпадение прав и обязанностей, того обязательства, на которое была направлена сделка.

Кстати, совершение традиции обнаруживает интересное обстоятельство, важное в сфере действия ст. 302 ГК: традиция как способ утраты владения собственником или законным владельцем не имеет вообще качеств действительности или недействительности, а только различается в том отношении, имелась ли воля на утрату (передачу) владения³. Впрочем, имеется в виду не только традиция; передача вещи в аренду или на хранение будет по смыслу ст. 302 ГК утратой владения по воле владельца, однако традицией такое действие, естественно, не будет. Можно заметить, что здесь юридическое значение имеет не направленность воли владельца на юридический результат, а только наличие воли на утрату владения, или, еще точнее, отсутствие внешних действий третьих лиц по получению владения вещью, совершенных помимо воли владельца (хищение, самоуправство), либо потеря вещи. Иными словами, мы вновь обнаруживаем мотив наличия в традиции воли владельца, но в самой малой степени, пожалуй, в меньшей, чем это требуется для

¹ Шевцов С.Г. Передача имущества: проблемы теории и практики // Юридический мир. 2003. № 10. С. 65.

² Признание в материальном праве — компетенция суда.

³ Подробнее этот вопрос рассматривается в главе о владении.

сделки. Потому и лишена смысла квалификация этого действия как действительного (недействительного), и закон (ст. 302 ГК) таким образом его не описывает.

Ничтожная традиция сама по себе, т.е. при действительном договоре об отчуждении, также является, как говорилось, юридическим фактом.

Практически важным остается вопрос: допустимо ли оспаривание передачи как сделки? С. Шевцов, в частности, ссылается на колебания судов в вопросе о возможности оспаривания передачи имущества, совершенной во исполнение действительного договора в то время, когда отчуждение имущества уже было юридически недопустимым, запрещенным либо требовало соблюдения известных условий, например, вследствие введения процедур, предусмотренных законодательством о несостоятельности¹.

Для того чтобы разобраться в этом вопросе, нужно все же определить, на что направлена традиция, если считать ее сделкой. Очевидно, что передача во всяком случае направлена на прекращение обязанности должника по передаче вещи. Понятно, что воля должника выражает его интерес, а его интерес состоит не в том, чтобы наделить приобретателя правом собственности, а в том, чтобы освободиться от пут обязательства, исполнив его. Гай, обсуждая действие традиции, точно указывает, что «тот, кто дает в намерении заплатить, скорее хочет прекратить обязательственное отношение, чем заключить»². Хотя имеется в виду обязательственный эффект традиции (его нет), важно, что воля должника на прекращение обязательства оказывается определяющей. Именно эта воля на прекращение обязательства путем исполнения и встречная воля кредитора на принятие исполнения и составляют суть традиции как сделки.

При этом передача выступает и как факт, с которым увязывается возникновение права собственности у приобретателя. Между этими двумя следствиями нет коллизий, и потому возникает соблазн рассматривать их в одной плоскости, как волеизъявление. Однако нетрудно убедиться, что если прекращение обязательства должника отвечает признакам сделки, как они сформулированы в ст. 153 ГК³, то возникновение права собственности у приобретателя связано с традицией, которая выступает не столько как волевое действие, сколько как знак, важный в сфере вещных прав, как последний юридический факт в составе, знаменующем (означающем) возникновение права собственности. При этом такое качество знака может иметь не только традиция, но и иной юридический факт.

Сопряжение обязательственных и вещных прав, как мы могли уже убедиться, всегда требует осмотрительности. Значение традиции в сфере вещных прав имеет силу не только для участников договора об отчуждении вещи, но и для третьих лиц, у которых никаких новых прав и обязанностей при этом не возникает; для них традиция не имеет значения сделки. Понятно, что это наделение традиции функциями знака в каждом конкретном договоре случайно. Поэтому возможны и иные частные решения, подчеркивающие, что для возникновения права собственности важен только договор об отчуждении, а иной факт, имеющий роль знака, фикси-

¹ Шевцов С.Г. Указ. соч. С. 67–70.

² Гай. Институции. 3, 91. С. 207.

³ Повторю: тогда, когда мы обсуждаем применение реституции, мы видим, что квалификация традиции как сделки вызывает сомнения.

рующего момент перехода собственности, может и не носить природы волеизъявления, сделки (скажем, истечение срока). Следовательно, традиция имеет качество знака перехода собственности не потому, что она является сделкой, но потому, что является фактом, как об этом подробно говорилось в предыдущих главах, лишь в силу сложившегося в данном правопорядке юридического механизма, не зависящего от воли сторон, которые сами лишь подчинены этим механизмом, играют в нем отведенные им роли.

Возникновение права собственности у приобретателя увязывается не с волей отдающего, а с тем значением, которое правопорядок придает акту передачи. В этом плане следует отметить, что стороны могут передвинуть значение передачи на другой факт, хотя лишены возможности вовсе отменить механизм перехода права собственности, который состоит в придании соответствующего значения тому или иному юридическому факту. Собственно говоря, сам этот механизм и состоит в том, что известному факту придается сторонами или законом качество знака перехода права собственности и в силу этого он становится соответствующим юридическим фактом. Уже только то, что знаками перехода права собственности могут быть самые разные факты, не дает возможности рассматривать традицию как акт, которому имманентно свойство передачи собственности по ГК РФ, и тем более как акт, всегда достаточный для отчуждения вещи.

Изложенное позволяет прийти к выводу, что в качестве сделки традиция может выступать лишь как действие, направленное на прекращение обязательства по передаче вещи, с теми сомнениями, которые связаны с последствиями ее недействительности.

В то же время передача имущества не может быть отождествлена с договором об отчуждении вещи. Следовательно, традиция не может быть аннулирована по тем основаниям, которые затрагивают договоры об отчуждении вещи. Однако в том случае, когда соответствующими нормами или судебными актами установлены запреты на совершение определенных действий: передачу имущества, совершение платежей, регистрацию перехода прав и т.д., — то именно эти запреты и являются надлежащими основаниями для аннулирования действия актов, совершенных в их нарушение. Технически такие запреты могут выступать как запреты на исполнение договора, на принятие исполнения либо как запреты на определенные действия (прием-передачу имущества, выселение и др.) без указания на их место и роль в обязательстве.

Б.Л. Хаскельберг справедливо замечает, что «возможность признания передачи недействительной может показаться нереальной, поскольку подобные случаи встречаются на практике весьма редко»¹. С этим автором можно согласиться и в том, что традиция имеет вспомогательное значение², а из этого вытекает, что она будет оспариваться вместе с основным договором, как обычно и происходит. Поэтому следует поговорить лишь о тех ситуациях, когда недействительность традиции не вытекает из недействительности каузы, т.е. традиция порочна при действительном договоре об отчуждении.

¹ Хаскельберг Б.Л. К вопросу о правовой природе традиции. С. 122–123.

² Там же. С. 133–134. Автор ссылается на взгляды М.М. Агаркова и Е.А. Флейшиц об основной и вспомогательной сделках.

Попробуем представить, как может оспариваться традиция сама по себе. Если считать ее сделкой, то мы должны вспомнить, что не может быть интереса в оспаривании ничтожной сделки самой по себе (а недействительная традиция могла бы быть лишь сделкой ничтожной).

Интерес может состоять только в применении последствий недействительности (ст. 166 ГК). Мы должны прийти к выводу, что оспаривание традиции не может преследовать цели возврата переданного имущества отчуждателем. Реституция, как она описана в п. 2 ст. 167 ГК, не допускает возврата имущества от одной из сторон без обсуждения исполнения того же договора другой стороной. Но тогда предметом спора будет не традиция, т.е. исполнение договора только отчуждателем, а исполнение в целом, обеими сторонами. Однако мы ведь рассматриваем гипотезу действительного договора, когда реституция не допускается.

Но еще важнее другое. Если традиция — действие по исполнению обязательства, то спор о недействительности традиции непременно будет спором об исполнении договора, о том, является ли исполнение надлежащим. В этом споре оценка традиции, конечно, будет вестись в рамках спора об исполнении договора, и отдельное оспаривание акта передачи не представляет интереса, подлежащего защите судом.

Если же традиция — действие по наделению правом другой стороны (хотя этот эффект присущ не только традиции, как уж говорилось¹), то спор о недействительности традиции станет спором о праве. На самом деле этот спор также будет спором об исполнении: если обязательство о передаче вещи в собственность исполнено надлежаще, тем имуществом, которое было предметом договора, то право у приобретателя возникло. Оно возникает даже и при известных отклонениях от модуса исполнения (скажем, при досрочном исполнении или исполнении не в том месте, где должно быть исполнено, когда исполнение принято кредитором, при исполнении третьим лицом без указания должника² и т.д.).

Если традиция совершена во исполнение незаключенного договора либо ошибочного исполнения действительного договора, то ее ничтожность также не составляет самостоятельного интереса. Спор будет вестись об истребовании вещи, и традиции будет даваться оценка как одному из фактов, лежащих в основании иска, равно как и в основании возражений против иска. Основным вопросом будет, в силу п. 2 ст. 218 ГК, доказывание наличия или отсутствия договора об отчуждении вещи между традентом и получателем. Невозможно также истребовать вещь, чтобы сразу вернуть ее — такой интерес не подлежит защите.

Если же спор будет спором о кондикции (что нередко бывает по поводу имущества, полученного по незаключенной сделке или при ошибочном исполнении), то и вовсе отношения сторон выйдут за рамки одной только передачи. Будут обсуждаться все имущественные взаимоотношения сторон, чтобы выяснить, имело ли место обогащение и в чем оно состоит. Действительность, а равно и недействительность передачи в этом случае, как известно, значение утрачивает и самостоятельного иска по этому поводу быть не может.

¹ Если стороны, скажем, увязали переход права собственности с платежом, то спор о праве будет иметь своим предметом доказывание совершения платежа.

² Последний вариант обсуждается, в частности, С.В. Сарбашем (см.: *Сарбаш С.В.* Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 137–139).

Итак, мы, кажется, не обнаруживаем ситуаций, когда интерес отчуждателя или приобретателя дает ему иск о признании традиции ничтожной самой по себе; мы не видим и того, что ничтожная традиция влечет какие-либо собственные имущественные последствия. В то же время доказывание порочности (в том числе фиктивности) традиции может иметь место в спорах о праве на имущество и об истребовании имущества. Главным образом будет доказываться ненадлежащее исполнение или неисполнение договора об отчуждении вещи. Это позволяет предположить, что спор о квалификации традиции в качестве сделки едва ли имеет практическое значение.

Известная сотворенность традиции, ее неравность самой себе, когда она выступает и как передача вещи в силу обязательства, и как знак перехода собственности, порождает ряд неразрешимых или трудноразрешимых вопросов, расположенных на ее периферии и нуждающихся в прямом указании закона. К таким, например, относится вопрос: почему право собственности на вещь, переданную комиссионеру, возникает непосредственно у комитента? Этот вопрос Г.Ф. Шершеневич считал не имеющим удовлетворительного решения¹. Сюда же можно зачислить и трудности с передачей права на акции² или непосредственное возникновение права (общей) собственности у участников товарищества в силу одного только образования имущества в сфере действия этого договора.

Перечисленные случаи (а ими не исчерпываются возможные коллизии, возникающие при квалификации традиции как соглашения об отчуждении вещи) позволяют оценить преимущества юридического механизма, в центре которого помещен юридический факт как знак, с которым позитивный закон связывает переход права собственности, оставляя соглашению сторон исключительно обязательственное, а не вещное действие. В рамках этого механизма традиция, впрочем, не превращается в бесцветную фазу, а сохраняет, благодаря свойствам юридического факта, качество знака перехода собственности при умолчании закона или сторон договора.

Поскольку гражданский оборот спонтанно разлучает собственность и владение, то приходится признать, что собственность без владения столь же неизбежна, сколь неизбежно владение без титула.

Сама эта ситуация – плод не столько права естественного, которое, конечно, не может воспринимать собственность без владения вещью как норму, сколько права позитивного, которое признает ситуации владения без титула и собственности без владения во многих случаях. Иначе право могло бы разрушиться вследствие системных противоречий.

Но раз речь идет о праве позитивном, можно наблюдать национальные особенности в решении тех или иных специфических вопросов соотношения собственности и владения.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1994. С. 208. В предыдущих главах указывалось на связь этого суждения Г. Шершеневича с теорией вещного договора, в рамках которой на самом деле автоматическое возникновение собственности комитента на вещь, находящуюся во владении комиссионера, не получает решения. Попытки сконструировать некое правомочие, передаваемое комиссионеру комитентом, не оказались удачными, как я пытался показать. В то же время вне рамок теории вещного договора вопрос, кажется, может быть решен.

² Вестник ВАС РФ. 1994. № 11. С. 75.

Среди них несомненный интерес представляет вопрос о праве собственника на отчуждение в тех случаях, когда он лишен владения и не может никаким образом его восстановить. Совершенно ясно, что интерес этот — преимущественно практический; теория вынуждена обсуждать данную проблему под явственным эмпирическим давлением.

Речь идет, конечно, главным образом о купле-продаже, но затрагивается также и право передачи в залог. Ведь залог, имея возможность следования, сохраняется и при передаче вещи третьим лицам. Здесь можно опереться на положение Дигест: «Что может быть предметом купли и продажи, то может быть и предметом залога»¹, поскольку продажа — способ реализации залога. Это правило получило прямое подтверждение в постановлении Президиума ВАС РФ, указавшего, что «одним из существенных признаков договора о залоге является возможность реализации предмета залога», которая «осуществляется путем продажи заложенного имущества с публичных торгов»².

Если совершена купля-продажа без владения, то, кажется, прямых оснований считать ее ничтожной, как это допустимо, если у продавца нет собственности, не имеется (если продавцом скрыто отсутствие владения, то покупатель имеет соответствующий иск об обмане, а сделка только оспорима; здесь невозможно и условие о переходе собственности к покупателю до передачи вещи, так как это условие допустимо, лишь пока владение сохраняет продавец).

Однако, не получив владения, покупатель приобретает не собственность, а титул покупателя, обязательственное право, которое позволяет ему заявлять требования лишь к продавцу³. (Конечно, проблемы совсем не будет, если продажа совершена под отлагательным условием передачи утраченного владения.)

Судебная практика дает характерный пример этому правилу.

АОЗТ «ТПК «Российское пиво» поставило ИЧП «Дорога в жизнь» оборудование мини-пивоварни стоимостью 30 млн руб., а последнее приняло его; в дальнейшем стороны составили акт приема-передачи имущества. Не имея средств на оплату оборудования, покупатель заключил договор о сотрудничестве с ТОО «Геба». По условиям этого договора стороны договорились о создании товарищества с ограниченной ответственностью, причем ТОО «Геба» принимало на себя права и обязанности по договору поставки мини-пекарни, в том числе и по оплате, от ИЧП «Дорога в жизнь». ТОО «Геба» перечислило сумму поставщику, но убедившись, что оборудование не передано, предъявило иск об истребовании имущества.

Судом иск был удовлетворен. Решение было отменено, и Президиум ВАС РФ указал, что суд ошибочно посчитал собственником спорного имущества ТОО «Геба», которое уплатило за него обусловленную цену. Кроме того, следовало учесть, что в судебном заседании

¹ Дигесты. 20.1.9. С. 329.

² Вестник ВАС РФ. 1996. № 10. С. 69. Впрочем, по мнению А. Рубанова, такое ограничение, как возможность реализации с публичных торгов, из закона не вытекает; предметом залога могут быть вещи (и не могут быть деньги в безналичной форме) или права (*Рубанов А.* Залог и банковский счет в договорной практике // *Хозяйство и право.* 1997. № 9. С. 117).

³ Рассматривая иск лица, купившего квартиру на торгах, о выселении лица, занимавшего купленную квартиру, суд обоснованно не признал покупателя собственником, поскольку после купли-продажи он не получил владения, «квартира никогда ему не передавалась» (Бюллетень Верховного Суда РФ. 1998. № 6. С. 7–8).

виндикационный иск был изменен на требование об определении доли в общей долевой собственности, возникшей в результате совместного приобретения спорного имущества¹.

Конечно, замена на стороне покупателя в договоре купли-продажи сама по себе никак не может повлечь возникновения собственности, если новый покупатель не получил имущества. Здесь — главный и наиболее практически существенный мотив отмены решения. Но сомнительно также, что возникла и общая долевая собственность. В товариществе с ограниченной ответственностью такого рода прав у учредителей, как известно, не возникает.

Общая собственность, впрочем, может возникнуть при солидарности на стороне покупателя, и тогда действительно получение имущества одним из соучастников на стороне покупателя порождает собственность у всех, но в данном случае действия сторон были направлены, как можно судить, не на установление такой солидарности, а именно на замену стороны в договоре; ведь если следовать буквальному смыслу заявленного истцом требования, то его доля должна быть определена пропорционально его имущественному участию, а оно составляло 100% покупной цены; в этом случае общая собственность никак не получается.

В другом случае собственник — предприниматель Ярков передал мукомольный комплекс акционерному обществу «Боровская птицефабрика». После этого предприниматель Фурманов, выступая как кредитор Яркова по договору займа, обеспеченному также залогом мукомольного комплекса, заявил виндикационный иск к АО «Боровская птицефабрика», сославшись на то, что заложенное имущество передано ему по акту передачи. ВАС РФ верно указал, что «не могло возникнуть право собственности у истца на основании акта приема-передачи имущества, поскольку фактически имущество не было ему передано и, следовательно, условие перехода права собственности, предусмотренное ст. 223 ГК, не выполнено»². Этот пример позволяет убедиться также в том, что несовершенство продавцом, отчуждателем традиции из-за того, что вещь находится у третьего лица, исключает виндикацию от имени кредитора не только потому, что он не смог стать собственником, но и потому, что третье лицо обычно, как и в данном случае, является законным владельцем.

Отчуждение увязывается с передачей вещи (традицией), которая с тех пор, как она была установлена в этом качестве римским правом, может считаться некоторым универсальным способом переноса собственности.

Это значение традиции как общего правила³, естественно, привело к тому, что переход собственности без передачи вещи должен быть специально оговорен. В этом смысле можно указать на *constitutum possessorium* (когда прежний собственник

¹ Вестник ВАС РФ. 1998. № 5. С. 21—22.

² Вестник ВАС РФ. 2000. № 5. С. 37. Конечно, суд указал также на то, что реализация залога не может осуществляться путем прямой передачи заложенного имущества кредитору.

³ Известные отклонения от правила традиции (имеется в виду прежде всего ФГК) возникли именно как отклонения от традиции. Л. ван Влит показывает, что именно практика постоянного применения модуса отсроченной передачи (*constitutum possessorium*) в сделках с недвижимостью во Франции в XVII—XVIII вв. привела в конечном счете к решению считать моментом перехода права собственности соглашение, а не передачу. Иными словами, постоянное исключение из правила привело к приданию исключению силы правила. Но такое развитие предполагает первоначальное правило.

по соглашению продолжает держать вещь у себя), *traditio brevi manu* (когда приобретатель уже владеет вещью)¹, а также на вручение документа. Влиянием традиции можно также объяснить выделение таких форм продажи, как удержание титула до оплаты (*lex commissoria*), залог неоплаченного товара и т.п. модусы, созданные для примирения обязательственного и вещного эффекта передачи.

Владелец должен быть собственником (или иметь полномочия от собственника), чтобы совершить передачу любым образом.

Но способен ли невладеющий собственник к традиции? Дернбург пишет, что «отчуждение возможно только или если отчуждатель сам владеет, или если он может обязать третье лицо к совершению передачи. При отсутствии этих условий отчуждателю только остается уступить приобретателю свои иски, в частности, виндикацию. Если вследствие такой уступки исков цессионарий делается владельцем вещи, то это равносильно традиции»².

Поскольку здесь затронут механизм § 931 ГГУ, имеет смысл уточнить, что в отличие от первоначального понимания, которое видно из буквального содержания этой нормы, право собственности переходит вместе, потому можно сказать — посредством уступки виндикации (уступка виндикации играет в этом случае роль традиции), тогда как в XIX в. считалось, что право на иск само по себе может быть предметом передачи. Впоследствии доктрина пришла к выводу, что право не может существовать без иска, равно как и иск без права. Поэтому оговорка, что право собственности возникает у приобретателя в момент получения вещи от (незаконного) владельца, а не в момент получения права на виндикацию, ныне не всеми считается корректной³.

¹ Г.Ф. Шершеневич объединяет эти формы тем общим, что здесь «передача представляется излишней» (*Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. С. 184).

² *Дернбург Г.* Указ. соч. С. 115; ср. с § 931 ГГУ: «Если вещью владеет третье лицо, то ее передача может быть заменена соглашением, по которому собственник уступает приобретателю свое требование о выдаче вещи».

Этот механизм может иметь практическое значение и в нашем праве. Верховный Суд РФ разъяснил: «Если по закону иностранного государства, в котором осуществляет свою деятельность страховая компания, к страховщику перешло право собственности на автомобиль, в связи с хищением которого его собственнику выплачено страховое возмещение, страховщик вправе на основании ст. 302 ГК истребовать автомобиль от добросовестного приобретателя».

Переход к иностранному страховщику права собственности на застрахованное имущество и права истребования его от добросовестного приобретателя в названном случае соответствует и положениям ст. 965 ГК. В силу п. 1 ст. 965 ГК, если договором имущественного страхования не предусмотрено иное, к страховщику, выплатившему страховое возмещение, переходит в пределах выплаченной суммы право требования, которое страхователь (выгодоприобретатель) имеет к лицу, ответственному за убытки, возмещенные в результате страхования. Как следует из названия ст. 965 ГК, такой переход происходит в виде суброгации, т.е. путем перемены лиц в обязательстве, в том числе в обязательстве о возврате первоначальному собственнику похищенного у него» (*Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за первый квартал 2000 года // Бюллетень ВС РФ. 2000. № 9*).

Конечно, рассуждения ВС РФ в той части, в которой говорится, что право на виндикацию — это право требования, предусмотренное ст. 965 ГК, принять невозможно по очевидным причинам; тем не менее право на виндикацию в принципе может, видимо, стать предметом цессии при соответствующих изменениях в ГК РФ. Для этого вовсе не нужно делать фантастическое допущение, будто виндикационный иск — разновидность обязательственного права, а прямо допустить уступку этого иска в качестве *вещного* требования. Нужно подчеркнуть, что предметом цессии может быть именно право на виндикационный иск, но никак не право собственности.

³ Подробнее см.: *Van Vliet Lars Peter Wunibald.* Transfer of Movables in German, French, English and Dutch Law. *Ars Aequi Libri*, 2000. P. 59.

Цессия права на виндикацию по ГК РФ, однако, невозможна, поскольку по смыслу ст. 382 Кодекса цессия ограничена сферой обязательств и, следовательно, неприменима к вещным правам¹.

Несмотря на очевидность этих положений, в последнее время высказывается мысль, что раз право собственности может быть передано не в момент передачи, то оно может быть передано и при заведомой невозможности для собственника совершить традицию, передать вещь. Нередко предлагается передавать собственность на манер цессии в тех случаях, когда невозможно забрать вещь у покупателя. Мотивируется это свободой договора².

Можно указать также на предложение Н. Марьянковой допустить возможность «на основе системы договоров – инвестиционного (долевого участия) и последующих договоров цессии передачи не только обязательственного права – права требования (передачи квартиры, квадратных метров, доли), но и права собственности – вещного права на долю объекта строительства в натуре»³.

Прежде чем оценить эти предложения, следует отметить, что речь идет о вещах индивидуально-определенных. Родовые вещи до передачи вообще не могут оказаться в собственности третьего лица, так как сама передача – это и есть способ выделения и тем самым превращения вещей, определенных родовыми признаками, в вещи индивидуально-определенные. Другие способы выделения вещей, такие, например, как размещение на особое хранение, использование особой тары или упаковки, маркировка и т.п., предполагают наличие связи с владельцем, а именно эта связь в нашей гипотезе и исключается. Исследуемая задача, стало быть, ограничивается продажей недвижимости и некоторых иных столь же определенных вещей. Ценные бумаги, в том числе именные акции, далеко не всегда оказываются среди таких вещей⁴, поскольку достаточно легко смешиваются в обороте с акциями, имеющими те же реквизиты, и обезличиваются.

¹ Даже в тех случаях, когда ответчик по виндикации известен, право требования вещи из чужого владения не становится обязательственным; тем менее оснований считать его обязательством, когда неизвестно, у кого находится вещь в данный момент и у кого она будет в момент заявления иска. Незаконный владелец не имеет обязанности вернуть вещь собственнику, как об этом уже говорилось.

² Впрочем, насколько можно судить из примечания к норме п. 1 ст. 223 ГК, В.В. Бердников полагает, что применительно к имуществу, право собственности на которое возникает в момент регистрации, возможность сторон избрать иной, кроме традиции, способ перехода собственности исключена (см.: *Бердников В.В.* Распорядительная сделка как способ изменения имущественно-правового положения лица // Законодательство. 2002. № 3. С. 34).

³ *Марьянкова Н.* Споры из договора долевого участия в строительстве // *эж-Юрист.* 2003. № 1. С. 7. В этом случае механизм цессии, видимо, объясняется тем, что обладатель права лишен не только владения, но и возможности владения до завершения строительства.

⁴ Нельзя здесь не заметить, что применительно к обороту акций мы в большинстве случаев лишены возможности говорить о раздельном бытии фактического владения акцией и права на акцию. Тот, кто является ответчиком по виндикационному иску акционера (при всей условности применимости виндикации, как и прочих вещно-правовых инструментов к ценным бумагам и особенно к акциям), на самом деле – лицо, указанное в реестре, т.е. предполагаемый обладатель права, а не фактический владелец. Те редкие случаи, в которых спор идет о бумагах, владелец которых никак не легитимирован, в том числе хотя бы и спорной записью, очевидно не представляют интереса для нашей проблемы (подробнее см.: *Степанов Д.* Вопросы теории и практики эмиссионных ценных бумаг // *Хозяйство и право.* 2002. № 5. С. 79–80).

Именно то, что владение акциями – понятие вполне иллюзорное, и позволило законодателю применить к любому обладателю права на акцию термин «владелец», который здесь означает «имеющий титул», т.е. приобретает значение, буквально противоположное своему классическому смыслу.

На мой взгляд, все допущения передачи собственности без вещи не кажутся убедительными уже потому, что игнорируют разделение прав на вещные и обязательственные и соответственно невозможность путем договора изменить строй вещных прав. Как представляется, не отвечают они и точному смыслу п. 1 ст. 223 ГК, который предусматривает иные, кроме традиции, способы возникновения права собственности, не столько как альтернативные, сколько как усложняющие юридический состав для перехода собственности¹. Более точной в этом смысле представляется норма ст. 30 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров: «Продавец обязан поставить товар, передать относящиеся к нему документы и передать право собственности на товар в соответствии с требованиями договора и настоящей Конвенции». Видно, что обязанность передать право собственности существует наряду с традицией, а не вместо нее (аналогична и формулировка § 433 ГГУ)².

Хотя собственность и может в известных случаях отрываться от владения, эти случаи всегда расцениваются как исключительные. Но дело не только в этом. Отрыв собственности от владения выводит вещь за рамки товарного оборота. Это вполне понятно. Но следствием этого оказывается и другое обстоятельство — вещь выходит и за рамки гражданского оборота. Это означает, что собственник, потерявший владение, утрачивает и свои распорядительные возможности. Он еще может совершать сделки, обязываться, но уже не может передавать право³.

¹ Ср.: «Диспозитивность правил о переносе права собственности в правопорядках, где действует система передачи, заключается в возможности использования предусмотренных законом суррогатов традиции, а не в свободном отступлении от общего правила» (Церковников М.А. Приобретение права собственности на движимые вещи посредством соглашения: французский и российский опыт // Вестник гражданского права. 2009. № 3 (9). С. 112). В целом соглашаясь с этой позицией, я бы все же охарактеризовал ее как слишком жесткую (а эта жесткость — следствие преувеличения особенностей французского способа передачи права собственности). Полагаю, что нет препятствий для использования таких условий купли-продажи, как переход права собственности против платежа или на определенную дату (что не является суррогатом традиции), и в нашем праве, но при обязательном условии возможности передачи (или уже состоявшейся передачи покупателю, что то же самое). Это значит, что условие о передаче вещи, даже если момент перехода права собственности приурочен к иному факту, должно обязательно иметься в договоре купле-продаже и быть исполнимым.

Впрочем, далее М. Церковников высказывается в пользу достаточно широкой диспозитивности правила традиции (Указ. соч. С. 126 и сл.)

² К сожалению, ст. 456 ГК может быть истолкована в том смысле, что кроме традиции возможен и иной способ исполнения купли-продажи, в том числе — главной обязанности продавца по передаче вещи в собственность покупателю.

³ В одной из последних по времени европейских кодификаций гражданского права (1994 г.) принята попытка выразить значение передачи возможно более общим образом. Речь идет о разд. 4 кн. 3 ГК Нидерландов. Здесь, во-первых, избран термин «имущество», охватывающий любые права. Во-вторых, любая передача описана как «правопреемство» — универсальное, простое или особое (уступка, приобретательная давность, экспроприация).

По интересующему нас вопросу ГК Нидерландов указал в ст. 84 разд. 4 «Приобретение и потеря имущества» кн. 3: «1. Для передачи имущества требуется предоставление его в распоряжение на основании действительного порядка правопреемства, совершенного лицом, у кого есть право распоряжаться этим имуществом.

2. Имущество должно быть описано с достаточной определенностью в порядке правопреемства на право передачи.

3. Сделка, предметом которой является передача имущества с гарантией или которая не предусматривает владения имуществом после передачи его приобретателю, не является совершенной в действи-

Л. ван Влит, обсуждая данную проблему, приводит такой казус.

Писатель Дилан Томас передал свое новое произведение издателю. Издатель принял произведение к печати и вернул рукопись автору. Спустя некоторое время Дилан Томас, уезжавший в США, позвонил издателю и сообщил, что он потерял рукопись. Издатель успокоил встревоженного автора и привез ему одну из снятых в издательстве копий рукописи прямо на вокзал. Писатель был так обрадован, что решил подарить рукопись издателю, о чем и объявил ему.

Издатель вспомнил, куда пошел автор со своей рукописью из издательства, и в одном из предполагаемых мест, которые тот мог посетить, рукопись была найдена. Издатель взял ее себе.

После смерти автора один из его наследников потребовал выдать ему рукопись и заявил, что дарение в сложившейся ситуации не могло считаться правомерным. Суд не согласился с истцом и решил, что дарение могло иметь место. Но право собственности у ответчика возникло лишь в тот момент, когда он нашел и взял в свое владение потерянную рукопись.

Это дело показывает, что хотя собственник и может обязаться, заключить договор без возможности передачи владения, собственность тем не менее передаваться таким образом не может.

Здесь, видимо, сказывается то, что передача собственности подчинена не только воле сторон, но и, как показано выше, правопорядку. Применительно к механизму правопреемства мы говорили, что стороны вправе выбрать тот или иной факт, обозначающий переход собственности, но не вправе вовсе не выбирать никакого факта. Но и эта свобода ограничена. Оказывается, что правопорядок может вовсе лишить собственника права присваивать какому-либо факту значение передачи собственности, если среди этих фактов заведомо не может быть передачи. Рационально это объясняется тем, что само право создать собственность приобретателю дается правопорядком лишь тому лицу, которое может заключить и исполнить договор купли-продажи. Применительно к проблеме правомочия на отчуждение я сформулировал этот тезис как универсальный (для российского права, конечно).

Поскольку позитивное право, закон признает незаконное владение (а он его признает, что следует из ст. 302, 234 ГК), отрыв владения от собственности приводит к тому, что физическое воздействие собственника на вещь оказывается за пределами позитивного права, т.е. считается неправомерным (самоуправным); напротив, физическая власть незаконного владельца юридически признается и защищается.

В этом решающем пункте ставится и разрешается вопрос: возможен ли оборот прав отдельно от оборота вещей?

тельном порядке правопреемства на право передачи этого имущества» (Гражданский кодекс Нидерландов. Кн. 2, 3, 5, 6 и 7 / Пер. М. Ферштман. 2-е изд. Лейден, 2000. С. 199–200).

При том, что вещь и право здесь не противопоставляются, а, напротив, скорее объединяются в понятие «имущества», которое все же не остается всегда равным самому себе, можно заметить достаточно определенно выраженное отрицательное отношение к конструкции передачи права без передачи владения. На это именно и указывает то, что без передачи владения сделка не переносит права, «не является совершенной в действительном порядке правопреемства на право передачи имущества».

Гражданский оборот направлен именно на владение вещами без отрыва от прав на эти вещи¹. По-другому это формулируется как принципиальное совпадение товарного и гражданского оборота. Это легко понять. Нет никакой ценности² в отдельном обороте прав и вещей. Ничего, кроме хаоса, такая ситуация удвоения³ не даст. Хозяйственный смысл имеет только такой оборот, когда владение не отрывается от прав на вещь, и наоборот. Если возникает их принципиальный, невосстановимый обычными юридическими средствами разрыв, то останавливается и обращение вещи, и обращение права: незаконный владелец ждет, пока не станет собственником (например, по приобретательной давности), а собственник ждет, пока не вернет владения или не утратит собственности⁴. Паралич оборота здесь безусловно предпочитается законом умножению раздельного бытия права и владения, т.е. умножению имущественного и экономического хаоса.

Совершенно очевидно, что оборот в такой ситуации не только юридически невозможен, но невозможен по всем практическим, жизненным основаниям: поскольку незаконный владелец не находится в какой-либо юридической зависимости от собственника и потому не обязан выполнять его указания, он не будет передавать вещь лицу, которое ему указано собственником. Стало быть, распорядительные способности собственником фактически утрачены; но если владелец не имеет права собственности, в том числе права на стоимость вещи, то полученная им от любого лица плата за вещь оказывается неосновательным обогащением и должна быть передана собственнику, следовательно, и у владельца нет распорядительных возможностей. Мы уже не говорим о том, что покупатель, получивший вещь от незаконного владельца, рискует потерять и саму вещь, не получив на нее никакого права. Таким образом, одновременная остановка оборота незаконно полученной вещи и остановка оборота прав на нее — не столько законодательный прием, сколько единственно возможное неизбежное следствие отрыва собственности от владения.

В этот иногда достаточно длительный период сохраняются лишь те возможности эксплуатации вещи, которые не связаны с ее оборотом. Некоторые из них имеет и собственник.

Например, ГК РФ сохраняет за собственником возможность получения через иск к владельцу стоимости неосновательного обогащения, как минимум, в разме-

¹ Частным проявлением этой направленности является презумпция собственности в лице владельца.

² Ценности нет и в буквальном смысле: для владельца его вещь оказывается лишенной цены, поскольку он не имеет возможности ее продать.

³ Поскольку речь идет об обороте вещей, видимо, нельзя избежать обсуждения феномена удвоения в той или иной форме. Например, В. Слыщенко говорит о двойственности вещных эффектов традиции: «установлении непосредственного господства над вещью и возникновении права собственности» (*Слыщенко В.А. Передача (traditio) как способ приобретения права собственности // Ежегодник сравнительного правоведения. 2001. М.: Норма, 2002. С. 164*). Кажется, что возникновение владения — все же не вещный эффект, в противном случае пришлось бы владение считать вещным правом; остается, таким образом, лишь эффект возникновения собственности. Впрочем, и В. Слыщенко стремится разрешить свой вопрос не в пользу двойственности эффекта традиции.

⁴ Специальные механизмы смягчения этой парализующей ситуации — уменьшение приобретательной давности до мгновения (движимости) (§ 932 ГГУ, п. 1 ст. 86 кн. 3 ГК Нидерландов) либо, напротив, неограниченная доброй совестью виндикация (недвижимости) — лишь подчеркивают наличие самой ситуации, требующей специального регулирования.

ре арендной платы за вещь¹, хотя и остается впечатление, что в целом вся ситуация не привлекла достаточного внимания законодателя. Хозяйственный смысл такого иска видится в понуждении владельца к нормальной эксплуатации вещи. Однако такое воздействие, конечно, крайне ограничено по сравнению с полнотой собственности. Не говоря уже о том, что те же цели могут с определенной эффективностью, впрочем, конечно, более низкой, чем любая частная инициатива, достигаться публично-правовыми средствами, например налогообложением лица, эксплуатирующего имущество², право собственности никак не может исчерпываться возможностью воздействия на третьих лиц с целью эффективного использования имущества.

Собственность имеет свое оправдание лишь постольку, поскольку обеспечивает собственнику наиболее полное раскрытие его способностей через его предметную деятельность. Без подчиненного воле, т.е. личности, собственника воздействия на вещь такие способности, вообще говоря, не могут реализоваться. Поэтому собственник всегда имеет интерес в получении своей вещи в свое обладание, и этот интерес признается обществом, предоставляющим собственнику право на истребование вещи от нарушителей владения.

Но в тех случаях, когда интересы оборота, часто конфликтующие с собственностью, приводят к утрате возможности собственника вернуть себе владение, право собственности теряет в значительной мере свои основания. Теперь оно сохраняется лишь постольку, поскольку владелец не стал еще собственником. Право собственности уже не дает собственнику власти над вещью. Права собственника здесь сводятся преимущественно к надзорной функции, функции стимулирования владельца к рачительному пользованию имуществом. Владелец стимулируется и помимо усилий собственника, например, к улучшению вещи или хотя бы к ее сохранению правом приобрести вещь по давности.

Кроме уже упомянутой обязанности владельца выплачивать собственнику неосновательное обогащение, собственник вправе преимущественно перед другими лицами завладеть вещью, оставленной владельцем; соответственно вещи не грозит судьба бесхозяйного имущества. По воззрениям германского права исковая давность для виндикации прерывается каждым отчуждением вещи незаконным владельцем: так обеспечивается запрет на оборот незаконно полученной вещи.

Очевидно, что все эти права собственника отвечают общему содержанию ситуации изъятия вещи из оборота, охраняют сложившееся положение, обеспечивая эксплуатацию вещи вне оборота.

В то же время совершенно не видно причин, по которым в этой ситуации собственнику может быть дано право передать иному лицу свой титул. Если собственник настолько не имеет интереса к вещи, что не требует от владельца компенсации через кондикционный иск, то, вероятно, у него нет и интереса к передаче титула. Ведь само право требования неосновательного обогащения, как любое обязательственное право, может быть предметом цессии. Другие же интересы, в том числе

¹ Этот вопрос подробнее рассмотрен далее.

² Тот факт, что публичное право не замечает ситуации отрыва владения от собственности, говорит, конечно, о неурегулированности всей этой сферы отношений, как и вообще о слабом интересе законодателя к обороту.

стремление передать бремя собственности¹, надо полагать, закон защищать не намерен. Иными словами, поскольку вещь изъята из оборота, то исключен и оборот права собственности² на эту вещь.

Теперь понятно, что свобода договора не может быть противопоставлена здесь, как, впрочем, и в других случаях, основам оборота, ведь договор в целом — это инструмент оборота.

Правило: отчуждение возможно только или если отчуждатель сам владеет, или если он может обязать третье лицо к совершению передачи, так или иначе подтверждается внутренними системными связями.

В рамках ГГУ, как уже говорилось, возможно отчуждение вещи путем уступки права на виндикацию. Отсутствие в нашем праве возможности такой цессии, конечно, существенно ограничивает возможности собственника, причем основания такого ограничения, вообще говоря, неочевидны. Эта норма нашего ГК РФ, как и ряд других, ограничивает способность невладеющего собственника к участию в обороте.

Но пока право на цессию виндикации отсутствует, у невладеющего³ собственника нет возможности и отчуждения.

Поскольку ГК РФ исключает цессию права на вещный иск, возникает соблазн предоставить собственнику возможность отчуждения вещи без традиции в рамках договора купли-продажи исключительно волей собственника.

Обсудим возникающие при этом коллизии.

Нельзя не заметить, что такая конструкция тяготеет к ст. 1583 ФГК⁴, в свое время вызвавшей критику Г.Ф. Шершеневича⁵. Но и ст. 1583 ФГК никак не может толковаться в том смысле, что продавец освобождается от обязанности обеспечить владение покупателю⁶.

Следующий аспект проблемы состоит в том, что для третьих лиц собственником остается владелец, собственность которого презюмируется, либо, если эта презумпция не подтверждена, то лицо, чье владение было нарушено⁷. Кажется, что как

¹ Бремя собственности продолжает нести собственник, поскольку оно не перешло на владельца. Этот же переход может происходить только в силу закона, так как договор с собственником здесь исключен.

² А также, как представляется, и вещных прав, которые как производные от собственности не могут иметь собственной судьбы.

³ Можно заметить, что по германскому праву опосредованным владельцем является лицо, занимающее такое положение по отношению к фактическому владельцу, которое позволяет ему определять действия фактического владельца (аналогичны нормы ст. 107–110 кн. 3 ГК Нидерландов). Соответственно понятие владения шире, чем простое физическое обладание.

⁴ Законодательство последнего времени позволяет и в рамках французского права применить удержание титула в сфере банкротства — одной из самых практически важных для обсуждаемой проблемы (см.: *Смирнова М.А.* Купля-продажа с условием сохранения собственности у продавца // Ежегодник сравнительного правоведения. 2001. С. 185). А ведь сама конструкция удержания титула против оплаты (*lex commissoria*) возникает именно в рамках традиции.

⁵ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. С. 184.

⁶ Во французском праве право собственности передается покупателю в момент заключения договора. «Но между тем после заключения договора продавец обязан передать владение покупателю с гарантией от эвикции» (*Церковников М.А.* Указ. соч. С. 114).

⁷ В. Слыщенко верно отмечает: «Только владелец, фактическая принадлежность имущества которому ясна для третьих лиц (хотя бы он стал только посредственным владельцем имущества, находящегося у третьего лица), может претендовать на приобретение собственности» (*Слыщенко В.А.* Указ. соч. С. 172).

раз этот довод легко устраняется возможностью путем записи в реестре публично установить собственником определенное лицо независимо от владения. Именно на этой почве и возникла, видимо, сама идея цессии собственности. Однако нельзя не заметить, что цена, которую придется заплатить за такую возможность, слишком высока: придется признать, что данные реестра не позволяют судить о фактическом владении вещью и о возможности получить это владение. Таким образом, окажется опрокинутой сама основа реестра — достоверное сообщение третьим лицам о сложившемся имущественном положении, поскольку реестр откажется от обычного для оборота предположения о совпадении собственника и владельца в одном лице¹.

Презумпция собственности на стороне владеющего — не просто удобный технический прием (что само по себе немало), но достаточно важный конструктивный элемент оборота, без которого оборот, пожалуй, не может нормально разворачиваться.

Подлежит обсуждению также характер отношений собственника и покупателя, как он представлен в ГК РФ. Поскольку речь идет о вещах родовых, возможность установления на них собственности покупателя без передачи, как уже говорилось, исключена.

А когда речь идет о продаже индивидуально-определенной вещи, отношения продавца и покупателя регулируются ст. 398 ГК: покупатель имеет обязательственное требование к продавцу. Оно утрачивается, лишь если на вещь уже возникло право собственности или вещное право третьего лица. Но в нашей ситуации такого права у третьего лица нет — вещь находится в незаконном владении. Кредитор не может и поменять обязательственное право на вещное. Отказ от истребования вещи из собственности продавца, в том числе вследствие невозможности исполнения договора, дает кредитору лишь право на взыскание убытков. Понятно, что требование убытков исключает какое-либо право на вещь.

Стало быть, покупатель сохраняет обязательственное право, право требования к продавцу. Но это право к продавцу означает сохранение у продавца собственности на товар.

Очевидно, что невозможна ситуация, когда собственником стал покупатель, сохраняющий в то же время требование к продавцу как собственнику той же вещи. Но ничего иного из ст. 398 ГК не вытекает. Именно эта норма, системное значение которой хорошо известно, и венчает анализ нашей ситуации.

Итак, в силу ст. 398 ГК исключена возможность передачи покупателю титула собственника без передачи вещи.

Посмотрим все же, как могла бы быть истребована вещь у незаконного владельца покупателем или продавцом, если, скажем, покупатель вопреки смыслу ст. 398 ГК смог бы как-то получить право собственности.

Во-первых, очевидно, что отпадает возможность истребовать вещь у незаконного владельца² единственным легальным способом, т.е. посредством виндикации-

¹ Нельзя не заметить, что система регистрации — мера, сама по себе направленная скорее против оборота (в защиту права) и обычно оборот затрудняющая, — всегда мыслится все же как средство точного отражения принадлежности определенных объектов. Но вот чтобы реестр сам стал средством оборота прав вопреки фактическому положению объектов этих прав — этого из идеи регистрации никак нельзя извлечь.

² Если вещь находится у законного владельца, т.е. у такого лица, которое связано с собственником договором или иным образом владеет по его воле, то собственник, естественно, сохраняет возможность

онного иска¹. Ведь по смыслу ст. 302 ГК обсуждается добрая совесть ответчика, т.е. характер связи владельца с собственником, на момент завладения. Таким образом, гипотеза ст. 302 ГК определенно не предусматривает того, что собственник может измениться после утраты владения, кроме, конечно, случаев универсального правопреемства, когда передачи для перехода права и не требуется (соответственно этот случай выпадает за рамки нашей проблемы).

Во-вторых, совершенно невозможно создание любой юридической конструкции виндикации вещи новым собственником с сохранением всех взаимных отношений с незаконным владельцем, всех требований и возражений², без придания этой конструкции иного вида, кроме цессии права на виндикацию.

Это подтверждает, во-первых, сделанные выше выводы, но, во-вторых, приводит к другому выводу — о допустимости и уместности введения в наше право цессии права на виндикацию как заменяющего традицию способа передачи собственности. Допущение этого механизма сделает возможной и передачу собственности на украденную или потерянную вещь, когда владелец неизвестен³. Такая передача имеет интерес для страховых компаний.

Конечно, при этом возникнет ряд новых вопросов, например, связанных с правами кредиторов сторон такой купли-продажи⁴, но прежде чем приступить к их рас-

традиции. Эта ситуация, стало быть, выходит за пределы нашего анализа. Кроме цессии требования к законному владельцу собственник может воспользоваться и правилом ст. 313 ГК, т.е. дать указание третьему лицу об исполнении кредитору. Дальнейшая проблематика находится в сфере исполнения обязательства третьим лицом по указанию должника (или исполнения новому кредитору) и специального интереса не представляет.

¹ К тому же выводу пришел В.В. Бердников: «Передача вещи недобросовестным продавцом второму покупателю исключает, согласно ст. 398 ГК РФ, истребование первым покупателем переданной вещи путем виндикации. Очевидно, что указанная норма не делает исключений для приобретения вещного права ни для системы передачи, предусмотренной ГК РФ, ни для системы соглашения, если она будет избрана сторонами или установлена законом.

В аналогичных случаях, по свидетельству И.Н. Трепицына, «французское право предоставляет первому покупателю возможность предъявить виндикационные иски против второго покупателя, а также против каждого владельца, в том числе добросовестного, и против кредиторов продавца, арестовавших купленную, но еще не полученную... приобретателем вещь» (*Трепицын И.Н. Переход права собственности на движимые имущества посредством передачи и соглашения. Одесса, 1903. С. 263*). Такого же подхода придерживаются и создатели ГК Квебека (ст. 1714) (*Бердников В.В. Распорядительная сделка как способ изменения имущественно-правового положения лица // Законодательство. 2002. № 3. С. 32*).

Наряду с хорошо выраженной идеей различия в национальных системах права нельзя, однако, не заметить, что описывается случай, когда вещь у продавца в момент продажи была даже применительно к французской системе передачи собственности. Именно потому он и назван недобросовестным.

² Достаточно указать хотя бы на то, что в противном случае придется признать возможность многократного предъявления тождественного виндикационного иска — после каждой сделки о передаче собственности без традиции.

³ Л. ван Влит определяет этот случай как «передачу собственности без владельца» («transfer of thing without possessor») (Op. cit. P. 60). Мне кажется, что скорее следует говорить о неизвестном владельце, поскольку всегда более оправданна презумпция, что вещь находится во владении, чем обратная — что вещь вне человеческого контроля. Ведь даже находящаяся на кладбище автомобилей машина имеет владельца, которому принадлежат права на этот объект. Передаче права на виндикацию не препятствует неизвестность владельца, тем более, что к моменту предъявления иска владельцем может стать иное лицо. Существующая здесь проблема исковой давности связана не с вопросом уступки права, а с более широкой проблемой виндикации вещи от неизвестного владельца.

⁴ Нужно заметить, что и в нынешней ситуации права кредиторов собственника, утратившего владение, ГК РФ регулируются весьма приблизительно; между тем это — прерогатива национального за-

смотрению, желательно все же обсудить предложенный способ изменения закона. А до таких изменений необходимо исходить из того, что без возможности передачи владения право собственности не может быть передано.

Рассмотренные аспекты традиции затрагивают вопрос, который при сравнительно неразвитом обороте сохраняет, пожалуй, лишь академический интерес: вправе ли покупатель вещи, владение которой до передачи утрачено продавцом, виндигировать вещь от третьего лица? Конечно, если собственность переходит в момент передачи вещи, то покупатель, не получив вещи хотя бы на миг, не стал собственником и, значит, не получил виндикационного иска, который имеет только собственник (или законный владелец). Ситуация может быть, однако, усложнена. Например, стороны могут оговорить, что собственность перешла к покупателю до передачи, в момент заключения договора, а вещь затем оказалась утраченной продавцом. Если на то не было воли покупателя, то виндикация у него, стало быть, не только возникла, но и имеет хорошие перспективы. И в этом случае необходимо однако, чтобы вещь имелась у продавца в момент заключения договора.

Другой вариант виндикации без передачи владения истцу возможен, видимо, в случае приобретения вещи (скорее всего — недвижимой), находящейся во владении по отличному от аренды договору у третьего лица без защиты владельца в виде права следования¹.

Формулировки ст. 33 Закона об ипотеке (залоге недвижимости) заставляют обсудить также вопрос: возможен ли залог, если собственник не имеет владения или, что в данном случае то же самое, утратил юридическую возможность вернуть владение? Дело в том, что говоря о праве истребования имущества из чужого незаконного владения, названный Закон сопровождает право на виндикацию от имени залогодержателя оговоркой: «...если имущество, заложенное по договору об ипотеке, оказалось в незаконном владении третьих лиц» (п. 3 ст. 33). Стало быть, если имущество выбыло из владения залогодателя до заключения договора об ипотеке, то залогодержатель собственного виндикационного иска² не имеет.

конодательства. Европейский суд по правам человека отметил, разрешая жалобу продавца, имущество которого (бетономешалка) было изъято налоговыми органами по долгам покупателя, несмотря на сделанную в контракте оговорку о том, что право не переходит до полной оплаты (*lex commissoria*): «Обычно продавец и покупатель оба обладают ограниченным правом на имущество (*limited property right*), защищаемым ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции, но точный объем права, имеющегося у каждой стороны, различается соответственно применяемому праву. В частности, от национального права зависит, до какой степени удержание титула защищается против требований кредиторов покупателя» (дело *Gasus Dosier* против Нидерландов).

Что касается «ограниченного права на имущество (или собственности — *limited property right*)» у обеих сторон, то это — не признание расщепления права, как может показаться, а скорее более широкое понимание собственности как вообще имущественных прав (в некоторых делах защита по ст. 1 Протокола дается правам, которые можно рассматривать и как неимущественные).

Хотя в казусе речь идет о законном владении, но и вопросы принадлежности имущества в незаконном владении не могут быть разрешены одними нормами справедливости. Достаточно указать на специфику владения и владельческой защиты по ГК РФ.

¹ Эту ситуацию мы обсудим позже, в главе о владении.

² Буквально это все же не виндикационный иск, а подобный виндикации. Римляне давали залогодержателю специальный иск (*utilis Serviana, Serviana*), «составленный по образцу *rei vindicatio* собственника» (Барон Ю. Система римского гражданского права. В 6 кн. СПб., 2005. С. 485). Странным образом содержание п. 3 ст. 33 Закона об ипотеке ускользает от внимания юристов, которые настойчиво

Если и залогодатель утратил право на виндикацию, то реализация залога становится фактически невозможной. Сохранение при этом силы за договором об ипотеке едва ли имеет смысл.

Утрата владения залогом, наступившая без вины залогодержателя, после заключения договора, дает ему право на досрочное исполнение обеспеченного ипотекой обязательства (ст. 36 Закона об ипотеке). Закон, однако, не оговаривает того случая, когда владение утрачено до заключения договора об ипотеке. Полагаю, что в этом случае есть основания считать договор об ипотеке ничтожным (поскольку по ипотеке имущество не передается, то и реституция не производится); как следствие возможно и применение нормы ст. 36 Закона об ипотеке. Можно, на мой взгляд, сделать вывод, что для залога, как и для отчуждения вещи, сохраняет силу правило: нельзя установить отношения по залoгу, если залогодатель утратил владение и лишен юридической возможности вернуть его.

Как уже говорилось, покупатель, не получивший владения, не становится собственником из договора купли-продажи не только если не получит владения, но также если завладеет вещью иначе, чем получив ее от продавца (или от третьих лиц по указанию и поручению продавца). Поэтому насильственное или иное получение вещи от третьих лиц помимо воли собственника, даже если эта вещь стала предметом купли-продажи, но не была передана, не может привести к возникновению собственности у покупателя, который становится владельцем, причем всегда недобросовестным, ведь он заведомо знал о действительном собственнике, а с точки зрения публичного права такое завладение является присвоением чужой вещи.

Римское право знало положение, как будто вступающее в противоречие с таким пониманием ст. 223 ГК. В книге Дигест, посвященной иску из купли-продажи и возражению (эксцепции) против него, известного как «вещь продана и передана», указывалось, что «если кто-либо купит вещь, но она не будет ему передана и тем не менее он приобретает владение, не имеющее порока, то он имеет эксцепцию против продавца»¹.

Оценивая эту ситуацию, мы должны учесть, что пороками владения являлось получение вещи силой, тайно или прекарно (до востребования). Только при отсутствии этих пороков владение (причем не всякая фактическая власть над вещью признавалась владением) считалось беспорочным и могло быть защищено на основании купли при отсутствии традиции. Но здесь оказывается практически невозможной ситуация получения вещи вопреки воле продавца (реально можно представить лишь допускаемое законом получение вещи от третьего лица, к которому она, однако, должна также попасть по воле собственника и обязательно при отсутствии злонамеренного сговора и других подобных обстоятельств, превращающих владение в порочное).

С учетом всего сказанного сама по себе купля-продажа без передачи владения, поскольку это обстоятельство входит в намерения сторон, не может считаться не-

толкуют ситуацию отчуждения залога в категориях сохранения или утраты права залога вместо обсуждения особенностей защиты права залога в рамках ст. 301–303 ГК, как прямо сказано в законе. В дальнейшем этот вопрос будет обсуждаться дополнительно.

¹ Дигесты. 21.3.1. С. 356.

допустимой¹; и во всяком случае при универсальном правопреемстве голая собственность, конечно, переходит. Вариантом такой купли-продажи может считаться случай, когда продавец не знает об утрате владения в момент заключения договора — судьба такого договора ставится в зависимость от исполнения. Что касается залога, то приемлемым кажется решение, допускающее залог, при котором заложенной ценностью будет обязательственное право покупателя, которое может передаваться и в порядке цессии.

Подчинение вещного права системе традиции неизбежно приводит к возможности несовпадения в одном лице собственника и владельца. Применительно к движимым вещам, как мы видим, и континентальное, и общее право во избежание этой ситуации допустило возникновение в лице добросовестного приобретателя сразу собственности (хотя для других случаев в германском праве, например, действует десятилетняя приобретательная давность), а наше право остановилось на пятилетнем сроке приобретательной давности. В определенном смысле можно считать германскую (как и других европейских стран) модель для движимостей условным сокращением приобретательной давности до мига². В том же плане высказываются японские авторы. Обсуждая содержание ст. 192 ГК Японии, аналогичной § 932 ГГУ, в силу которой добросовестный приобретатель движимости сразу становится собственником, они отмечают, что в этом случае ему «не придется ждать 10 лет (как для недвижимости) и право собственности он приобретет немедленно»³.

Касааясь содержания ст. 183 ГК РСФСР 1922 г., закреплявшей право собственности за добросовестным покупателем вещи от неуправомоченного отчуждателя, Б.Б. Черепахин квалифицирует этот институт как «сходный» с приобретательной давностью⁴, говорит о «родстве» институтов⁵, а приобретение добросовестным при-

¹ С. Сарбаш приводит такой пример: «...находящаяся у наймодателя в обеспечение его требований вещь нанIMATEЛЯ продается последним третьему лицу», причем «ретензор (наймодатель) может противопоставить требованию этого третьего лица об истребовании вещи право удержания и удовлетворить свои требования к нанIMATEЛЮ из стоимости вещи (ст. 360 ГК), несмотря на имеющиеся в отношении вещи права третьего лица» (Вестник ВАС РФ. 1997. № 11. С. 98). Хотя автор и не уточняет, к кому именно и на каком основании заявляется требование покупателя «об истребовании вещи», трудно увидеть в этом требовании что-либо иное, кроме обязательственного права, равно как и «права третьего лица» в смысле ст. 359 ГК едва ли могут отождествляться только с вещными правами (в этом случае не находится ответа на вопрос, почему законодатель не употребил прямо это понятие, известное из ст. 216 ГК).

² Эта идея «моментальной давности», имеющая хождение во французской литературе и отвергаемая в немецкой потому, что, по словам Г. Карлина, «так же не может быть давности без истечения срока, как воздуха без кислорода» (Черепахин Б.Б. Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя // Уч. зап. Свердловского юрид. ин-та. Т. 2. Свердловск, 1947. С. 66, 70), кажется все же верной. Б.Б. Черепахин по этим основаниям придавал теории «моментальной давности» «положительное значение» (Там же. С. 71).

Конечно, введение моментальной приобретательной давности по п. 2 ст. 223 ГК РФ для недвижимости при оставлении пятилетнего срока для движимостей, осуществленное современным российским законодателем, сопровождающееся и другими противоречиями, положительных оценок не заслуживает.

³ Вагацума Саказ, Ариидзуми Тору. Гражданское право Японии. В 2 кн. Кн. 1. М., 1983. С. 156.

⁴ Черепахин Б.Б. Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. С. 64.

⁵ Там же. С. 70; ср. с приведенным там же (С. 67) мнением Зомы: «...это приобретение напоминает приобретение по давности, только без срока», так как «современный оборот не имеет времени ожидать: он требует немедленного приобретения добросовестным приобретателем. Тип приобретения одинаков».

обретателем права – первоначальным, а не производным¹. Такой подход, в том числе и колебания между производным и первоначальным приобретением права², характерен именно для приобретательной давности. Следует согласиться со взглядами, увязывающими непосредственное приобретение собственности добросовестным приобретателем по сделке с приобретательной давностью, так как оба эти механизма выражают одни и те же нужды оборота. Вообще, можно заметить, что система традиции, основанная на презумпции собственности владельца, порождает как свои следствия и ограничение виндикации, и приобретательную давность, и приобретение собственности от неуправомоченного на отчуждение лица³.

Но все эти институты вещного права содержат в себе механизм лишения собственника права на вещь вопреки его воле в силу требований оборота, в который собственник, однако, тоже выходит.

Это приводит к выводу о том, что система традиции создает механизмы, направленные против права собственности.

Иногда эта ситуация описывается как «статика и динамика» в праве – абстракция весьма употребительная, но остающаяся не очень строгой, особенно если учесть заметные различия в ее понимании разными авторами.

Дуализм гражданских прав иногда представляется как такая «статика и динамика», где статика отождествляется с собственностью, а под динамикой понимается обмен, оборот, т.е. договоры и вообще обязательства. Здесь только по видимости проблема находит разрешение, содержащее апелляцию к экономическим отношениям, хотя и не достигающую степени простой кальки с базиса, силы которой, впрочем, недостаточно для решения проблемы не только по причине малого потенциала экономического детерминизма в правоведении, но и потому, что в экономике «статика» обнаружить не удастся.

Другое значение этого термина, обязанное, пожалуй, далекому созвучию, выражающее зависимость юридического статуса лица от собственности (особенно земельной), обладает ценностью при описании сословного устройства древних и средневековых социальных систем, а применительно к новейшему времени, скорее, свидетельствует о неразвитости юридического инструментария.

Специально для этой темы выражение через понятие статики роли лица в праве (а не самого права) можно отметить и у Д. Дождева, который широко пользуется этим термином, описывая архаичные отношения с участием как отдельных лиц, так, в большей степени, и социальных общностей, прежде всего familia. В результате такого усложнения функций участников оборота приходится выделять случаи, когда в «сфере оборота находится как вещь, так и ее распорядитель», действующий на основании auctoritas.

¹ Черепяхин Б.Б. Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. С. 63 и сл. См. также: Черепяхин Б.Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. М., 1962. С. 41 и сл.

² Понятно, что признание такого способа приобретения первоначальным находится в согласии с известной максимой: никто не может передать больше прав, чем имеет сам.

³ В этом отношении следует указать на то, что такое приобретение от неуправомоченного отчуждателя требует не просто одностороннего приобретения владения (как полагал И. Колер), а передачи (традиции) (см.: Черепяхин Б.Б. Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. С. 66).

Этой ситуации противостоит «вывод вещи из оборота, восстановление статичной принадлежности вещи автономному социальному организму»¹. Здесь статика означает социальное единство, охватывающее и членов familia, и поглощенные ею вещи, которое противостоит обороту не как своему другому, а как чуждой силе, разлагающей это единство, вырывающей из нее сначала вещи (для этого их приходится обезличить), а затем и индивида. Заметно, что такое понимание статики без динамики утрачивает для обычного использования этого понятия смысл, поскольку речь не идет о выступлении в праве единых социально-имущественных организмов.

Отождествление дихотомии гражданских прав со «статикой и динамикой» в экономике нельзя признать сколько-нибудь удовлетворительным, если только не сводить смысл этой механистической терминологии лишь к идее противопоставления. Несовершенство определения собственности как статики состоит и в том, что при этом она предполагается лишенной движения, содержания, наполнения, возможностей и предстает оживающей только вовлечением в товарный обмен, оборот. В этом случае личность, как это вообще свойственно механике, оказывается исключенной из понятия.

Кроме того, представление собственности как статики лишено достоверности. Если предполагается неподвижность, статичность вещи (ведь относительно лица такая абстракция заведомо лишена смысла, тем более если учесть, что лицо одновременно имеет и вещные, и обязательственные права), то такое представление, конечно, ошибочно: и механически вещь перемещается, транспортируется, изменяется любым образом, находясь в это время у кого-либо в собственности, и юридически вещь оказывается, не выбывая из собственности одного лица, на разных правах (аренды, залога, подряда и др.²). Следовательно, пребывание вещи в собственности не исключает ни юридических, ни механических ее изменений, т.е. динамики.

Наконец, такое противопоставление, дублирующее разграничение прав на вещные и обязательственные (и потому иногда используемое для ухода от проблемы), исключает применение этих же понятий для описания самой собственности, как это делалось, например, Л. Петражицким и другими авторами, при рассмотрении классической проблемы столкновения интересов собственника в рамках отношений собственности в обороте и вне его.

Так, Эренберг отмечал, что «правопорядок почти никогда не проводит последовательно интересы обеспеченности права... Наоборот, правопорядок очень часто выдвигает на первый план интересы обеспеченности оборота. Это находит себе объяснение и оправдание даже перед судом строгого права в том, что... косвенно и правообладатель заинтересован в подъеме обеспеченности оборота»³. Б. Черпахин комментирует эти взгляды как противопоставление обеспеченности права собственности (в статике) и обеспеченности его в обороте (в динамике). Там же он приводит и суждения Р. Демога о «безопасности статической и безопасности

¹ *Дождев Д.В.* Основание защиты владения в римском праве. С. 93.

² Эту ситуацию не следует, однако, представлять как оборот прав, поскольку речь идет о правах вещных; можно согласиться с Б. Эбзеевым в том, что оборот имущественных прав происходит через уступку требования (см.: *Эбзеев Б.Б.* Гражданский оборот: понятие и юридическая природа // Государство и право. 1999. № 2. С. 34), т.е. в сфере прав обязательственных.

³ Цит. по: *Черпахин Б.Б.* Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. С. 82.

динамической», причем «сталкиваются правообладатели и правоприобретатели». Понятно, что и правообладатель, и правоприобретатель — равно собственники, и столкновение статики и динамики происходит в рамках собственности. «Безысходность» столкновения интересов, как выражается Р. Демог, и становится такой, потому что сталкиваются интересы одного и того же.

И виндикация, и ограничение виндикации — это две стороны защиты собственности¹, одного права, хотя в каждом конкретном споре сталкивается собственник и незаконный владелец, стремящийся получить собственность.

«Большинство субъективных частных прав можно себе именно представить в двояком положении — покоящимися и движущимися», — замечает Эренберг по поводу собственности, причем обеспеченность права собственности и обеспеченность оборота являются «до известной степени противоположностями. Одна часто бывает достижима за счет другой. Там, где они сталкиваются друг с другом, законодатель становится перед трудной проблемой...», «обеспеченность права... состоит в том, чтобы неблагоприятное изменение наличного состояния (положения) имущественно-правовых отношений лица не наступало без его воли. Обеспеченность оборота состоит в том, чтобы намеченное благоприятное изменение наличного состояния (положения) имущественно-правовых отношений лица не могло быть сорвано через обстоятельства, ему неизвестные»².

В таких конфликтных ситуациях, как приобретательная давность или приобретение собственности добросовестным приобретателем от неуправомоченного отчуждателя, возникает именно описанное здесь противоречие внутри собственности, обозначаемое многими цивилистами как острое противоречие между ее статикой и динамикой, которое способно достигнуть высокой степени напряжения. Например, Л. Петражицкий, возражая против оснований приобретения собственности добросовестным приобретателем, писал: «Все эти и тому подобные искусственные меры политики обращения сопряжены с более или менее тяжелыми жертвами с точки зрения экономически и этически здорового распределения. Все они влекут за собой опасность случайного лишения имущества для ни в чем не повинных граждан и создают почву и мотивы для случайного обогащения и корыстных и бесчестных злоупотреблений». По тому же юридическому поводу П. Соколовский в стиле пророков восклицает: «Во имя свободы и несвязанности товарообмена не останавливаются перед прямым нарушением самих жизненных интересов собственности. Сознательное или небрежное приобретение похищенных имуществ получает неслыханным образом покровительство. Все покрывает мраком водоворот оборота, и над пострадавшим лишь смеются, что его надули вор и его умышленные или небрежные укрыватели... Это предательство Иуды, которое это законодательство совершает по отношению к устойчивости наших правовых понятий».

А. Менгер, обсуждая те нормы ГГУ, которые защищают добросовестного приобретателя, замечает, что они «наносит сильный удар праву собственности» и «вносят в существующий имущественный строй зародыши противоречий и разложе-

¹ Цит. по: *Черепихин Б.Б.* Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. С. 83.

² Там же. С. 81–82.

ния», так как «заклучают в себе непрерывную и достигающую обширных размеров конфискацию частной собственности ради обеспечения свободного перехода права собственности», это — «победа торгового права над вещным правом»¹.

Обычное примирение этого противоречия с помощью паллиатива «меньшего зла»², означая его «безысходность», логическую неразрешимость, свидетельствует, надо полагать, о наличии здесь весьма глубоких причин, касающихся самой сути вещных прав в обороте.

В обычно предлагаемых обоснованиях указанных институтов, лишаящих собственника его права (теория видимости, защита предполагаемого собственника, наказание небрежного собственника и др.), нетрудно увидеть общую почву для возникновения коллизии: возможность отрыва владения от собственности в обороте. Ведь в упомянутых ситуациях незаконное владение так или иначе получает приоритет перед правом собственности. Следовательно, появляется основание для замечания, что и противопоставление статики и динамики, если употреблять эти понятия правильно, в известной мере отражает противоположности, заключенные во владении и собственности. Суть этих противоположностей ясна: право собственности, как и всякое право, является идеальным феноменом, который по своему качеству может лишь проявляться в видимых формах, но никак не тождествен материальности, вещиности и видимости. А владение — всегда материально, видимо явлено. Эта нетождественность и лежит в основе описанной коллизии.

Такое противоречие рождено, конечно, не оборотом, который лишь обостряет его, но самой природой права, способом его связи с вещным миром. Его важно выделить специально и постоянно иметь в виду, потому что без понимания этой основной оппозиции невозможно разобраться не только в генезисе вещных прав, но и в прикладных, повседневных вопросах, возникающих на почве владения и собственности, а как всем известно, едва ли не каждый спор об имуществе затрагивает именно владение и собственность.

Участники оборота не могут всегда видеть истинных прав, особенно когда оборот приобрел уже безличные формы. Они, следовательно, постоянно находятся в опасности, поверив видимому положению, явленному во владении, во внешней, фактической ситуации, ошибиться относительно действительных прав по своей природе невидимых, равно как недоступных и иным органам чувств. Проблема имеет три возможных крайних решения: возложить все риски, связанные с возможной ошибкой, на собственника; возложить все риски на покупателя и, наконец, устранить все риски, сделав с помощью системы регистрации и учета все права явными и проверяемыми³. Понятно, что увлечение любым из таких крайних решений чревато параличом оборота.

¹ Цит. по: *Черепяхин Б.Б.* Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. С. 72–73.

² Такое объяснение, вслед за Иерингом, дает и Б.Б. Черепяхин, и оно не чуждо отечественной цивилистике в целом. Например, С.М. Корнеев считает «весьма удачным суждение» о выборе варианта «наименьшего зла» (Советское гражданское право / Под ред. В.П. Грибанова и С.М. Корнеева. Т. 1. М., 1979. С. 308). В поддержку конструкции «наименьшего зла» высказывается и А.П. Сергеев (Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. 2-е изд. Ч. 1. М., 1997. С. 450).

³ Характерно, что сопоставление немецкой регистрационной системы «поземельной записи» с англо-американской системой нотариальных актов проводится именно в контексте рисков, причем под-

Способ, избранный римским правом для устранения описанного конфликта, состоял, как известно, в запрещении к обороту вещей, выбывших из владения помимо воли собственника, которые расценивались как похищенные. В этом случае все коллизии между собственником и владельцем, который не мог сослаться на волю собственника в оправдание своего владения, решались в пользу собственника. Этот подход достаточно последователен и справедлив, но и весьма неудобен и сопряжен с временным или постоянным выпадением из оборота большого количества предметов, обнаруживая этим свое тяготение к логике натурального хозяйства, прежде всего аграрного. Не случайно в городском (средневековом) праве (а в Средние века, как говорил М. Вебер, не только город, но каждый город — это рынок) появилось «множество компромиссных решений, основанных на обязанности собственника заплатить выкуп, если он хотел вернуть себе украденное», тогда как «в деревне собственник обязательно получал назад украденное»¹. Само «признание предпочтительности прав добросовестного покупателя движимого имущества по отношению к правам истинного собственника», как и «создание права владения движимым имуществом, независимого от права собственности», родилось именно в рамках торгового права².

Наконец, не в римском праве, а в средневековом возник принцип «*Hand muss Hand wahren*», который означал, что «собственник, вверивший свою вещь другому лицу в пользование, на хранение или для другой цели, не имел права истребовать эту вещь от третьего приобретателя. Ему давалось право требования лишь против лица, нарушившего его доверие». Для объяснения этого правила первоначально считали, что ссудополучатель приобретал собственность, которую должен был потом вернуть (тогда объяснялась недопустимость виндикации)³.

Строгое проведение принципа неотчуждаемости собственности иначе, как по воле собственника, возможно лишь при слабом развитии товарного обмена. Ускорение оборота, наращивание его обезличивающей динамики быстро приводит к столкновению с ригоризмом исключительных прав. Эта коллизия давно известна, и юристы могут оценивать все уступки обороту только как вынужденные, не имеющие в себе никакого справедливого основания и потому недопустимые без прямой санкции позитивного права.

На коллизию позиций собственника и владельца постоянно обращают внимание цивилисты, и она остается одной из важнейших и труднейших проблем граждан

черкнуто, что англо-американская система повлекла развитие сети страховых компаний в сфере сделок с недвижимостью (см.: *Цвайгерт К., Кётец Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. 1: Основы / Пер. с нем. М., 1998. С. 58).

¹ *Аннерс Э.* История европейского права. С. 189–190. Автор высказывает далее весьма важную мысль о том, что собственность «земледельческого общества» отличалась «твердым и широким характером» и была воспринята вместе со своим ригоризмом буржуазией, «не уяснившей для себя последствий такого шага». Отсюда автор выводит наиболее острые противоречия в отношениях собственности при капитализме (Там же. С. 287–288). Это не лишнее парадоксальности суждение может, кажется, объяснить жесткость института собственности в обществах с сильным влиянием аграрной психологии, а применительно к особенностям современного российского права — объяснить и истоки слабости идеологии защиты владения против собственности.

² *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М.: Изд-во МГУ; Инфра-Норма, 1998. С. 329.

³ См.: *Черепяхин Б.Б.* Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. С. 95.

данского права, причем, в отличие от многих других проблем, по-разному решается национальными системами законодательства в немалой степени из-за разного уровня взаимного доверия (служащего основанием доброй совести), вытекающего из присущей данному обществу культуры¹.

Л. Петражицкий сформулировал в этой связи две функции доброй совести (*bona fides*) – в области распределения и в области обращения:

1) одна (в области распределения) выполняет «функции смягчения неожиданного удара и предупреждает такое перераспределение, которое производило бы минус в народном благосостоянии». Она «оберегает здоровье хозяйственных организмов и домашнее благосостояние, тишину и спокойствие», сохраняет *status quo*;

2) другая в обороте «устраняет на стороне спроса сомнения относительно юридического успеха сделок». Она «действует на рынке, на ярмарках и базарах и усиливает шум и деловое движение»².

Известны различные попытки теоретически обосновать эффект доброй совести.

А. Кобан пишет о «теории доверия» к внешнему фактическому составу и внешней видимости права. Он считает, что если вещь находится в фактическом владении не собственника, то в его лице создается внешняя видимость собственности. Для третьих лиц недостаток права нераспознаваем. Безопасность оборота требует доверия к такому внешнему фактическому составу³.

Буржон говорил, что для третьих лиц владение (движимостями) является указателем собственности. «Какой другой указатель можно взять, не впадая в заблуждение»⁴. В том же духе высказывался Павел: «Добрая совесть предоставляет владельцу столько же, сколько истина, поскольку закон тому не препятствует» (D. 50.17.136).

Однако, когда речь заходит о приобретении недвижимости, такие компромиссные решения по принципу меньшего зла ввиду публичной важности самих объектов, с одной стороны, и специфики овладения ими, с другой, оказались неудобными, а содержащаяся в них доля риска – неприемлемой даже с учетом нужд оборота, который, вообще говоря, без традиции едва ли смог бы достичь существующего уровня.

Нет оснований считать причиной особого положения недвижимости в обороте ее прямую, непосредственную ценность. Уже в античности имущество, выраженное в земельных владениях, составляло заметно меньшую часть сравнительно с движимостью, с денежным богатством, которое становилось «господствующей формой в состояниях богатых и богатейших людей». Но тогда же усиленно подчеркивалось отличие «видимого» имущества от невидимого, в первую очередь де-

¹ Подробно вопрос рассматривается Ф. Фукуямой (*Фукуяма Ф.* Доверие: социальные добродетели и путь к процветанию / Пер. с англ. М., 2004). По своей методологии работа Фукуямы следует за вековой давности исследованиями М. Вебера.

² См.: *Петражицкий Л.И.* Права добросовестного владельца на доходы с точки зрения догмы и политики гражданского права. СПб., 1902. С. 306.

³ *Черепяхин Б.Б.* Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. С. 77. М. Агарков возражал против придания теории видимости общего значения (см. там же. С. 90–91).

⁴ Там же. С. 84–85.

нег¹. У. Маттеи говорит об очевидной «ложности тезиса о том, что земля составляет наиболее важную часть материальных ценностей в современном обществе»².

Видимость недвижимого имущества является его решающим качественным отличием, позволяющим превратить его в средство обеспечения устойчивости кредита через ипотеку. Впрочем, в античности обеспечением ипотеки кроме земли могли быть также и рабы, потому что «при других объектах ипотеки факт заклада нельзя сделать известным для третьих лиц (раб может сказать, что он отдан в заклад)»³.

Известно, что нормальная экономика позволяет развернуть кредитные ресурсы при реальном обеспечении, намного уступающем ценности всех переданных в кредит активов. Это обстоятельство и позволяет недвижимости выносить на себе весь груз обеспечения многократно превышающих ее по стоимости обязательств как кредитных⁴, так и иных, которые в подавляющей части всегда могут быть представлены как денежные и, следовательно, заемные. Поэтому существенное замедление и затруднение оборота недвижимости, вызванное необходимостью регистрации, оказывается терпимым неудобством, учитывая те преимущества для всего гражданского оборота, которые несет в себе устойчивость и публичный контроль в этой сфере. «Земля действительно является психологическим феноменом, освящающим идеалы недвижимости, постоянства и отсутствия риска»⁵.

Эти соображения привели к установлению иного порядка перехода собственности на недвижимость. Если система традиции зиждется на общей презумпции собственности владельцев⁶, то регистрационный порядок недвижимости вводит прямую перепись собственников, вследствие чего все презумпции, которым теперь противопоставлены несомненные доказательства, теряют смысл. Прежде всего исчезает полностью или почти полностью презумпция добросовестности приобретателя.

В известном смысле можно сказать, что именно затруднение вплоть до полной невозможности добросовестного приобретения, т.е. приобретения вещи без законного основания, против воли собственника, — цель системы регистрации. Именно

¹ Подробнее см.: *Андреев В.Н.* Структура частного богатства в Афинах V–IV вв. до н.э. // Древние цивилизации. Греция. Эллинизм. Причерноморье: Избранные статьи из журнала «Вестник древней истории» / Сост. А.И. Павловская и др. М., 1997. С. 336, 346.

² *Маттеи У., Суханов Е.А.* Указ. соч. С. 125.

³ *Вебер М.* Аграрная история Древнего мира. М., 2001. С. 338.

⁴ Именно с нуждами поземельного кредита связывал усиление специфики оборота недвижимости И.А. Покровский (см.: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 199).

Еще решительнее проводит эту мысль Э. Аннерс, говоря о создании системы регистрации в Германии: «Передача недвижимого имущества по римскому праву происходила по традиции, и залог даже недвижимого имущества осуществлялся по консенсуальному договору... Естественным следствием этого стала общая неуверенность по вопросам отношений собственности и ипотеки, что очень плохо влияло на возможность использования недвижимого имущества в качестве кредитного обеспечения... Для развития промышленности было важно, что именно недвижимое имущество могло использоваться в качестве основы кредитования для привлечения капитала в новые инвестиции» (*Аннерс Э.* История европейского права / Пер. со швед.; Отв. ред. В.Н. Шенаев. М.: Наука, 1994. С. 327–328). Е.А. Суханов указывает на восстановление во Франции систем регистрации в связи с нуждами ипотеки, что является, как можно судить, общепринятым объяснением (см.: *Суханов Е.А.* О видах сделок в германском и в российском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2006. № 2. С. 18).

⁵ *Маттеи У., Суханов Е.А.* Указ. соч. С. 126.

⁶ Статья 2279 ФГК вводит неопровержимую презумпцию, формально отличную от презумпций видимости права, хотя имеющую источник также в системе традиции.

в обороте, а отнюдь не в видах государства следует искать истоки и системы традиции, и системы регистрации. Поэтому нельзя не признать данью несколько наивному этатизму убеждение, что смысл регистрации состоит в том, чтобы установить государственный контроль над «наличием и динамикой вещных прав». Развивая этот подход, В. Логинов приходит к выводу, что нет никакой нужды в регистрации, например, ареста объекта недвижимого имущества: если акт регистрации — это акт публично-правовой, то арест — тоже акт публично-правовой, и регистрировать его не нужно. Впрочем, далее автор снисходительно усматривает все же смысл в регистрации ареста. Смысл этот видится ему в том, что «наличие ареста, наложенного на недвижимое имущество... является основанием для отказа в государственной регистрации» последующих сделок¹. В. Логинов не замечает, что отсутствие доступных сведений об аресте вещи позволяет приобрести ее третьим лицам добросовестно, а это делает бессмысленным сам арест. Именно в этом, а не в государственном «акте признания прав»² смысл и регистрации ареста, и всякой регистрации прав на недвижимость. Впрочем, государство в ходе регистрации реализует некоторые собственные цели: фискальную, учетную и т.п. (хотя при этом возникают новые проблемы, например, налогообложение собственника, утратившего владение, о чем есть смысл поговорить отдельно), но эти цели сами по себе вовсе не выступают как главные и могут быть, конечно, достигнуты и без системы государственной регистрации недвижимости.

Когда система традиции вытесняется в части оборота недвижимости системой регистрации, в точках соприкосновения происходят решительные изменения. Их следствием являются и усиление виндикационного иска вплоть до отмены ограничений виндикации, и соответственно резкое сужение сферы приобретательной давности. Сама традиция утрачивает системное качество знака и сохраняет только собственное, обязательственное значение передачи имущества (исполнения обязательства) без вещных последствий, отступая на задний план и только иногда просвечивая сквозь систему регистрации³. (Значение традиции сохраняется в том, что при отсутствии иного условия передача объекта недвижимости является тем фактом, который подлежит регистрации в качестве «перехода права собственности»⁴.)

Нужно, впрочем, заметить, что и система письменной регистрации при всей ее трезвости не была лишена знаковости в то время, от которого она обычно проследживает свои современные формы. Например, для Средних веков «грамота служи-

¹ Логинов В. Право не безгранично // *эж-Юрист*. 2001. № 11. С. 4.

² Еще раз подчеркну для всех многочисленных у нас поклонников государства: не государство дарует нам частные права, а только другие частные лица. Поэтому «признание» государством права — это не более, чем выполнение требований оборота. Не случайно слишком придирчивых регистраторов позволительно понудить к регистрации через суд. Такое судебное требование о регистрации обнаруживает частноправовую, а не публичную природу самой системы регистрации. Здесь уместно повторить, что публичный интерес — не что иное, как совокупность частных.

³ Представляется важным отметить высказывание, в котором «немецкая регистрационная система «поземельной записи», конечно, остающаяся на «недосягаемой высоте», оценивается с точки зрения «юридической конструкции гласности» как «искусственная» (*Цвайгерт К., Кёму Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. 1: Основы. С. 58). Охарактеризовать систему традиции как исковую, пожалуй, невозможно.

⁴ Подробнее вопрос обсуждался при рассмотрении механизма возникновения вещных прав.

ла символом. Поэтому она вообще могла не содержать текста, и такие *cartae sine litteris* нередко применялись¹.

К. Леви-Строс говорит о загадочной силе архивов², несомненно, проявляющейся и применительно к системе земельных актов. Загадка состоит в том, что даже «если мы утратим архивы, наше прошлое не будет полностью упразднено... Оно все еще существовало бы как прошлое, но сохраненным лишь в... самой ситуации», т.е. архив дает диахронное существование, тогда как его утрата оставляет только синхронию³. Неясная до конца сила, по-видимому, достаточно древняя и, возможно, не лишенная сакральных аспектов (автор поднимает вопрос в связи с феноменом чуринги — передаваемой из поколения в поколение вещи, занимающей важное место в жизни австралийских аборигенов, в которой воплощен предок; простое созерцание чуринги воспринимается как общение с предком; чуринга хранит на себе отметки, нуждающиеся в интерпретации следы прошедшего), заставляет как бы удваивать событие: не только передавать землю, но и оставлять вещественный след этой передачи, причем утрата этого вещественного свидетельства расценивается в известном смысле (а иногда буквально) как утрата самого события.

Следы этой двойственности — одновременного совершения записи и ритуальной передачи — можно проследить и сейчас, но важно, что везде прослеживается знаковое, ритуальное наполнение актов. Даже современная практика регистрации прав на недвижимость не свободна от известной иррациональности, когда выпискам и свидетельствам придается сила, превышающая простое отражение в них фактически совершенных действий; они кажутся важнее и значительнее тех фактов, которые отразили.

Помимо договора об отчуждении недвижимости совершаются еще два акта: передача объекта и регистрация, причем только с регистрацией закон связывает возникновение права собственности (п. 2 ст. 223 ГК).

Для начала мы должны определиться с юридическим значением передачи недвижимости, коль скоро мы говорим о традиции.

Передача недвижимости по договору купли-продажи, который в силу своего значения для оборота выступает как модель всякого отчуждения, осуществляется путем составления акта или иного документа, подтверждающего фактическую передачу имущества. Такая передача является исполнением договора (ст. 556 ГК). Однако собственность переходит не в этот момент, а в момент регистрации.

Некоторые трудности связаны с формулировкой п. 1 ст. 551 ГК: государственной регистрации подлежит переход права собственности. Получается, что переход

¹ Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. М., 1984. С. 186. Там же уже относительно сделок с недвижимостью автор отмечает, что в Средние века наряду с составлением грамоты (*carta*) совершались и необходимые обряды из «некнижной» культуры: передача горсти земли, дерна, ветви и пр., а сам пергамент перед записью было принято класть на земельный участок, передававшийся по сделке, чтобы в него перелилась «сила земли».

² Рациональное объяснение, которое может обосновать несовершенство копии тем, что подлинный акт не только раскрывается, но и преобразуется в интерпретации, а само производство копии — это уже интерпретация, искажающая неочевидным образом оригинал, кажется все же недостаточным. Самое пустое, механическое, заведомо лишнее осмысления копирование лишь обнаруживает и подчеркивает мощь и незаменимость подлинника.

³ Леви-Строс К. Первобытное мышление. С. 304.

права собственности уже состоялся, а затем он регистрируется. Такое толкование, однако, содержит в себе логическое противоречие: момент перехода может быть только один, причем он совпадает с моментом регистрации. Дважды либо постепенно собственность перейти не может в силу приобретающего здесь категорическое значение правила, что в любое время собственником может быть только одно лицо, исключая всякое другое. Видимо, законодатель боролся здесь с трудностями прежде всего лингвистического характера, которые, впрочем, обычно свидетельствуют о проблемах онтологического плана или даже о противоречиях в системе позитивного права¹.

Действительно, никак нельзя признать, что регистрации подлежит договор купли-продажи (особенно учитывая, что по этим же правилам нужно передавать собственность и в иных случаях, когда нет договора), ведь сам договор, как известно, не передает собственность. Нет нужды говорить и о том, что в данном случае не регистрируется сама недвижимость как вещь (поскольку такая регистрация существует, она обычно тяготеет к акту технического значения). Значит, нужно регистрировать другие факты. Акт регистрации как акт административного органа не может считаться правильным способом передачи гражданского права. Среди оставшихся фактов путем несложного перебора мы оставляем передачу имущества в значении исполнения договора, но с утратой качества знака перехода собственности. Точнее сказать, знак перестает быть универсальным и становится фактом, регулирующим только отношения сторон договора.

Правило традиции сохраняется в том смысле, что предметом регистрации является передача вещи, поскольку стороны не связали переход собственности с иным юридическим фактом. Правило ст. 223 ГК, впрочем, остается: стороны вправе кроме традиции избрать любой факт в качестве того факта, который станет предметом регистрации.

Желанием законодателя сохранить это правило п. 1 ст. 223 ГК объясняется определение предмета регистрации как «перехода собственности». Дело в том, что система регистрации не может отменить действия механизма передачи собственности в той части, что стороны должны обозначить какой-либо факт в качестве знака перехода собственности. Этот факт и назван «переходом права собственности» — так его рассматривают стороны (по велению закона).

Теперь вновь возникает вопрос значения фактической передачи имущества, тем более, что в силу ст. 556 ГК она сопровождается составлением документа².

¹ С. Крылов, критикуя редакцию ст. 2 Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, говорит о ее некорректности «с лексической точки зрения» и о нелогичности оборота «регистрация прав, порождающая эти права» (*Крылов С. Регистрация прав на недвижимость: понятие и проблемы // Российская юстиция. 1997. № 10. С. 31*). Отмеченная двойственность лишь проявляется в лексике, но коренится скорее в отсутствии понятийного аппарата, точно отражающего систему каузальной традиции, принятую российским правом (в силу отличий российской передачи вещных прав от германской и тем более — романской прямое заимствование терминов из иных правовых систем становится затруднительным).

² Нужно заметить, что ст. 17 Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним впадает в противоречие с ГК РФ, когда говорит о предоставлении не документа о «переходе права собственности на недвижимость», как это указано в ст. 551 ГК, а о «договоре и других сделках в отношении недвижимого имущества» как основаниях для государственной регистрации прав. Поскольку едва ли можно понимать под «другими сделками» акт передачи имущества, налицо

Есть смысл обратиться к проблеме способа передачи права собственности на недвижимость в русском праве. По сложившемуся путем определенного наслоения законов разных эпох порядку сделка об отчуждении недвижимости утверждалась старшим нотариусом, а затем на месте осуществлялся ввод во владение возведением о новом владельце, прочтением акта укрепления и составлением вводного листа. При этом было положено присутствовать смежным владельцам, местному сельскому старосте, свидетелям и арендаторам. В связи с известными противоречиями не вполне ясным считался вопрос, переходит ли собственность в момент нотариального утверждения сделки либо в момент ввода во владение (нотариус, заметим, вел и реестр крепостных дел, в котором отмечался переход имений). Г.Ф. Шершеневич, анализируя кассационную практику, заметил, что она «в целом ряде решений признала, что «переход права собственности совершается в момент утверждения сделки старшим нотариусом, а значение вводных листов совершенно уничтожила».

Смысл проблемы состоит в том, что два акта различного содержания и совершаемых в разное время не могут одинаково считаться моментами перехода права собственности; неприемлемым автор считал и «странное положение французского права, которому нет никакой опоры в русском законодательстве и которое нежелательно вводить», имея в виду различие в моменте возникновения собственности для приобретателя и для третьих лиц¹.

Логика Г. Шершеневича, явно сочувствовавшего идее вещного договора, более последовательно выражена в высказывании Я. Шаппа: «Если продается земельный участок, предоставление права собственности происходит посредством соглашения собственника земельного участка и приобретателя о переходе права собственности и регистрации этого права в поземельной книге. Вместо передачи владения, требуемого наряду с соглашением сторон в случае купли-продажи движимых вещей, здесь выступает регистрация в поземельной книге»².

Отличие российского права от германского, в котором предметом регистрации является вещный договор, не совпадающий с договором купли-продажи, состоит в том, что предметом регистрации должен быть тот или иной юридический факт (передача объекта недвижимости, платеж, истечение срока и т.д.). Именно он и подлежит регистрации.

Значит, если признать необходимым условием недопущение любой двойственности или относительности в определении момента перехода права собственности, мы должны признать, что передача недвижимости не знаменует переход собственности, но знаменует, обозначает тот факт, который дает основания для регистрации перехода права собственности (если иное не указано в договоре или законе). Теперь становится возможным одностороннее заявление в суд или в регистрирующую

несовпадение оснований регистрации по ГК и по вышеназванному Закону. Смысл коллизии состоит в том, что предъявление одного только договора без доказательств факта, с которым связан договором или законом «переход собственности», не может дать право заявителю требовать регистрации, а это обстоятельство не выражено с достаточной степенью определенности в ст. 17 данного Закона.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 186–187. О национальных различиях в системе регистрации прав на недвижимость см. также: Жариков Ю.Г., Масевич М.Г. Недвижимое имущество: правовое регулирование. М.: Бек, 1997. С. 11.

² Шапп Я. Основы гражданского права Германии / Пер. с нем. М., 1996. С. 66.

щий орган с требованием о регистрации, поскольку факт, с которым связан переход права собственности, налично.

Понятно, что если стороны договора об отчуждении недвижимости указали иной факт, кроме передачи, то именно этот другой факт и является предметом регистрации. Передача тогда сохраняет только качество исполнения обязательства, и покупатель может требовать передачи иском из купли-продажи, поскольку и после регистрации права собственности за покупателем договор купли-продажи (как и иной договор об отчуждении вещи) не может считаться исполненным и, стало быть, прекращенным.

Весьма острой уже сегодня становится проблема добросовестности приобретателя недвижимости, а с истечением времени она, без сомнения, выйдет на передний план, учитывая возникновение собственности по давности.

С момента введения в действие Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» можно достаточно определенно обозначить подход к оценке добросовестности приобретателя.

Во-первых, незнание закона, в том числе и установленного порядка регистрации прав на недвижимость, не может, как известно, толковаться в пользу добросовестности.

Во-вторых, открытость и доступность данных регистрации (ст. 7 указанного Закона) исключает предположение о незнании фактических сведений о регистрации, а их неполучение приобретателем должно рассматриваться как непростительная небрежность, которая никак не может означать добросовестности. Ведь, как формулировал еще Ульпиан, «незнание, обусловленное небрежностью, не должно быть прощаемо лицу, не знающему факта, причем (от этого лица) не должно требоваться точнейшее исследование; знание должно быть оцениваемо таким образом, что не является извинительной грубая небрежность или излишняя беспечность, (но) и не требуется пронырливости доносчика»¹. Как видим, система регистрации, созданная не без учета классического понятия добросовестности, своим существованием исключает возможность добросовестного приобретения чужого имущества.

Это позволяет твердо встать на ту позицию, что если из данных государственной регистрации прав на конкретный объект недвижимости вытекало, что лицо, отчуждавшее вещь, не имело на это права, то доказывание недобросовестности приобретателя состоит лишь в представлении этих сведений и может не затрагивать прочих сторон взаимоотношений сторон в сделке.

Такой подход можно обнаружить в судебной практике, возникшей и до вступления в силу Закона о регистрации прав на недвижимость. Например, в Информационном письме Президиума ВАС РФ приводится спор, возникший между собственником недвижимости и ее покупателем от лица, продавшего объект без регистрации перехода права собственности на него. Оценивая действия покупателя, суд указал, что он «не проверил документы о наличии у продавца прав собственника, в частности данных о регистрации, хотя обязан это сделать, т.е. действовал неосмотрительно, на свой страх и риск»².

¹ Дигесты. 22.6.6. С. 368.

² Вестник ВАС РФ. 1998. № 1. С. 82.

Нет сомнений, что речь идет о недобросовестности, ведь осмотрительность — один из наиболее часто применяемых синонимов добросовестности. Нет также сомнений, что с введением упорядоченной регистрации такой подход только усилится и получит гораздо более солидную почву.

Следуя этому подходу, добросовестным приобретателем можно стать лишь тогда, когда в момент приобретения вещи из данных регистрации не были видны обстоятельства, исключающие отчуждение недвижимости. В этом случае осложнения возникают, если изменяются данные регистрации после надлежащего получения владения объектом приобретателем. Тогда добросовестность при наличии соответствующих обстоятельств, оставаясь вопросом факта, может быть, надо думать, признана.

Возможен и более жесткий формальный подход, согласно которому добросовестным приобретателем может считаться лишь то лицо, которое не только завладело вещью, но и располагает доказательствами регистрации или иного акта публичного характера, который был составлен по правилам, существовавшим в момент приобретения. В этом случае при отмене акта регистрации возникает владение для давности.

В согласии с изложенным подходом виндикация может быть проиграна собственником лишь в тех случаях, когда по данным регистрации ответчик или отчуждатель, передавший объект владельцу, значился собственником (и к моменту предъявления иска эта запись аннулирована) либо имелись обстоятельства, которые можно рассматривать как равнозначные регистрации. Нетрудно предвидеть, что добросовестность находится в зависимости от состояния системы регистрации.

Эта идея свойственна германскому праву. Отто Фишер, обсуждая приобретение недвижимости от несобственника, числящегося собственником по поземельным книгам, считает, что это правило справедливо, так как бывший собственник по большей части сам виноват «в допущении или сохранении известного расхождения видимости права с действительно существующим правом. К тому же внешняя видимость (книжная запись) обычно соответствует действительно существующему праву»¹.

Проблема — в громадной разнице между германской и российской системой регистрации (об этом пойдет речь дальше).

Обсуждаемая О. Фишером ситуация, кстати, свидетельствует о том, что нужды оборота могут оказаться в коллизии с титулом собственности и в рамках известной (чаще всего в качестве примера приводится ГГУ) модели неограниченной виндикации (и соответственно неприменения приобретательной давности) недвижимости. Сама эта модель при всех ее удобствах для истинного собственника кажется практически в нашем праве в ближайшие годы и даже десятилетия малоприменимой. Во-первых, правило: собственником может считаться только лицо, занесенное в поземельные книги (реестр и т.п.), при отсутствии сколько-нибудь надежной системы учета и регистрации приведет лишь к росту злоупотреблений. Во-вторых, исключение нашим законом правила *superficies solo cedit* значительно усложняет саму систему учета, так как на одном земельном участке могут находиться объекты,

¹ Черпахин Б.Б. Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. С. 87.

принадлежащие разным лицам, причем их движение в обороте не связано с переходом прав на сам участок. При такой беспрецедентной ситуации использование чужого опыта становится малоэффективным.

Проиллюстрировать проблемы, возникающие в связи с передачей недвижимости, можно на следующем примере.

Организация выстроила жилой дом за свой счет с целью последующей продажи квартир своим работникам. По завершении строительства и сдачи дома в эксплуатацию были совершены нотариально удостоверенные договоры купли-продажи квартир с предоставлением покупателям (работникам организации) рассрочки оплаты в 30 лет. В договоры были включены оговорки о том, что право собственности переходит покупателям после полной оплаты квартиры. Стороны также дополнительно договорились, что регистрация перехода права собственности будет осуществлена не раньше, чем квартира будет полностью оплачена. Естественно, покупатели вселились в свои жилые помещения сразу после сдачи дома, который продолжает находиться на балансе организации.

Эта весьма жизненная ситуация порождает ряд вопросов.

Главный и, наверное, наиболее трудный вопрос: вправе ли приобретатель или его правопреемники потребовать регистрации перехода собственности, не производя полной оплаты (или, что то же самое, добиться такой регистрации в одностороннем порядке)? Практических поводов для такой коллизии можно представить немало: это и спор между членами семьи, проживающей в квартире, в процессе которого возникла необходимость зафиксировать право собственности, и предъявление имущественных претензий третьими лицами, и желание распорядиться жилым помещением и пр.

Для ответа на поставленный главный вопрос нужно сначала разобраться со значением передачи квартиры приобретателю до ее оплаты, а для этого в свою очередь необходимо определиться с природой права, возникающего у приобретателя, причем сразу становится ясно, что эта проблема выходит за рамки нашего казуса и охватывает механизм отложенного перехода собственности (ст. 491 ГК) в целом.

Поскольку покупатель получает купленную вещь от продавца (собственника), то если стороны оговорили переход собственности против оплаты, до этого момента покупатель владеет вещью в силу соглашения с собственником, а значит, является законным владельцем. Такой подход применяет и Пленум ВАС РФ, указывая в п. 14 своего постановления от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», что после передачи имущества, но до регистрации перехода права собственности «покупатель является его законным владельцем»¹. На этом основании он имеет владельческую защиту против третьих лиц, нарушивших его владение (ст. 305 ГК), в том числе и против собственника, хотя в его отношениях с собственником (продавцом) по поводу вещи приоритет имеют требования, вытекающие из договора. Практически это означает, например, что если собственник требует вернуть вещь в связи с ее неоплатой после истечения срока, владелец

¹ Вестник ВАС РФ. 1998. № 10. С. 18.

не имеет защиты по ст. 304, 305 ГК; в то же время до истечения этого срока собственник не вправе претендовать на вещь, поскольку против него выдвигается защита, основанная на договоре купли-продажи в части права покупателя немедленно забрать вещь¹. Можно, несколько отклоняясь от сути казуса, указать и иные последствия. Например, хотя риск случайной гибели вещи все еще остается за номинальным собственником (если договором не предусмотрено иное), это не означает, однако, что случайная гибель помещения после передачи его покупателю или иному приобретателю освобождает последнего от его обязательств по купле-продаже, в том числе, конечно, обязательств по оплате приобретенного имущества, ведь продавец уже выполнил свою обязанность по передаче имущества. А вот что касается бремени содержания имущества (ст. 210 ГК), то оно, на мой взгляд, переходит на приобретателя с момента фактической передачи ему вещи и возникновения тем самым у него возможности хозяйственной эксплуатации полученного имущества. Поэтому кажется достаточно спорным утверждение Д. Савельева, что «до регистрации договора купли-продажи в БТИ продавец обязан возместить покупателю расходы, причитающиеся на его долю собственности»². Поскольку суждение Д. Савельева обосновано ссылкой на судебное решение и вообще данный вопрос решается не в принципе, а конкретно, применительно к обстоятельствам дела, можно дать практическую рекомендацию включать в договор о приобретении недвижимости оговорку о том, что бремя содержания приобретенного имущества переходит на приобретателя с момента фактической передачи и возникновения на стороне приобретателя законного владения.

В данном случае покупатель до полной оплаты или до истечения времени рассрочки платежа имеют позицию таких законных владельцев³. Учитывая, что одновременно они вступают в отношения по пользованию квартирами с продавцом, эта позиция почти совпадает с положением арендатора постольку, поскольку иное не вытекает из смысла заключенного договора. Это дает все основания квалифицировать акт передачи как действие, влекущее последствия, сопоставимые с передачей недвижимости в аренду.

При этом, надо полагать, ситуация кардинально не меняется, если акт не был оформлен в виде документа или этот документ не был зарегистрирован: поскольку такие действия вытекают из содержания договора, сторона, выполнившая свои обязательства, вправе требовать как фактической передачи недвижимости с составлением документа о передаче, так и регистрации этой передачи.

Главное заключается в том, что условия договора, направленные на рассрочку платежа и отложение переноса собственности, не позволяют придать ни акту передачи имущества, ни акту регистрации значения перехода собственности.

¹ Если в этой ситуации допустить свободный выбор собственником средств защиты, то неизбежно возникнут такие осложнения, которые приведут к параличу всего механизма ст. 491 ГК. Здесь мы можем лишний раз убедиться в опасности отказа от правил о субординации исков.

² Савельев Д. Обязанности собственников жилья // Хозяйство и право. 2000. № 2. С. 106. Можно заметить, что при таком подходе приобретатель утрачивает интерес к регистрации договора.

³ Такой подход применяет и Пленум ВАС РФ, указывая в п. 14 своего постановления от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», что после передачи имущества, но до регистрации перехода права собственности «покупатель является его законным владельцем».

Теперь мы можем более уверенно дать ответ на вопрос, который составляет суть проблемы: покупатель не имеет возможности требовать регистрации перехода собственности до выполнения им своих обязательств по оплате приобретенного имущества. Чисто техническим оказывается вопрос: какие документы при этом будут представляться на регистрацию – второй ли акт о передаче собственности, означающий подтверждение продавцом исправности покупателя, или же документы о выплате всех необходимых платежей?

ГЛАВА 15

ВЕЩНЫЙ ЭФФЕКТ КУПЛИ-ПРОДАЖИ

Важное место в гражданском праве занимают договоры, направленные на передачу вещи в собственность приобретателя. Прежде всего это договор купли-продажи.

Сопровождающая эти договоры передача самой вещи (традиция), выделилась в самостоятельный акт в рамках римского классического права и с тех пор существует отдельно, знаменуя переход собственности¹ (ст. 223 ГК). Таким образом, уже налицо усложненный механизм возникновения вещного права: требуется не только достижение соглашения, но и передача вещи (существовал и иной, присущий архаичным правовым системам способ приобретения права — путем оплаты вещи, авторитет этого способа в обыденном сознании велик до сих пор)². Впрочем, не только передача (традиция), но и иной юридический факт могут обозначать переход права собственности, как об этом говорилось выше.

Имеется и второе удвоение, вытекающее из деления всех гражданских прав на вещные и обязательственные: каждый такой договор имеет и вещный (опосредованный), и обязательственный (непосредственный) эффект, причем (в этом обычно и состоят главные трудности) они не совпадают по содержанию и моменту, по основаниям и последствиям возникновения и прекращения. Основанием вещного эффекта, как я пытался показать выше, договор непосредственно не является; таким непосредственным основанием служит какой-либо юридический факт. Именно поэтому вещное действие юридического состава не совпадает с обязательственным эффектом договора; обычно обязательство порождается ранее, чем возникает вещное право, и требует иного (чаще всего — уменьшенного) юридического состава, хотя границу между этими двумя следствиями договора об отчуждении нельзя сводить к количественным факторам.

Приведем пример, который интересен как определенностью поставленного вопроса, так и тем, что он вызвал затруднения у судов разных инстанций (это было одно из первых дел, в которых был поставлен вопрос о разделении обязательственного и вещного эффекта купли-продажи).

ТОО «Кокетка» заключило договор купли-продажи нежилого помещения с ИЧП Бардина «Лорд». Право собственности на помещение зарегистрировано в установленном порядке. В связи с тем, что покупатель не оплатил приобретенную недвижимость, продавец обратился в суд с иском о расторжении договора. Суд, поддержанный апелляционной ин-

¹ Подробнее эта тема обсуждалась выше.

² Говоря об истории купли-продажи после манципации, И. Покровский отмечает развитие договора из двух встречных стипуляций — о передаче вещи (*rem dare*) и уплате цены, причем «некоторые явления лучше всего объясняются именно как переживание этих двух *stipulationes*». Дальнейшее движение шло к консенсуальному контракту, позволявшему установить двустороннюю зависимость — синаллагматическую связь встречных обязательств, которой не было, пока купля-продажа выступала как две стипуляции (см.: *Покровский И.А.* История римского права. Пг., 1918. С. 328).

станцией, иск удовлетворил и, как можно судить, принял решение о возврате проданной недвижимости продавцу. Решение было отменено в кассационном порядке, и в иске было отказано, так как право собственности на предмет договора у покупателя уже возникло, и оснований для расторжения договора нет¹.

Очевидно, что расторжение договора означает сохранение собственности у продавца лишь до тех пор, пока не исполнена обязанность по передаче вещи. После этого по известному правилу, согласно которому расторжение договора имеет силу лишь на будущее время (ст. 453 ГК), возврат имущества возможен только в том случае, если это было предусмотрено договором (а это значит, что возврат имущества происходит не автоматически, а по специальному соглашению о возврате, которое можно рассматривать как некоторое факультативное соглашение к договору об отчуждении вещи).

Применительно к данному случаю можно было бы использовать и классический прием включения в сделку резолютивного (отменительного) условие (*lex commissoria*): «...вещь куплена, но если деньги не будут уплачены в срок, пусть она считается некупленной»². В.М. Хвостов полагал, что при наступлении такого условия «вещные права, установленные сделкой и на основании ее, теряют силу, и прежнее состояние восстанавливается... наступление резолютивного условия имеет не обязательственное, а вещное действие»³. Решительность этого суждения В.М. Хвостова, впрочем, едва ли подтверждается классическим материалом: когда продажа сопровождалась оговоркой, дающей право продавцу расторгнуть договор, если цена не уплачена в обусловленный срок (*lex commissoria*), то иск продавца к покупателю, имеющему вещь без основания, следовал все же из продажи или из кондикции (выдача недолжного), но не об истребовании вещи собственником. Следовательно, условие не имеет прямого вещного действия.

В ГК РФ предусмотрен аналог этого средства: условием договора может быть сохранение собственности за продавцом до оплаты товара. Тем самым покупатель лишен (но не в силу договора, который не может вводить таких запретов, а в силу того, что он не стал собственником) права отчуждения или иного распоряжения товаром. При наступлении просрочки оплаты продавец, сохранив собственность, вправе потребовать возврата товара (ст. 491 ГК). В коммерческой практике выработаны условия, исключающие сохранение за продавцом титула собственника. Например, предоставление покупателю права распоряжения купленными (и неоплаченными) товарами, их переработка, включение в состав другой вещи, являющейся главной для приобретенных товаров и др.

Впрочем, применительно к недвижимости стороны не могут в договоре изменить императивно устанавливаемый датой государственной регистрации момент перехода собственности⁴. Поэтому стороны вправе лишь оговорить возникнове-

¹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 4. С. 52–53.

² Титул III кн. XVIII Дигест гласит: «Об оговорке, предоставляющей продавцу право расторгнуть договор, если цена не уплачена в обусловленный срок (*De lege commissoria*)»

³ Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996. С. 163.

⁴ Предложение указывать в том случае, когда продавец стремится сохранить право на недвижимость до полной оплаты, что собственность возникает с «даты получения регистрационного удостоверения на право собственности без права отчуждения квартиры до полного внесения всех обуслов-

ние права собственности на объект недвижимости в момент платежа. В этом случае владение вещью, оказавшееся у покупателя до платежа, не дает права на регистрацию собственности¹.

Отвлекаясь от специфики, связанной с недвижимостью, резюмируем: если особых условий такого рода, как сказано выше, не было, то суду не остается ничего иного, как подтвердить, что собственность уже возникла у покупателя, и отношения сторон сводятся к его обязанности выплатить цену, или, как заметил шведский юрист, «если продавец не сохранил за собой титул, он должен либо положиться на платежеспособность покупателя, либо просить о залоге² или выдаче любой другой гарантии»³.

Ситуация имеет, конечно, классический характер, но ее трактовка находится в несомненной зависимости от культурно-исторического контекста. Обсуждая эту проблему, Д. Дождев заметил, что в классическую эпоху «только обыватель мог поставить перед юристом подобную проблему. Ответ в таких случаях предельно ясен: одностороннее неисполнение не может считаться способом расторжения контракта, поэтому продавец может требовать только уплату цены из договора купли». В поздне-римский период «слабости юридической мысли... различие между контрактом и переходом собственности было утрачено»⁴.

Пока вещь еще принадлежит покупателю, она может быть, наряду с иным его имуществом, вовлечена в тяжбу на стадии исполнения решения, выступая уже не как предмет спора, а как объект ареста и взыскания.

Если основание приобретения вещного права не поколеблено, то спорные ситуации решаются так, как это показано выше. Для того чтобы вернуть вещь, нужно, стало быть, затронуть само основание — договор о вещи, поскольку другие элементы юридического состава, создавшего право собственности у приобретателя, аннулировать невозможно (как, например, события) или весьма затруднительно по самой их природе (акты исполнения обязательства). Для оценки возникающих здесь альтернатив можно привести другое, на первый взгляд столь же простое дело.

АО «Кавминкурортстрой-М» продало ТОО «Монолит» грузовой лифт (договор был оформлен гарантийным письмом покупателя об оплате и счетом продавца, лифт фактически поку-

ленных договором платежей» (см.: Ответы на вопросы нотариусов // Российская юстиция. 1998. № 2. С. 33), может не выдержать испытания в суде, если покупатель оспорит сделанную оговорку, по причинам, о которых уже говорилось.

¹ Возникшая тогда у приобретателя позиция является законным владением, в этом смысле следует толковать и передачу вещи и даже регистрацию (ведь и временное пользование, например аренда, может регистрироваться), поскольку они имеют место до обусловленного соглашением составления документов, необходимых для регистрации перехода собственности (эта проблема уже затрагивалась выше).

² В силу п. 5 ст. 488 ГК товар, проданный в кредит, считается находящимся в залоге у продавца до оплаты, поскольку договором не установлено иное. Это правило применительно к жилым помещениям сформулировано в ст. 77 Закона об ипотеке (залоге недвижимости): поскольку иное не предусмотрено законом или договором, жилой дом или квартира, приобретенные за счет кредита банка или иной кредитной организации в собственность, считаются находящимися в залоге с момента государственной регистрации договора купли-продажи жилого дома или квартиры. Отличия объясняются режимом регистрации.

³ *Хостад Т.* Право собственности на движимое имущество // Введение в шведское право / Отв. ред. Б.С. Крылов. М., 1986. С. 274.

⁴ *Дождев Д.В.* Основание защиты владения в римском праве. М., 1996. С. 114. Данные автором оценки читатель может по своему усмотрению применить к текущей практике.

пателем был получен по накладной). В связи с отказом покупателя от уплаты цены продавец обратился в суд. В суде покупатель потребовал от продавца доказать право собственности на проданную вещь, поставив это условием своей обязанности платить за купленное имущество.

Продавец предъявил как основание собственности составленный в процессе приватизации акт оценки имущества, в котором стоимость лифта значилась в общей сумме среди незавершенного производства, а также документы о приобретении лифта от имени правопродешественника. Суд посчитал эти доказательства недостаточными и в иске отказал¹.

Между тем такой подход противоречит закону. В силу ст. 454 ГК покупатель обязуется принять и оплатить купленную вещь. При этом на продавца не возлагается обязанность представлять доказательства своего права собственности, а если на вещь заявляет претензии покупатель, то он должен доказать свое право собственности в отдельном петиторном процессе; другой путь — признание договора купли-продажи недействительным, если договор, как в данном случае, имел место.

Следовательно, возложение судом на истца обязанности доказывать собственность на проданное имущество не вытекает из смысла договора купли-продажи. По этому поводу Б.Б. Черепяхин заметил: «...трудно себе представить гражданский оборот, построенный на сплошной подозрительности покупателей. В каком положении оказались бы продавцы, если бы они всякий раз должны были обеспечить исчерпывающие доказательства своего права собственности на истребуемую вещь?!»²

Именно такой подход продемонстрировал ВАС РФ, отменяя решение суда, отказавшего в иске поставщика к покупателю об оплате поставленной продукции по тому мотиву, что истец «не является собственником отгруженных нефтепродуктов». Президиум ВАС РФ указал, что иск поставщика основан не на праве собственности, а на договоре, поэтому поставщик не обязан доказывать факт приобретения им поставленного товара в собственность³.

Это свойство купли-продажи — освобождение продавца от обязанности доказывания собственности — на самом деле лежит гораздо глубже, чем может показаться: на нем в значительной мере выстраивается весь гражданский оборот. Не говоря уже о совершенно справедливом замечании Б.Б. Черепяхина о практической невозможности существования оборота в условиях непрременной легитимации продавцов как собственников, без этих свойств купли-продажи утратила бы существование и ключевая для оборота фигура добросовестного приобретателя, равно как и само понятие добросовестного приобретения.

Ведь если добросовестность означает, что приобретатель не знает и не должен знать об отсутствии права собственности у продавца, то как только утвердится взгляд о вытекающей из закона обязанности продавца доказывать свою собственность при продаже, приобретатель тем самым оказывается в позиции, основан-

¹ Решение было отменено в кассационном порядке с возвращением дела на новое рассмотрение.

² Черепяхин Б.Б. Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя // Уч. зап. Свердлов. юрид. ин-та. Т. 2. Свердловск, 1947. С. 75. В том же духе высказывается и А.К. Митюков: «...купля без действия в ней начала bona fides едва ли возможна; другой вопрос, что само понятие bona fides исторически изменчиво, развивается с ходом истории и в ширь, и в глубину» (Митюков А.К. Ответственность продавца за эвизию в историко-сравнительном освещении. Киев, 1906. С. 132).

³ Вестник ВАС РФ. 2000. № 1. С. 29–30.

ной на предположении, что он всегда мог знать о праве продавца. Но такая позиция исключает в принципе и ссылку на добросовестность, и самую добросовестность.

Более того, ведь и само обоснование собственности продавцом не означает ничего иного, как представление доказательств прежней купли-продажи, которая ничем иным не отличается от совершаемой, кроме того что она уже совершена и не оспорена. Попутно можно заметить, что установление титула продавца недвижимости качественно не отличается от этой процедуры, подтверждая то же самое — предшествующие переходы имущества, а доказательственная сила здесь опирается на письменно подтвержденную длительность пребывания вещи в обороте. Следовательно, сам оборот дает обоснование продаже как движимости, так и недвижимости при том, что легитимация продавца, обычная для недвижимости, в принципе не выходит за рамки подтверждения пребывания вещи в обороте.

Теперь очевидно, что суд не может в силу закона обязать продавца доказывать свой титул¹, а значит, не вправе освободить покупателя — ответчика по делу — от обязательства по оплате приобретенного имущества, если только сама сделка не признана недействительной.

Здесь, конечно, может возникнуть мотив ничтожности сделки, когда заинтересованная сторона освобождена от необходимости специального предъявления иска о недействительности². Но в этом случае применяется последствие недействительной сделки — возврат сторон в первоначальное положение, а это явно не входило в намерения покупателя и никак не отразилось в логике данного судебного решения.

В этом деле можно заметить проявление действия известных механизмов защиты добросовестного приобретателя в обороте, когда возможное нарушение прав собственности является, если следовать Иерингу, меньшим злом, чем паралич обращения.

Однако эти классические средства с трудом совмещаются с обыденными представлениями, и их столкновение может приводить к самым причудливым результатам.

Так, с точки зрения ответчика в нашем деле заявление о том, что продавец — не собственник, является достаточным основанием, чтобы не платить за купленную вещь. Но если договор купли-продажи не расторгнут и не признан недействительным, то обязательство по уплате цены должно быть исполнено. А если договор ничтожен, то вещь должна быть возвращена, а стороны приведены в первоначальное положение (ст. 167 ГК). Достигнуть в данном случае двух целей одновременно — сохранить вещь и не платить за нее — легальным образом невозможно.

Известно, что в римском праве по договору купли-продажи передавалось только спокойное владение вещью, а не собственность³: «...продавцу достаточно по по-

¹ Такое условие может быть предусмотрено договором, если стороны посчитают это необходимым.

² Эта ситуация приводит к серьезным процессуальным проблемам, связанным с размыванием основания и предмета иска, но пока они решаются в пользу права суда в любой момент оценить сделку как ничтожную, при этом сама сделка рассматривается «как одно из доказательств по делу, независимо от того, предъявлялись ли требования о признании данного договора недействительным» (Вестник ВАС РФ. 1997. № 7. С. 93). Эта прерогатива, вытекающая из нормы п. 2 ст. 166 ГК, — проявление публичных черт реституции, и хотя применение реституции, конечно, не тождественно признанию сделки ничтожной, исключить право суда дать такую оценку сделке в любой стадии процесса и независимо от позиции сторон едва ли возможно.

³ Если заглянуть еще глубже в историю, то можно заметить, как уже отмечалось, что архаичная купля-продажа не создавала поначалу собственности (генезис этого права, на мой взгляд, идет, как это излагалось выше, от насильственного захвата), а лишь порождала определенную форму зависимости. Об этом

воду эвикции обязаться передать владение и оправдаться в злом умысле, и, таким образом, если вещь не отсуждена, то он ничего не должен»¹. «Нет сомнения, что можно отчудить чужую вещь: ибо имеется купля и продажа, но вещь может быть изъята у покупателя...»²

Эта черта купли-продажи сохранилась в виде обязанности продавца возместить покупателю убытки, если вещь будет изъята третьими лицами по ранее возникшим основаниям (ст. 461 ГК). Существование этой нормы, кстати, означает, что отсуждение вещи не означает ничтожности продажи: ведь при недействительности договора ответственность за эвикцию и иные последствия договора утрачивают силу вместе с договором³.

По буквальному смыслу этой нормы продавец, однако, отвечает уже за утрату владения, а не титула собственности. Например, если продана арендованная вещь и арендатор добился возврата (т.е. изъятия) вещи на срок аренды от покупателя (не оспаривая, конечно, собственности покупателя), правомерно привлечение продавца к ответственности в размере возникших убытков, если не будет доказано, что покупатель знал о правах арендатора. Кстати, по этому основанию должны отвечать продавцы краденых вещей (в том числе, конечно, автомобилей), изъятых у покупателей в административном порядке независимо от оснований изъятия и действительности самого договора; если приобретателю удастся добиться возврата изъятого имущества, объем ответственности ограничится понесенными издержками.

Необходимо отметить, что по действующему закону в обязанности продавца входит передача вещи в собственность, поэтому отсутствие у продавца правовой возможности передать собственность является в отечественной системе права неустранимым пороком купли-продажи. Соответственно продажа, совершенная не собственником (если только он не был прямо управомочен на продажу в качестве залогодержателя, комиссионера, судебного пристава и т.д.), оказывается ничтож-

можно было бы здесь и не говорить, если бы эта черта не сохранилась в продаже, генетически не предопределявшей собственность, и не приводила к постоянным осложнениям в современной практике.

Например, К. Богданов, анализируя налогообложение приобретенной недвижимости, отмечает такое противоречие, как несовпадение момента возникновения собственности на купленное имущество и права приобретателя на возмещение НДС (см.: *Богданов К.* Отечественное право должно быть встроено в систему российского законодательства // *Хозяйство и право.* 1999. № 12. С. 61–63). Между тем здесь лишь проявляется то обстоятельство, что купля-продажа и вообще оборот как предмет налогового регулирования имеют иную природу, чем собственность, и это несовпадение не может быть полностью устранено в принципе (специфика, связанная с регистрацией недвижимости, здесь не имеет решающего значения; такой же эффект получаем всякий раз, когда оплата товара, а тем более передача вещи (традиция) не совпадают с возникновением собственности на стороне приобретателя).

¹ Дигесты. С. 323. Надо понимать, что не должен передавать более, чем владение. Именно по этому основанию в указанном фрагменте проводится разграничение между меной и куплей-продажей: при мене передается обеими сторонами собственность, и «нельзя различить, кто покупатель, а кто продавец», а при купле-продаже продавец передает владение, а покупатель — собственность (на деньги).

² Дигесты. С. 291. На тех же позициях стоит и Французский гражданский кодекс: «У продавца имеются два основных обязательства: обязательство предоставить вещь и гарантировать вещь, которую он продает» (ст. 1603); «предоставлением вещи является перенесение проданной вещи во власть и владение покупателя» (ст. 1604).

Позитивным правом, впрочем, может быть исключена продажа чужого имущества, если это следует из конкретной системы частного права.

³ В последнее время система значения нормы ст. 461 ГК начинает возрастать. Подробнее вопрос будет обсуждаться ниже.

ной сделкой¹. Практическая важность состоит в том, что только в ходе применения механизма последствий недействительности сделки (реституции) производится возврат и вещи, и денег. Если же вещь уже передана дальше, третьим лицам, либо спор идет не о действительности, а об исполнении договора, то такие последствия сами по себе не наступают. Наконец, если проданы, например, потребляемые вещи, спор о последствиях вообще может не возникнуть.

В этом отношении представляет интерес такое дело.

Орловский облпотребсоюз обязался заготовить и поставить через входящие в его систему райпо и заготовительные организации 650 т картофеля, а войсковая часть 49394-Н – принять и оплатить его. До начала поставки покупатель направил облпотребсоюзу телеграмму с предложением увеличить объем поставки до 1400 т картофеля. Фактически было поставлено через Покровское, Сосковское, Залегощенское райпо, Орловский коопзаготпром и Мценское зверохозяйство 1 188 550 кг картофеля. В связи с тем, что покупатель оплатил картофель частично, Орловский облпотребсоюз обратился в суд с иском о взыскании задолженности. Суд отказал в иске, сославшись на то, что заключенный договор исполнен полностью, а поставленный сверх договора картофель не подлежит оплате в пользу истца: «Право на предъявление иска о взыскании задолженности по оплате картофеля, поставленного сверх договора, у Орловского облпотребсоюза отсутствует, поскольку он не является собственником, грузоотправителем этой продукции, а уступка требования грузоотправителями Орловскому облпотребсоюзу надлежащим образом не оформлена». Президиум ВАС РФ отменил это решение, сославшись на то, что «принятие ответчиком картофеля сверх объема, установленного договором, следует расценивать как согласованное изменение сторонами условий договора»².

В этом деле обращает на себя внимание, конечно, не применение судом известного приема рассматривать фактические действия по исполнению договора как способ подтверждения его заключения (изменения), а тот пассаж, в котором суд первой инстанции разграничивает право продавца на получение вознаграждения независимо от права на проданную продукцию (а облпотребсоюз, конечно, права на имущество, принадлежащее районным обществам и заготовительным организациям не имеет) и право требования из неосновательного обогащения (недоговорной поставки), которое увязывается уже с правом на неосновательно переданное другому лицу имущество. Проведя именно это разграничение, суд и отказал в иске облпотребсоюзу, а надзорная инстанция, признав договорную основу отношений сторон, напротив, иск удовлетворила. Но и в первом, и во втором случае не ставилось под сомнение то обстоятельство, что продавец не должен доказывать вещное право на продукцию и более того – не должен иметь такого права для получения покупной цены. Хотя для вещей, определяемых родовыми признаками, такой вывод дается гораздо легче, в основе его все же лежат не различия вещей индивидуально-определенных и родовых, а истинная природа купли-продажи.

¹ «...Продаваемая вещь должна быть в полном распоряжении продавца на праве собственности. Следовательно, купля-продажа чужой вещи будет недействительной, хотя бы вещь была во временном или пожизненном пользовании продавца» (*Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 319). Этот вопрос излагается подробнее в другом месте.

² Вестник ВАС РФ. 1997. № 11. С. 48–49.

Рассмотрим и другое дело, в котором, на первый взгляд, применен иной подход.

Предприниматель И.В. Борисов передал по договору купли-продажи пять вязальных автоматов ТОО «Предприятие «Политэкс»». Не получив оплаты, он предъявил к покупателю иск о взыскании 54 млн руб. убытков и 103 765 900 руб. неустойки за просрочку платежа. Иск был удовлетворен, хотя покупатель ссылался на то, что приобретенное имущество принадлежит не продавцу, а ТОО «Предприятие «Альфатекс»». Отменяя решение, Президиум ВАС РФ указал, что ТОО «Предприятие «Альфатекс»» заявило требования об истребовании указанных вязальных автоматов по основаниям ст. 301 ГК, ссылаясь на то, что они принадлежат ему, а не продавцу – предпринимателю Борисову. При новом рассмотрении дела следует решить вопрос о привлечении ТОО «Предприятие «Альфатекс»» в качестве третьего лица с самостоятельными требованиями¹.

Хотя внешне мотивы отмены решения, кажется, следуют в определенной мере доводам ответчика, перспективы дела видятся все же иными.

Если договор купли-продажи будет признан ничтожным по той причине, что продавец не имеет права на отчуждение проданного, то в силу ст. 167 ГК это имущество тем не менее должно быть возвращено продавцу. ТОО «Предприятие «Альфатекс»», если даже докажет свое право собственности на вязальные автоматы, не сможет их виндигировать от покупателя (ответчика по делу), если только они не были из его владения помимо его воли, как это прямо подчеркнуто Пленумом ВАС РФ в п. 25 постановления от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»².

Если же договор будет признан действительным (например, в том случае, если продавец имел права или полномочия на продажу имущества), то оплата, конечно, будет взыскана с покупателя в пользу продавца. В любом случае, стало быть, ответчик будет присужден либо к возврату имущества в натуре, либо к оплате купленного имущества.

Аналогичные мотивы можно проследить в другом деле.

ТОО «Фирма «Диас»» приобрело по договору купли-продажи от 14 июля 1995 г. судно (рефрижератор «Экватор») у его собственника – ИЧП «Диомид». Сделка была исполнена обеими сторонами: судно передано покупателю и оплачено. Однако покупатель вопреки требованиям закона не произвел государственную регистрацию (п. 2 ст. 223 ГК РФ) и поэтому не получил права собственности на судно. Собственником, таким образом, осталось ИЧП «Диомид».

Впоследствии ИЧП «Диомид» продало то же самое судно ТОО «ДальМАК» в августе 1996 г. Второй покупатель выполнил требования о регистрации и получил свидетельство о праве собственности.

После этого ТОО «Фирма «Диас»» обратилось в суд с иском к ИЧП «Диомид» и ТОО «ДальМАК» о применении последствий недействительности сделки купли-продажи, со-

¹ Вестник ВАС РФ. 1998. № 11. С. 50.

² Вестник ВАС РФ. 1998. № 10. С. 21.

вершенной ответчиками, и об обязанности ТОО «ДальМАК» передать ТОО «Фирма «Диас»» спорное судно.

В иске было отказано по тем основаниям, что сделка является не ничтожной, а оспори-мой, а истец не вправе истребовать имущество, поскольку не является его собственником.

Отменяя это решение, Президиум ВАС РФ указал, что истцом был заявлен виндикаци-онный иск (ст. 301 ГК), который следует рассмотреть по нормам ГК РФ. Необходимо так-же учесть, что в момент заключения договора с ТОО «ДальМАК» судно было арестовано по определению Находкинского городского суда¹.

Несмотря на известную экзотичность дела, связанную с предметом сделки — морским судном, спор, однако, вполне типичен и буквально в том же виде мог бы возникнуть и в отношении объектов недвижимости. Поэтому есть все основания внимательно в нем разобраться.

Начнем с правильной квалификации сторон спора.

В нашем деле на момент спора истец — ТОО «Фирма «Диас»» — является поку-пателем, но не собственником, так как не смогло вовремя зарегистрировать свое право. Что касается титулов других участников, то их выяснение и составляет глав-ные трудности и по существу предreshает судьбу спора. Понятно, что недействи-тельная сделка не порождает юридического эффекта, в данном случае — не дает возможности создать право собственности у приобретателя. Значит, мы не можем опереться на регистрацию судна за ТОО «ДальМАК» как на бесспорное основание собственности: если сделка с ТОО «ДальМАК» недействительна, то собственно-сти у него не возникло, а запись о регистрации не может восполнить этот порок.

Одним из оснований, влекущих ничтожность сделки, является, в частности, наложенный судом арест — об этом сказано и в постановлении Президиума ВАС РФ. Но даже если сделка и ничтожна, собственник имущества не сможет истре-бовать его по виндикационному иску в силу известных ограничений (ст. 302 ГК).

В нашем случае, однако иск заявлен не собственником, а покупателем — ТОО «Фирма «Диас»». В силу ст. 305 ГК, впрочем, виндикационный иск доступен не только собственнику, но и законному владельцу. Но может ли ТОО «Фирма «Ди-ас»» считаться законным владельцем? Очевидно, что в момент заявления иска истец не имеет фактического владения, он его утратил, но это вполне естественно, ведь виндикационный иск может быть предъявлен лишь при утрате владения. Вопрос, стало быть, в другом: а был ли истец законным владельцем до утраты имущества?

Заметим, что ранее истец купил имущество, но не зарегистрировал его. Эта си-туация рассмотрена Пленумом ВАС РФ, который прямо указал, что после пере-дачи недвижимого имущества, но до государственной регистрации перехода пра-ва собственности покупатель является его законным владельцем², его титул, стало быть, — «покупатель» (но не «собственник»). С поправкой в части недвижимости (здесь эта разница не играет роли) мы можем уверенно утверждать, что истец был законным владельцем до утраты владения. Большое значение имеет, однако, спо-

¹ Вестник ВАС РФ. 1999. № 1. С. 63.

² Пункт 14 постановления Пленума ВАС РФ от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах прак-тики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» (Вестник ВАС РФ. 1998. № 10. С. 18). Этот вывод уже обсуждался выше.

соб утраты. Если имущество выбыло из владения покупателя по его воле (трудно вообразить, как можно было помимо воли владельца забрать у него рефрижератор, хотя в официальной публикации об этом ничего и не сказано¹), то он лишается возможности вернуть владение от незаконного, но добросовестного приобретателя по возмездной сделке (ст. 302 ГК).

На самом деле первоначально иск заявлялся, как можно видеть, по ст. 166, 167 ГК: истец требовал применить реституцию таким образом, чтобы вернуть имущество не сторонам недействительной сделки, а истцу, хотя он в сделке и не участвовал. Такой подход еще недавно имел широкое распространение, и не случайно суд осторожно указал на то, что сделка является оспоримой, тогда как имел все основания отклонить иск, сославшись просто на то, что требовать передачи им имущества в порядке реституции могут только стороны недействительной сделки, и никто иной, как об этом уже говорилось. В настоящее время постепенно утверждается позиция, следующая из правила п. 25 Постановления Пленума ВАС РФ от 25 февраля 1998 г. № 8: требования третьего лица (собственника) об истребовании имущества, полученного по ничтожной сделке, должны все же подчиняться хотя бы некоторым правилам виндикации².

Наконец, весьма парадоксальной оказывается позиция дважды продавца – ИЧП «Диомид». Сохранив право собственности после первой продажи из-за того, что приобретатель не зарегистрировал переход собственности на себя, продавец сохраняет собственность и после второй продажи, если сделка окажется ничтожной, как нарушающая арест! Впрочем, это его право интересует скорее всего уже не собственника, а его кредиторов, которые ранее добились судебного ареста. Очевидно, что у них возникнут серьезные трудности с изъятием имущества у фактического владельца – ТОО «ДальМАК», который будет защищаться, ссылаясь на свою добросовестность³. А не изъяв имущества, невозможно успешно реализовать его с торгов.

Если ТОО «ДальМАК» сможет сохранить свое владение, опираясь на норму ст. 302 ГК, то по истечении известного срока оно сможет приобрести и право собственности в силу приобретательной давности (ст. 234 ГК).

Механизм применения последствий ничтожной сделки порождает вопрос, который можно обозначить как проблему отрицательной силы недействительной сделки. Дело в том, что если прямой вещный эффект недействительности сделки довольно быстро затухает, как только вещь – предмет сделки – попадает к добросовестному третьему лицу, то отменительное петиторное действие, напротив, не имеет предела, выходя за рамки отношения сторон в договоре. Здесь имеется в виду, что одновременно с восстановлением прав, переходивших по ничтожной сделке, в том числе и собственности, считаются аннулированными и права было возникшие. Поскольку всякое право, особенно вещное, может сказаться так или иначе на правовой позиции иного участника оборота, любое лицо вправе сослать-

¹ Впрочем, тот факт, что при изложении казуса это опушено, лишний раз подтверждает недооценку судами всей владельческой проблематики.

² Вестник ВАС РФ. 1998. № 10. С. 21. Впоследствии этот подход развивался в Постановлении № 6-П Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003 г. и в Информационном письме Президиума ВАС РФ № 126 от 13 ноября 2008 г.

³ Этот вопрос будет подробнее рассмотрен в дальнейшем.

ся на ничтожность сделки, не доказывая специально, каким образом при этом затронуты его интересы.

Проблема особенно обостряется применительно к возникшим и аннулированным личным (обязательственным) правам. Следует согласиться с В.В. Витрянским, что едва ли отвечает духу договора поведение стороны, которая ссылается на ничтожность сделки с целью уклониться от ответственности¹. Однако надо признать, что эта ситуация не может быть разрешена без отказа от понятия ничтожной сделки, которое в свою очередь не может не иметь абсолютного значения уже хотя бы в силу того, что им охватываются и вещные права с их абсолютным действием. Можно, видимо, предположить, что возникающее (и отмеченное В.В. Витрянским) напряжение в части аннулирования обязательственного, относительного (т.е. частного) эффекта ничтожной сделки — это одно из проявлений дуализма гражданского права, последовательное проведение которого могло бы, как может показаться, развести последствия недействительных сделок в зависимости от того, обсуждается ли вещный или обязательственный эффект².

Это, однако, едва ли возможно, так как наряду с резким усложнением механизма за его пределами оказались бы договоры, которые имеют и вещное, и обязательственное действие, а таких договоров — большинство.

Но на этом не хотелось бы обрывать обсуждение действительно острой проблемы. Известно, что оспаривание заключенных сделок в судах и массовое признание их недействительными приобрело почти эпидемический характер. Высказанный полтора века назад основателем русской цивилистики Д.И. Мейером завет — не аннулировать сделок без самой крайней необходимости — давно и прочно забыт практикующими юристами. Понятно, что такая практика никак не способствует устойчивости оборота. Да и правовой уклад, главной чертой которого остается сплошная неуверенность, а точнее, уверенность, что любой договор может рухнуть в суде, не может не вызывать разочарования.

Нет сомнения, что ближайшей задачей должно стать укоренение совсем другой позиции, когда даже существенные пороки договора не могут вести к признанию сделки недействительной, если такое решение может быть повернуто против стороны, добросовестно исполняющей договор, о чем говорит В. Витрянский.

В порядке расширения дискуссии я бы предложил обсудить такой вариант: изменить трактовку ст. 168 ГК таким образом, чтобы по этому основанию аннулировались лишь те сделки, которые нарушают права общего, публичного значения (антимонопольные, таможенные, налоговые правила и т.п.). А если речь идет о нарушении частного права, суд был бы вправе сохранять силу сделки, поскольку при этом не усматривается серьезного ущерба обществу. В конце концов, если признана преимущественно публичная природа реституции, то можно сделать следующий шаг и допустить применение реституции не по частному, а по публичному мотиву.

¹ Экономические реформы и гражданское законодательство: новое в договорном праве, арбитражные споры: Материалы научно-практической конференции в ИГиСП // Журнал российского права. 1997. № 6. С. 144.

² Имеется в виду предположение, что установивший только личную связь договор, имеющий пороки, мог бы считаться недействующим лишь постольку, поскольку ни одна из сторон не получила предоставления и не несет из такого договора убытки.

Проблема вещного эффекта купли-продажи тесно связана с вопросом об отчуждении чужой вещи, не принадлежащей продавцу. Этот аспект темы уже затрагивался выше, но он заслуживает более подробного обсуждения.

В последнее время все чаще, правда, с весьма различных позиций, утверждается тезис о действительности продажи, совершенной лицом, не имеющим права на отчуждение вещи (неуправомоченным отчуждателем), поскольку это допускается германским правом.

Эти выступления, не лишённые культуртрегерских амбиций, ставят под сомнение до сих пор преобладающий взгляд, многократно подтвержденный отечественной судебной практикой¹, о ничтожности такой продажи в современном российском праве.

Понятно, что этот вопрос не только весьма актуален практически, он затрагивает центральный пункт оборота и потому, без сомнения, занимает одно из центральных мест в системе гражданского права.

Прежде всего отмечу, что проблема должна решаться именно на почве российского ГК, так как и в истории, и в современном праве других стран мы найдем достаточно случаев действительности продажи чужого имущества².

Выше говорилось, что в римском праве вовсе не требовалось собственности на стороне продавца: передавалось только спокойное владение. На этой почве возникла ответственность продавца за утрату покупателем владения вещью в виде возмещения убытков (эвикция). Нельзя не заметить, что отсутствие у покупателя титула собственника, препятствующее распоряжению вещью, само по себе в римском праве не влекло ответственности продавца³. Обычно это объясняют

¹ Русское право в течение последних двух веков определенно стояло на позиции, согласно которой продавец должен быть собственником.

² В дальнейшем я буду употреблять определение «продажа чужого имущества» для обозначения всякого отчуждения вещи неуправомоченным отчуждателем. Известно, что право (правомочие в терминологии Б.Б. Черепахина) на отчуждение вещи может базироваться не только на праве собственности, но и на праве залога, компетенции конкурсного управляющего, судебного пристава и т.д. Продажа чужого имущества — предмет дальнейшего обсуждения — предполагает отсутствие какого бы то ни было права на отчуждение при физическом владении вещью. Именно так и говорит закон, увязывающий в ст. 302 ГК РФ возникновение незаконного владения и тем самым ничтожность отчуждения с отсутствием «права отчуждать» имущество.

Само по себе правомочие, как это показано в другом месте, субъективным гражданским правом не является. Что касается правомочия на отчуждение вещи, то этот феномен вытекает из логики вещного договора. В российском праве, не знаящем вещного договора, *правом на отчуждение вещи обладает всякое лицо, способное от своего имени заключить и исполнить такой договор* (право на заключение договора об отчуждении вещи, впрочем, всегда дается тому, кто может его исполнить).

³ Изменение купли-продажи таким образом, что продавец обязан передать право собственности, начинает конфликтовать с эвикцией как формой ответственности за утрату не права, а владения, резко сужая ее сферу. В нашем праве это особенно заметно из-за широкой возможности изъятия вещи у покупателя третьими лицами (подробнее этот вопрос анализировался в статье: *Скловский К. Некоторые последствия продажи чужого имущества // Хозяйство и право. 2000. № 9*). Но и в германском праве принцип обязательной передачи права «входит в противоречие с принципом эвикции в раннем римском праве» (*Медикус Д. Отдельные виды обязательств в Германском гражданском уложении // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. М., 2001. С. 90*).

Уже в классическом праве эвикция начинает утрачивать свою роль. «Ответственность за эвикцию с точки зрения исторической не более, как последнее отражение архаической обязанности продавца защищать покупателя а потому *не может считаться живым, определяющим принципом права*, стоящего на такой высокой ступени развития, как римское в классическую эпоху», «ответственность за эвик-

краткими сроками приобретения по давности (два года для земельного участка, год для иных вещей), гарантирующими покупателю достаточно скорое возникновение права собственности в любом случае. Иными словами, если владение он не терял, то отсутствие права собственности не давало оснований в чем-либо упрекать продавца.

Впрочем, известная ГК РФ ответственность за эвикцию, также предусматривающая лишь утрату владения, но не отсутствие права собственности у покупателя (ст. 461 ГК), действует подобно римской, хотя наши сроки приобретательной давности значительно больше римских (в раннем римском праве). Впрочем, с учреждением в рамках п. 2 ст. 223 ГК мгновенной приобретательной давности этот тезис нуждается в оговорках. Тем не менее само существование эвикции, конечно, может дать материал для выводов, близких классическому римскому праву.

Но на воззрения некоторых современных российских юристов еще в большей мере воздействуют решения германского права, которое проводит принцип абстрактности вещного договора (передачи вещи в порядке передачи собственности), ее независимости от сделки, создающей обязательство купли-продажи (§ 929 ГГУ)¹.

На этой почве возникают возможности юридических конструкций, позволяющих противопоставить договор купли-продажи, передачу вещи и передачу права собственности продавцом. Впрочем, наиболее существенным следствием абстрактности передачи вещи обычно считают сохранение ею силы при недействительности купли-продажи: тогда покупатель сохраняет собственность, несмотря на пороки договора, только в силу того, что получил вещь от традента-собственника, а продавец защищается посредством кондикции.

Однако я намерен обсудить прямо противоположную ситуацию, когда традент — не собственник. Соответственно механизм абстрактной традиции (вещного договора) для нас выступает лишь как один из возможных технических способов² приобретения собственности.

Такой подход, конечно, ставит под сомнение естественность абстрактной традиции. Природа традиции познавалась путем тщательного изучения классического права. И хотя римское право имело статус писаного разума, естественность абстрактной традиции, даже если бы она была прямо выведена из римского права, как мне кажется, все же не очевидна. Более того, именно римское право дает основание и для вывода о «смешанном» характере традиции, зависимости ее от основания отчуждения (каузы). В частности, как незаконные сделки (дарение между супругами, сознательное принятие недолжного исполнения), так и сделки, исключющие волю традента на отчуждение, лишали традицию эффекта³.

цию в праве классическом не имеет никакой будущности и всецело обращена к весьма и весьма отдаленному прошлому» (см.: *Митков А.К.* Ответственность продавца за эвикцию в историко-сравнительном освещении. Киев, 1906. С. 153, IV).

¹ Эти особенности германского права не нуждаются в изложении в виду общеизвестности. Впрочем, можно указать на их характеристику в самом кратком виде в компендиуме: *Жалинский А., Рерихт А.* Введение в немецкое право. М., 2001. С. 421—422.

² Напомню, что здесь не обойтись без фикции, каковой и является вещный договор.

³ *Трепицын И.Н.* Переход права собственности на движимые имущества посредством передачи и соглашения. Одесса, 1903. С. 133.

При обсуждении проблемы продажи чужого имущества приходится постоянно иметь в виду разные варианты соотношения купли-продажи и отчуждения вещи без собственности на стороне продавца.

На самом деле теоретически возможны и в разных системах права сконструированы юридические механизмы, позволяющие совершить действительный договор купли-продажи и в том случае, когда продавец не является собственником продаваемой вещи.

Речь идет о механизме, который состоит в том, что продавец обязывается передать в собственность покупателю вещь, не имея на нее права. Это обязательство возникает, но собственность не переходит к покупателю именно из-за отсутствия права собственности на стороне продавца. Договор тем не менее действует и служит основанием ответственности продавца за убытки, возникшие у покупателя из-за отсутствия у него права на полученную по договору вещь.

Именно этот механизм описывает случай обязательственного эффекта продажи чужого имущества, и только о нем имеет смысл говорить в дальнейшем, пытаясь определить, имеется ли место этому механизму в современном российском праве. Подчеркну это сразу, чтобы не смешивать этот действительно конструктивный анализ с имеющим мало смысла обсуждением взгляда, согласно которому действительность купли-продажи чужого имущества будто бы может сама по себе привести к возникновению собственности у покупателя.

Ряд обстоятельств в большей или меньшей мере сопровождает эффект действительности продажи (еще раз подчеркну – не отчуждения) чужого имущества там, где она допускается законом, и без этих факторов такой эффект едва ли может состояться.

Я бы выделил как важные или необходимые во всяком случае такие, как четкое разделение не только в доктрине, но и в позитивном праве договора об обязательстве и абстрактной сделки о передаче вещи, а также описание фигуры покупателя вещи без собственности на нее не только в понятиях обязательственного права, но и в понятиях права вещного, т.е. не только как покупателя, но и как владельца.

Нетрудно убедиться, что в нашем праве эти условия едва ли выполнены.

Закон говорит о сделке как об основании возникновения права собственности, имея в виду именно договор купли-продажи, но не сделку передачи вещи (п. 2 ст. 218 ГК). Такая сделка здесь и не упоминается.

Можно заметить известную преемственность нормы п. 2 ст. 218 ГК РФ с предыдущим российским законодательством. Г. Шершеневич, как и другие русские цивилисты, критиковал нормы русского гражданского законодательства, в силу которых договор рассматривался как способ приобретения собственности, замечая, что договор купли-продажи сам по себе собственности еще не создает, а является только основанием¹. (Обращу внимание на то, что традиция характеризовалась

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 182. Конечно, важным является вопрос, насколько абсолютно представленное здесь же утверждение, что договор в принципе, «по своему существу» не может создать вещной связи (см. там же. С. 183). Одно только указание на французское право (Г. Шершеневич весьма критически оценивал нормы ФГК о купле-продаже), дающее противоположный пример, переводит этот вопрос из категории непосредственно практических в разряд вопросов общей теории гражданского права. Тем не менее проблема остается. На мой взгляд, при обсуждении этого вопроса, который, видимо, не имеет абсолютно непротиворечивого решения, следу-

Г. Шершеневичем как «физический акт»¹. Выбор этого термина не позволяет отождествить традицию со сделкой (договором). Это весьма важное обстоятельство, если учесть авторитет автора и всегда выражаемое им сочувствие германской модели).

Впрочем, в ст. 218 ГК буквально сказано, что право собственности возникает «на основании» договора купли-продажи, мены, дарения и др. Это означает, что законодатель не имел в виду прямо выводить собственность из договора. Системное значение нормы ст. 218 ГК, стало быть, состоит в том, что иной нормы об основаниях приобретения права собственности, кроме нормы, указывающей в этом качестве на договоры, в ГК РФ не имеется. Статья 224 ГК РФ, перечисляя действия, которые приравниваются к традиции, уклоняется от квалификации их в качестве основания возникновения права собственности. Соотношение норм ст. 218, 223 и 224 ГК говорит, конечно, не о приверженности законодателя консенсуальной модели приобретения собственности, а скорее выражает каузальность традиции, исполнение ею «вспомогательной» функции².

Но еще более важно, что данное в ст. 305 ГК понятие законного владельца как лица, получившего вещь по договору, определенно не допускает возможности того, что такой владелец не имеет права на вещь — вещного или обязательственного. Иными словами, ГК РФ решительно исключает возможность того, что титульный владелец, т.е. владелец, получивший вещь по действительному договору, не получил на нее права. Видимо, нужно заметить, что сам титульный владелец, т.е. лицо, имеющее договорное основание (титул), хотя прямо в Кодексе и не упомянут, практически единодушно отождествляется с законным владельцем. (Обсуждению подлежит лишь другой вопрос: могут ли бы быть иные, кроме титульных, законные владельцы? Но этот вопрос здесь рассматривать не имеет смысла, так как он относится уже к проблеме владения.)

Однако, если мы допускаем действительность договора купли-продажи вещи без перехода собственности на нее, то мы должны будем допустить и фигуру титульного владельца, не имеющего права на вещь (незаконного владельца в системе понятий ГК РФ).

Очевидно, что допущение титульного незаконного владения действующим ГК РФ заведомо исключено. Следовательно, защита тезиса о наличии в ГК РФ возможности продажи чужой вещи должна начинаться с доказывания признания Кодексом фигуры незаконного титульного владельца, что пока никому не удавалось.

ет учитывать генетическую неродственность собственности и договора. Договор создает только личные права; собственность нуждается в поддержке правопорядка, ей мало одного договора, требуются и иные факты внешнего характера.

¹ Там же. С. 183.

² В. Бердников приводит взгляды отечественных цивилистов, в том числе М.М. Агаркова и Е.А. Флейшиц, считавших распорядительные сделки, поскольку они могут быть выделены, вспомогательными, производящими эффект лишь «в силу основной сделки», по словам Е.А. Флейшиц (см.: *Бердников В.В.* Распорядительная сделка как способ изменения имущественно-правового положения лица // Законодательство. 2002. № 3. С. 30). В предыдущей главе говорилось о поддержке такого подхода и Б.Л. Хаскельбергом.

Д.М. Генкин, не допуская, как можно судить, возможности иного суждения, утверждает, что «по советскому праву передача носит каузальный характер» (*Генкин Д.М.* Право собственности в СССР. С. 139). С этой позицией соглашается Б.Б. Черепахин (*Черепахин Б.Б.* Правопреемство по советскому гражданскому праву // *Черепахин Б.Б.* Труды по гражданскому праву. М., 2001. С. 347).

Еще более очевидным образом недействительность продажи имущества, совершенной без права на продажу (именно таким образом законодатель подходит к продаже чужой вещи, и с такой квалификацией следует согласиться, понимая под продажей чужой вещи именно продажу без права (правомочия) на отчуждение, не обязательно совпадающего всегда с правом собственности), вытекает из содержания ст. 302 ГК: «Если имущество возмездно приобретено у лица, которое не имело права его отчуждать, о чем приобретатель не знал и не мог знать...», то такой приобретатель, во-первых, является добросовестным приобретателем, а во-вторых, при известных обстоятельствах может получить защиту против требований собственника. Но добросовестный приобретатель, упомянутый в ст. 302 ГК, является в то же время и незаконным владельцем — ответчиком по виндикационному иску (ст. 301 ГК). Именно незаконный владелец, как известно, только и может обладать качествами (не)добросовестности. Законному владельцу, получающему вещь по действительной сделке, эти качества недоступны. А раз так, то очевиден вывод: если сделка совершена лицом, не имеющим права отчуждать имущество, то эта сделка влечет у приобретателя незаконное владение, т.е. она является недействительной.

Не можем мы обнаружить в ГК РФ и достаточных средств для описания механизма взаимодействия действительной купли-продажи и ничтожной передачи титула.

Так же, как действительность цессии в нашем гражданском праве оказывается в зависимости от основания (каузы), так и традиция не может иметь эффекта без каузы — договора купли-продажи (поскольку мы обсуждаем именно эту ситуацию как модельную). Но эта зависимость оказывается, насколько можно судить, обратимой: если традиция не может перенести собственность, то не может устоять и основание, поскольку причина ничтожности традиции, т.е. отсутствие собственности отчуждателя, имеет место и в отношении купли-продажи. Отказ от абстрактности традиции¹, видимо, и не мог привести к иному результату. Признание связи (пусть и с подчинением) сделки и передачи заставляет требовать одновременной действительности и для сделки, и для передачи в отношении тех фактов, которые идентичны для обоих актов, что кажется очевидным. Но отсюда вытекают и другие следствия: недействительность сделки влечет недействительность традиции, а недействительность традиции, поскольку причины ее недействительности не вытекают из самой традиции (нарушение порядка ее совершения и т.п.²), озна-

¹ Вообще говоря, и абстрактная традиция знает случаи, когда договор купли-продажи и традиция одновременно поражаются одним и тем же пороком: например, и договор, и передача совершаются недееспособным лицом либо под влиянием насилия и т.п. Но для отчуждения чужой вещи здесь делается исключение, продиктованное известными практическими соображениями.

² В. Бердников говорит о необратимости традиции (см.: *Бердников В.В.* Указ. соч. С. 34). Видимо, имеется в виду, что поскольку содержание традиции предельно ограничено (воля на передачу собственности без каких-либо дополнительных условий), то заведомо отпадает возможность ее оспаривания.

В практике, впрочем, можно обнаружить случаи оспаривания передачи, совершенной неуполномоченным лицом, либо вовсе с составлением поддельного акта приема-передачи. Однако в этом случае применение нормы ст. 183 ГК РФ в части связывания сделкой самого неуполномоченного представителя исключено, так как эта сделка никакой обязательственной связи не устанавливает, а, напротив, прекращает обязательство продавца.

В предыдущей главе был сформулирован тезис о том, что, хотя традиция, видимо, может так или иначе оцениваться как ничтожная, иск о недействительности традиции по правилам об оспаривании

чает и недействительность сделки. Очевидно, что ГК РФ не допускает оспаривания вещного эффекта традиции по тому мотиву, что традент — не собственник, таким образом, чтобы при этом покупатель мог тем не менее сохранить свой титул, т.е. договор купли-продажи, и иметь позицию действительного покупателя, как об этом уже говорилось применительно к ст. 305 ГК РФ.

К такому выводу, не имеющему, конечно, универсального характера, нас подталкивают также и нормы об основаниях возникновения права собственности, указывающие именно на сделку, а не на акт передачи.

Понятно, что действительность продажи чужой вещи сама собой дает покупателю иск о передаче вещи независимо от того, принадлежит ли вещь продавцу. Продавец лишен в этом случае каких-либо возражений и обязан передать чужую вещь покупателю, так как известная германскому праву конструкция, исключающая возможность вещного договора (в силу § 929 ГГУ для совершения вещного договора нужно непременно быть собственником), недоступна продавцу чужой вещи из-за отсутствия в нашем законе правила, аналогичного норме § 929 ГГУ, и вещного договора в целом. Между тем допущение иска о передаче чужой вещи очевидным образом вступает в противоречие с правопорядком, вплоть до признания этого действия если не преступлением (что вполне возможно в ряде случаев), то несомненным правонарушением в любом случае. Именно поэтому наше право и считает недопустимым продажу чужого.

Известно, что французская модель не придерживается принципа абстрактности передачи собственности, поскольку здесь собственность переходит в силу самой продажи¹ (я не буду специально обсуждать действия правила об индивидуализации, не имеющего принципиального значения для нашей проблемы²). Прямым следствием этого является недействительность (оспоримость) сделки по продаже чужого имущества. Обстоятельно и более подробно, чем в ФГК, этот подход из-

сделок оказывается лишен самостоятельного интереса и потому отпадает. Ведь в силу ст. 166 ГК для спора о ничтожной сделке необходимо наличие интереса.

Более корректным является обсуждение действия традиции с точки зрения норм об исполнении обязательства (об этом тоже уже говорилось). Тогда традиция утрачивает эффект, если исполнение признано ненадлежащим.

¹ Исторически французская консенсуальная система развилась из традиции посредством систематического употребления такого исключения из традиции, как *constitutum possessorium*. В XVI—XVII вв. нотариусы включали это условие в договор уже формально, независимо от желания сторон. В конечном счете передача собственности договором купли-продажи стала правилом и была закреплена в ФГК.

Обсуждая выше механизм возникновения права собственности, мы могли видеть, что передача права собственности в силу одного договора об отчуждении вещи не означает еще, что право собственности возникает в силу волеизъявления, а не факта: в этом случае роль факта, с которым увязывается переход собственности, играет договор. Поэтому и механизм, принятый ФГК, не содержит в себе ничего, что бы могло исключить принципиальный вывод о невозможности возникновения права собственности из одной только сделки собственника.

² Впрочем, И.Н. Трепицын связывает нужду в традиции как с индивидуализацией, так и с продажей чужой вещи (см.: *Трепицын И.Н.* Указ. соч. С. 419), полагая, видимо, то, что в обоих случаях в момент заключения договора предмет отсутствует. (Поскольку речь идет о чужой вещи, имеется в виду, конечно, ее приобретение к моменту передачи.) Тогда традиция нужна для завершения договора. В целом это замечание И. Трепицына не столько служит подтверждением значимости традиции, сколько отводит ей место дополнения договора, т.е. по существу лишает ее самостоятельного значения.

ложен в общих положениях о продаже ГК Квебека. Согласно ст. 1713 ГК Квебека продажа чужого имущества может быть признана недействительной. Сделка, стало быть, оспорима.

Собственник вправе оспорить сделку и виндицировать имущество, если только продажа не была совершена под контролем суда либо покупатель не приобрел вещь по приобретательной давности.

Может сделку оспорить и покупатель, кроме случая, когда собственник не имеет права на виндикацию вещи (ст. 1714, 1715 ГК Квебека).

Сравнение германского механизма абстрактной традиции и избранного ГК РФ механизма каузальной передачи заставляет прийти к выводу, что каузальность делает невозможным сохранение действительности купли-продажи при недействительности передачи по причинам, связанным не с самой передачей, а с правами на вещь.

Что касается вытекающей из французской модели оспоримости сделки, то фактически в нашем обороте так и происходит, когда проданы родовые вещи¹.

Кроме того, мне представляется весьма уместным заимствовать из французского права запрет продавцу оспаривать продажу чужого имущества в любом случае. До тех пор такие иски могут отвергаться лишь на основании п. 1 ст. 10 ГК, а этого почти не случается.

Вообще говоря, сегодня именно заимствование французского варианта в части купли-продажи чужого имущества (хотя наша система в целом и примыкает к германской) потребовало бы наименьших изменений ГК РФ и наименьших потрясений сложившейся практики и правовых представлений юристов.

Итак, мы имеем три подхода. В римском праве по купле-продаже передавалось только спокойное владение, а собственность переходила посредством традиции; если на стороне продавца собственности не было, то при наличии известных условий собственность у покупателя возникала по приобретательной давности. Таким образом, поскольку передача собственности оказывалась факультативным следствием купли-продажи, сам договор имел эффект при передаче одного только спокойного владения. Такое решение и сегодня могло бы быть признано, пожалуй, наиболее гармоничным и вполне жизнеспособным².

Эта модель наряду с понятным механизмом продажи, создающим устойчивую позицию покупателю, логично встроена в связь с виндикацией и эвикцией; более того, обнаруживаются (в виде идеологического обоснования по крайней мере) известные еще архаике связь и переход от виндикации к эвикции, которые сегодня существуют уже совершенно независимо (их разделение, впрочем, идет от классического права). А.К. Митюков, подробно исследовавший генезис эвикции (кото-

¹ Здесь же включается и другой механизм, который как-то выпал из современного российского права: договор может быть оспорен лишь до тех пор, пока он не исполнен. Это правило, одновременно и справедливое, и отвечающее нуждам оборота, остается пока достоянием доктрины. Но нынешним цивилистам уже кажется неприемлемым и другое правило: если договор расторгнут, он не может быть признан недействительным. Не раз, излагая этот подход, мне приходилось слышать: «Но как же можно сохранить силу за сделкой, ничтожной в силу закона?» Этот вопрос, вполне уместный в праве публичном, едва ли имеет достаточные основания в частном праве.

² Римское условие о перенесении риска случайной гибели (порчи) вещи на покупателя с момента заключения договора, а не передачи вещи, кажется не вполне удобным, но никто и не ведет речь о буквальном переносе римской модели в современное право.

рый он вел от *usus auctoritas*), показывает, что, например, в славянском праве иск собственника, обнаружившего свою вещь, покупатель мог перевести на продавца, сам заняв место поручителя (за явку ответчика в суд). И если продавец не смог успешно защититься от виндикационного иска, он становился ответственным перед покупателем. Аналогичные правила имелись и в германском праве¹. Именно отсутствие в формуле продажи обязанности передать право собственности (заменяемой обязанностью продавца вступить в виндикационный процесс²) непротиворечиво описывает правоотношения собственника, продавца и покупателя³. Но дополнение купли-продажи условием передачи именно права собственности приводит к тому, что эвикция, совершенно оторвавшись от виндикации, утрачивает едва ли не полностью свое действие, а кроме того взамен исчезнувшей ответственности продавца по виндикации приходится вводить в куплю-продажу подразумеваемые и отвлеченные от собственно продажи (т.е. имеющие природу гарантии) обязательства продавца возместить убытки, вызванные неисполнением «основного» обязательства, в том числе невозможностью исполнения из-за отсутствия права собственности на товар.

Именно поэтому германские юристы предложили принципиально разделить куплю-продажу и переход собственности, придав второму акту независимость от первого. Тогда продавец в любом случае обязывается по сделке. Это, в частности, означает, что он несет ответственность и за то, что покупатель не получил права собственности. Французская конструкция купли-продажи, увязывающая переход собственности с заключением договора⁴, приходит к неизбежному выводу о том, что договор купли-продажи — это договор о передаче права, а не вещи. Вещь передается уже не покупателю, а собственнику, в том числе виндикационным иском. Таким образом, не право следует за вещью, а вещь следует за правом. Из этого вытекает юридическая невозможность передать покупателю собственность, если ее нет у продавца. Передача вещи здесь ничего изменить не может. Однако собственник, отказавшись преследовать вещь, может дать санкцию отчуждению.

На мой взгляд, избранная ГК РФ модель, обнаруживая, как говорилось, преемство с прежними русскими гражданскими законами⁵, уступает всем изложенным

¹ Митюков А.К. Ответственность продавца за эвикцию в историко-сравнительном освещении. Киев, 1906. С. 57–60 и сл.

² В современном праве это невозможно, так как действует созданная уже классическим правом норма: виндикация следует за вещью. Соответственно невладелец (а продавец, конечно, не владеет) не может отвечать по этому иску. Ответственность неладельца становится уже принципиально невозможной с того момента, когда присуждение по виндикации становится исключительно натуральным, а не денежным.

³ Понятно, что эта непротиворечивость на практике приводила к весьма сложным процедурам, таким, например, как известный Русской Правде (и другим законам из круга варварских правд) свод, когда продавец мог дальше переводить иск к предыдущему продавцу (этот вопрос также затрагивается в связи с генезисом доброй совести в другом месте книги). Отсюда можно видеть, как практические неудобства могут заставлять отказываться от строгой юридической последовательности. Параллельно происходит и смещение общей гипотезы виндикации от подразумеваемого обвинения ответчика в краже (деликте) к предположению о покупке чужой вещи на рынке, что, впрочем, не освобождает новый упрощенный механизм защиты собственности от обвинений в несправедливости.

⁴ Известное исключение о продаже родовых вещей не будем обсуждать ввиду его очевидности.

⁵ Анализируя соответствующие положения русского гражданского права, И.Н. Трепицын пришел к выводу, что вытекающая из русского права недействительность продажи чужого имущества позволяет

с точки зрения соответствия практическим нуждам оборота. Именно этим, видимо, и вызваны попытки поместить в рамки действующего ГК РФ иные решения, в том числе заимствованные из римского или германского права.

Однако прежде, чем обсуждать приемлемость тех или иных изменений, имеет смысл обсудить, насколько заложенное в ГК РФ решение соответствует механизму перехода прав, взятому «в чистом виде» (насколько вообще можно отвлечься от существующих систем).

Еще раз обратим внимание на различие между римской и германской куплей-продажей. По римскому праву продавец передавал только спокойное владение. Собственность переходила посредством традиции. По германскому праву продавец обязан передать владение товаром и собственность (§ 433 ГГУ)¹. На это различие обращает внимание, например, Циммерман, именно его определяя как существенное и решающее отличие².

Но ведь и в германском праве собственность переходит посредством традиции. Теория объясняет, что продавец лишь обязывается, а реальный эффект, т.е. переход собственности, возникает в процессе исполнения, которое может оказаться и тщетным, если собственности нет у традента.

Но тогда возникает вопрос: а что, кроме традиции, должен сделать продавец (собственник), чтобы исполнить свою обязанность «предоставить право собственности на вещь» (§ 433 ГГУ)? Ответа на этот вопрос решительно не видно³. Между тем именно это неуловимое действие и составляет, как кажется, суть вопроса. Пытаясь обнаружить его субстанцию, И.Н. Трепицын пишет, что до традиции этот вещный договор «юридически бессилён», «не успевши реализоваться, про-

найти в нем консенсуальную систему передачи права собственности («раз наш закон требует наличности права собственности у продавца, значит он держится системы соглашения») (*Трепицын И.Н.* Указ. соч. С. 383), которую он полагал наиболее прогрессивной, следуя своей теории прогресса договоров от формальных через реальные к консенсуальным. Впрочем, другие цивилисты, не отрицая недействительности продажи чужого имущества, все же находили в русском праве систему традиции (см.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. С. 185, 319).

¹ Аналогично правило ст. 30 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров: «Продавец обязан поставить товар, передать относящиеся к нему документы и передать право собственности на товар в соответствии с требованиями договора и настоящей Конвенции».

² *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town, 1992 (Reprint). P. 239. Циммерман комментирует далее фрагмент Гая, имея в виду классическое право: «Договор продажи и традиция: никаких других актов не требуется. Этот договор продажи имеет двойную функцию: Это обязывающий акт *и iusta causa traditionis* – *iusta causa traditionis* в том смысле, что имплицитно содержит волю сторон на передачу собственности на базе договора продажи; и эта общая цель формирует базис традиции и оправдывает передачу собственности» (*Ibid.* P. 240).

Этот исходный материал остается все тем же. Средствами техники воля сторон на передачу собственности, уже имеющаяся в договоре, лишь перемещается или не перемещается из договора в традицию. Решающим аргументом для такого перемещения явился, как известно, случай фактического отсутствия договора с сохранением тем не менее *iusta causa traditionis* (т.е. законного основания передачи), когда стороны либо добросовестно предполагают наличие договора, либо договорились о передаче собственности, но разошлись в прочем (один имеет в виду дарение, а другой – заем). Но главной причиной создания системы абстрактной традиции стал все же не этот казус, а очевидные ее удобства.

³ Не будем же мы всерьез обсуждать передачу бумаг и выполнение иных формальностей! Во-первых, в большинстве случаев они вовсе не требуются, а собственность тем не менее у покупателя возникает. А во-вторых, даже когда они и требуются, то, как правило, доказывают возникшее право собственности, а не создают его.

падает бесследно» и т.п.¹ Однако договор как юридический факт, т.е. явление материальное, должен иметь все же больше натуральности, больше физического содержания, отличаясь от того фантома, который возникает из данного описания. А результирующий вывод И. Трепицына: «traditio и договор должны органически слиться в одно неразрывное целое, как душа и тело»², оставляя договору, по-видимому, все же роль души (не считать же за таковую акт передачи вещи), приводит к заключению, что вещный договор полностью утрачивает материальную природу, превращаясь в феномен идеальный, в «душу». Вывод, пожалуй, правильный, хотя из него и следует, что мы имеем трудно согласуемый с основами права юридический факт (договор, сделку), существующий в сфере не фактического, материального, а идеального («душевного»).

Во французском праве обязанность продавца перенести право собственности «считается исполненной в момент заключения договора»³, причем никакого иска о понуждении к исполнению не известно. В чем состоит исполнение, чем оно отличается от действий по заключению договора, также не известно. Уместно напомнить, что слова «считается, признается» свидетельствуют обычно о фиктивной конструкции. Впрочем, в тексте закона и нет речи о подобном обязательстве (поэтому его нельзя считать фикцией), и оно существует лишь в виде доктрины. Остается лишь предположить, что и здесь налицо совпадение с договором наподобие души и тела, о чем уже говорилось выше.

Л. ван Влит, отстаивая идею реального договора в рамках нидерландской системы каузальной традиции (что имеет для нас непосредственный интерес), оспаривает взгляды противников этого концепта, заявляющих, что, поскольку воля на передачу собственности уже выражена сторонами в договоре купли-продажи, «дополнительное соглашение», сопровождающее передачу вещи⁴, было бы излишним, в нем нет никакой необходимости. По мнению Л. ван Влита, считающего иначе, реальный договор составляет суть перехода собственности, а сама передача вещи выступает при этом как формальность. И в этом качестве формальности она играет ту же роль, как, например, составление нотариального акта, когда он требуется для передачи права собственности. Совершение некоторых формальностей, указывает автор, может быть следствием выдвижения законом особых условий, обязательных для достижения желаемого юридического результата (*condiciones iuris*)⁵.

Мне кажется такое лишение традиции собственного юридического значения, предпринимаемое, видимо, исключительно с теоретическими целями, неубедительным. Ведь стороны вовсе не воспринимают передачу вещи (в отличие от нотариального акта⁶) как формальность; напротив, для них она составляет именно суть

¹ Трепицын И.Н. Указ. соч. С. 164.

² Там же. С. 165.

³ Планиоль М. Курс французского гражданского права. Петроков, 1911. С. 540 (репринт).

⁴ Воспроизводится аргумент И. Трепицына о ненужном «повторении» сделки об отчуждении (см. далее).

⁵ Van Vliet Lars Peter Wunibald. Transfer of Movables in German, French, English and Dutch Law. Ars Aequi Libri, 2000. P. 134–135.

⁶ Вот этот нотариальный акт (в известном смысле аналогично может быть квалифицировано и обращение к регистратору о совершении акта регистрации) и есть вещный договор и формальность одновременно. Но если оценивать его с точки зрения ст. 165 ГК РФ, то мы обнаружим, что его при из-

их отношений. Как формальность они стали бы воспринимать предложение сопроводить традицию заявлением, что при этом они передают право. Конечно, нередко бывает, что участники оборота не вполне понимают значение тех формальностей, которые они совершают по настоянию юристов, но вот чтобы они совершали действие, составляющее для них реальную жизненную ценность, а на самом деле оно было лишь формальностью, — такого быть, конечно, никак не может.

Дернбург верно пишет, что намерения на отчуждение «при передаче почти никогда особо не выражают. О нем можно заключить по содержанию сделки, лежащей в основе перехода права собственности»¹. Буквально то же — при традиции «воля почти никогда не высказывается и не повторяется», но ссылаясь на Савиньи, — отмечает и И.Н. Трепицын².

Особенно поражает при этом то, что воля на отчуждение в традиции «почти никогда»³ не высказывается. Конечно, это суждение соответствует реальной практике совершения традиции. Но при этом оно несет очевидные угрозы теории абстрактного вещного договора, сосуществующего с традицией как универсального (а значит не знающего исключений) акта отчуждения. Универсальность сложно совместить с тем, что она никогда не случается. Именно эти угрозы и заставили германских юристов употребить уступительные обороты и предположить, что иногда при традиции стороны все же совершают договор об отчуждении (по крайней мере это говорится в учебниках). Но нельзя ведь не видеть, что если договор об отчуждении при совершении традиции не совершается «почти никогда», то это может означать лишь одно — что в нем нет никакой практической юридической необходимости, что он придуман в теории. Следовательно, в том случае, когда он по причинам, которые остаются загадочными и, вероятно, представляют собой лишь дань теоретической лояльности, все же и совершается, он оказывается «повторным» (как пишет И.Н. Трепицын⁴) и тем самым излишним.

К сожалению, в представленных в современной российской юридической литературе решениях этот вопрос как-то опускается.

Критика ГК РФ и следующей за ним практики, как правило, ведется с более общих позиций. Чаще всего предпринимаются попытки обнаружить в действующем ГК РФ известные из других правовых систем решения. Наиболее естественным и ожидаемым является, конечно, стремление развести куплю-продажу и традицию и представить дело так, что если в момент совершения договора продавец

вестных условиях заменяют односторонние действия покупателя, который, получив поддержку суда, может получить собственность и без такого договора.

¹ Дернбург Г. Пандекты. Т. 1. Ч. 2: Вещное право. СПб., 1905. С. 113.

² Трепицын И.Н. Указ. соч. С. 122.

³ С логической точки зрения «почти никогда» ничем не отличается от «иногда» или «изредка»: если есть хотя бы один случай отступления от правила, не оправдываемый никакими обстоятельствами, кроме произвола, т.е. свободного пожелания лица, то правило уже отпадает. «Почти никогда» — это, стало быть, признание добросовестности автора: не видя фактов в действительности, он не считает возможным отрицать их в принципе. Таким образом, теория выстраивается вовсе без фактов, чтобы не сказать: «вопреки фактам».

⁴ Кроме указанного высказывания, И. Трепицын говорит о повторности снова и еще более решительно: «Если договор о переходе собственности предшествует передаче, то он непременно повторяется в ней» (Трепицын И.Н. Указ. соч. С. 157). А завершает свой труд автор общей оценкой системы традиции как «скучного» и ненужного «повторения одного и того же» (Там же. С. 419).

не является собственником, то это никак не влияет на распоряжение вещью и не поражает договор. Пытаясь доказать, что эта норма незримо присутствует в ГК РФ, чаще всего ссылаются на правило о продаже вещи, которая будет создана или приобретена в будущем (п. 2 ст. 455 ГК). После этого вся проблема переносится в сферу исполнения, и ничтожность распоряжения чужой вещью становится следствием ненадлежащего исполнения¹.

Обсуждая эту позицию, нельзя не заметить, что она оставляет в стороне основную гипотезу: в нашем случае речь не идет о продаже вещи, которой нет или которая будет приобретена. К.П. Победоносцев, характеризуя возможность продажи чужой вещи по римскому праву, говорит, что, в отличие от прежней русской купчей, «там можно было продать чужую вещь, которую продавец не имеет в своей власти, но еще ожидает и надеется получить в свою власть»². Эта классическая норма, закрепленная в п. 2 ст. 455 ГК, на самом деле никаких трудностей не содержит, и не о ней мы говорим. Более того, настойчивые попытки переместить аргументацию на почву совершенно невинного и простейшего правила п. 2 ст. 455 ГК, убедительно свидетельствуют об отсутствии серьезных аргументов по сути вопроса о продаже чужой вещи.

Не является серьезной проблемой и ситуация, когда вещь к моменту заключения договора купли-продажи утрачена продавцом в результате гибели или перехода права на нее к третьим лицам³.

Очевидно, что, напротив, главная проблема продажи чужого имущества состоит в заключении и исполнении договора об отчуждении вещи, которая уже есть, но которая принимается (независимо от осознания этого факта сторонами) как ответственность продавца, не являясь на самом деле таковой, к чему п. 2 ст. 455 ГК, конечно, не имеет никакого отношения. Все аргументы от п. 2 ст. 455 ГК являются ошибочными именно потому, что договор о продаже чужой вещи всегда уже исполнен передачей чужой вещи и только потому и возникает сам спор. Если именно эта проблема берется во внимание, то противопоставление купли-продажи и традиции несколько не может изменить смысла коллизии.

Можно заметить, что сведение всей проблемы к невозможности исполнения является средством искусственного примирения противоречий. Но проблема таким образом все же не решается, и противоречия остаются даже в этой подвергнутой редукции ситуации.

Часто говорят, что продажа чужого имущества является ничтожной в силу правила о том, что «невозможность исполнения влечет ничтожность обязательства» (*impossibilium nulla est obligatio*)⁴.

Эта позиция вполне традиционна, но, на мой взгляд, она не способна принципиально решить проблему.

¹ См., например: *Тузов Д.* Продажа чужого имущества неуправомоченным лицом // *эж-Юрист.* 2003. № 10. С. 3.

² *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Часть первая: Вотчинные права. М., 2002. С. 380.

³ В. Витрянский предлагает в этом случае считать сделку оспоримой или ничтожной, в зависимости от того, знал ли об утрате вещи покупатель (*Гражданское право: Учебник. В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. II. Полутот I. М., 2000. С. 208*).

⁴ См., например: *Шевцов С.Г.* Обоснование недействительности сделок неуправомоченных лиц по распоряжению чужим имуществом // *Арбитражная практика.* 2003. № 1. С. 26–27.

Кажется, нужно признать, что если передача чужой вещи ничтожна, то исполнение, состоящее в совершении действия по передаче чужой вещи, тем не менее оказывается фактически возможным. Ведь трудно согласиться с тем, что невозможность исполнения будет обнаружена спустя некоторое время или вовсе никогда. При этом на протяжении всего срока действия обязательства не возникает и юридического запрета в смысле нормы ст. 417 ГК, препятствующего должнику исполнить обязательство.

Если невозможность налицо в момент заключения договора («достану пальцем небо»), то не может быть и самого обязательства. Именно эта ситуация охватывается правилом: «Невозможность исполнения исключает обязательство». Поэтому представляется сомнительным подводить под это правило продажу чужого имущества¹. Этот случай не отнесен ни к числу фактически невозможных, ни к числу юридически невозможных действий². Между тем, являясь классической ситуацией, продажа чужой вещи, конечно, учитывается любой классификацией.

Исполнение договора купли-продажи независимо от принадлежности вещи не охватывается правилами ГК РФ о прекращении обязательства невозможностью исполнения. В частности, ответственность продавца за продажу чужого возникает в силу договора всегда, тогда как невозможность исполнения заставляет сначала обсудить причины прекращения обязательства³.

Д. Медикус признает, что § 325 ГГУ, устанавливающий ответственность в силу § 440 ГГУ за невозможность исполнения, возникшую по вине продавца, применяется в случае «невозможности продавца передать право» «вопреки своему буквальному содержанию»⁴. При этом нужно заметить, что норма § 440 ГГУ⁵, вводя-

¹ Известная спасающая оговорка о том, что здесь налицо субъективная невозможность исполнения (только для этого продавца), но поскольку где-то эта вещь все же существует, объективная возможность не исчезла, мне кажется неубедительной хотя бы потому, что стороны вовсе не имеют в виду, что вещь где-то существует, а видят вещь перед собой. При этом где-то существующий собственник отнюдь не берет на себя никаких обязательств перед покупателем.

Но все эти тонкие различия субъективной и объективной невозможности исполнения, сильно тускнеющие после решительного изменения § 306 ГГУ, не имеют все же для нас большого значения, так как мы никак не можем обнаружить акта исполнения где-то существующим собственником, даже когда он на самом деле есть.

² См., например: Будман Ш.И., Павлодский Е.А. Невозможность исполнения обязательств в современном договорном праве // Проблемы современного гражданского права / Под ред. В.А. Рахмиловича и В.Н. Литовкина. М., 2000. С. 230–232.

³ В германском праве выход из этого противоречия достигается посредством уже упомянутой доктрины «взятия на себя гарантий» (см.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. 2. М., 1998. С. 222–223), т.е. фактически путем создания второго обязательства, обеспечивающего возмещение убытков, рядом с первым, которое невозможно исполнить. Предлагается, впрочем, считать, что налицо одно обязательство. Эта достаточно условная, но практически оправданная доктрина подразумеваемых гарантий направлена на ограничение действия правила о ничтожности обязательства вследствие изначальной невозможности исполнения.

⁴ Медикус Д. Указ. соч. С. 91. Замечательно, что М. Планиоль, обсуждая этот вопрос, толкует ситуацию гораздо точнее: «Если предметом обязательства является вещь, которую должник обещал передать в собственность или обременить вещным правом, то безусловная невозможность исполнить обещание может заключаться только в несуществовании вещи, так как обещанный юридический акт сам по себе всегда легко осуществим» (Планиоль М. Указ. соч. С. 364).

⁵ Здесь везде имеется в виду редакция ГГУ до 1 января 2002 г., поскольку обсуждается не действующий закон, а германская доктрина, оперировавшая именно этими нормами.

щая ответственность за неисполнение обязанностей, указанных § 433 и др., подчинена принципу эвикции, т.е. устанавливает последствия утраты владения (а не отсутствия права).

Следует прийти к выводу, что невозможность исполнения если и применима к нашей ситуации, то не иначе как вопреки своему буквальному содержанию. Все, кто усматривает наличие в нашем праве абстрактной передачи, возможности продажи чужого и иные фантомы, полагают, что против иска покупателя об исполнении продавец сошлется на то, что вещь чужая и, отказавшись от исполнения, ответит за убытки. На самом деле этого не бывает. То, что об этом не ведают теоретики, защищающие модель продажи чужого, можно понять, хотя убедительности их теориям незнание жизни не добавляет.

Исполнение всегда уже произведено. А если суд (гипотеза сугубо теоретическая) отказывает в иске по мотиву, что вещь не принадлежит продавцу, то ответить продавец может только за невозможность исполнения, наступившую по его вине. Но невозможным стать по вине продавца может лишь то, что помимо его действия (бездействия) было возможно. Понятно, что к продаже чужого имущества это допущение неприменимо.

Наконец, о невозможности исполнения можно было бы в принципе говорить, если бы на самом деле существовало обязательство передачи права. Но ведь такого обязательства нет.

Другая версия: исполнение в виде передачи чужого — это ненадлежащее исполнение. И тогда продавец отвечает за этот порок исполнения.

Однако если недопустимо такое исполнение, то возникает тот же вопрос: почему? Потому что нельзя передать чужую вещь? А почему тогда можно ее продать? Почему траденту нельзя совершить того, что можно продавцу? Невозможность исполнения — это следствие отсутствия вещи у продавца. Об этом много говорилось выше, и этот вопрос трудностей не вызывает. Собственник, не владеющий вещью, способен заключить договор купли-продажи (при этом покупатель, конечно, знает о том, что у продавца нет вещи и не заблуждается на этот счет). Но невозможность исполнения обязательства приводит к тому, что не может быть передана собственность. Именно различие этих двух ситуаций и показывает, что к случаю продажи чужой вещи теория невозможности исполнения неприменима.

До сих пор не обнаружено серьезных аргументов, которые позволяют обосновать тезис, что чужую вещь продать можно, а передать нельзя. Объяснение, состоящее в том, что продавая чужую вещь, продавец «пока еще ее не отчуждает»¹, ничего на самом деле не объясняет. Вопрос не в том, чего продавец не делает, а в том, что делает, поскольку обязательства продавца по купле-продаже состоят в положительных действиях, а не в воздержании от действий. А на этот вопрос как раз и нет

¹ Напомню, что в купле-продаже «имплицитно», как заметил Р. Циммерман (см. выше), всегда содержится соглашение о передаче собственности. Впрочем, ни в коем случае эту имплицитность (выражение более применимо именно к римской купле-продаже, о которой и говорит Циммерман) нельзя отождествлять с имплицитностью (укрытостью) отчуждения в традиции. В договоре купли-продажи воля на отчуждение выражается явно, очевидным образом: либо (чаще всего) прямым, вербально или письменно выраженным изъявлением воли на переход собственности, либо (реже) выбором данного договора (а не, скажем, аренды). Поэтому имплицитность здесь означает «всегда сопутствующее» условие, но никак не «скрытое условие».

ответа. Нельзя же считать за аргумент довод, что продавец чужой вещи обязывается принять меры к тому, чтобы действительный собственник поспособствовал отчуждению, а такой аргумент приходится выдвигать, чтобы сказать хотя бы что-то (эти варианты аргументации приводит И.Н. Трепицын¹, но нужно признать, что ничего другого и невозможно придумать, чтобы изложить положительное содержание обязательства продать чужую вещь). Очевидно, что продавец, во-первых, не имеет никаких юридических средств склонять действительного собственника к отчуждению его вещи, а во-вторых, и не намерен этого делать: если он знает, что продает чужое, то, видимо, не для того, чтобы вступать в отношения с собственником по поводу условий этой продажи, а если не знает, то тем более не берет на себя обязанности содействовать такому отчуждению, так как полагает себя полноправным владельцем вещи².

Видимо, запрет на передачу чужой вещи лежит за рамками договора купли-продажи, ведь соглашением сторон вообще нельзя создать запрет. Запрет создается правопорядком. Даже больше того, учитывая, что запреты возникают на почве фундаментальных, базовых ценностей, сами запреты формируют и правопорядок, и общество в целом. Можно в этом плане указать на десять библейских заповедей. Одна из них, как известно, — не укради. Известно также, что этот же запрет существовал у римлян задолго до приобщения их к ветхозаветным ценностям. Вполне понятно, что речь идет о важнейшем условии существования общества. Частным следствием этого запрета является и запрет на передачу чужой вещи.

Понимая это, невозможно обосновать естественность обязательства по передаче чужого. Для допущения обязательства по передаче чужого нужно создавать целую систему искусственных, фиктивных конструкций, что сделано в германском праве³ (и от чего отказалось право русское и французское, требуя для продавца наличия права собственности). Поэтому следует исходить из того, что само по себе возникновение обязательства по продаже чужого неправомерно, пока правопорядок положительно не принял иного решения.

Насколько можно судить, в рамках действующего уголовного права договор о продаже чужой вещи может при наличии вины квалифицироваться как покушение на хищение. Это само по себе говорит о противоправности этого договора, так как осведомленность или неосведомленность сторон о том, что вещь чужая, не влияет на квалификацию этого договора по ГК.

Кстати, речь идет не только о продаже вещи. Скажем, недопустим и ничтожен договор, по которому некто обязывается написать 7-ю симфонию Чайковского к очередной годовщине его кончины. И дело не в том, что обязательство невозможно исполнить — такой опус написать вполне возможно (не исключено, что кто-то его уже и написал, подобно «мемуарам» Петра Первого и т.п.). Но это не будет 7-я симфония Чайковского. Соответственно, удовлетворить иск, понуждающий к напи-

¹ Трепицын И.Н. Указ. соч. С. 265.

² В лучшем случае можно говорить не о купле-продаже, а об ином (безымянном) обязательстве, как предлагает И. Трепицын.

³ Если рассматривать допустимость продажи чужого в рамках теории запрета, которая совершенно еще не известна нашей науке, то такой технический прием можно, видимо, расценить как искусственное расширение (или сужение) границ правопорядка.

санию такой симфонии, никак нельзя. Невозможно и взыскать убытки за то, что изготовленная симфония оказалась не Петра Ильича, а другого автора. Ничтожный договор по ГК РФ не дает права на взыскание убытков

Едва ли можно сомневаться, что и в этом случае договор оказывается ничтожным потому, что он нарушает существующий фундаментальный запрет, аналогичный запрету на продажу чужого (запрет на кражу в широком смысле).

Итак, невозможно указать никакого правомерного действия, которое могло бы считаться выполнением обязательства продать чужую вещь. А ответственность за убытки содержанием положительного обязательства быть не может. Не может по нашему праву отвечать за убытки должник, не имеющий никакого иного обязательства.

Таким образом, специального обязательства продать чужую вещь не существует, или (что то же самое) оно ничем не отличается от обязательства продажи своей вещи. Но если это обязательство тождественно обязательству продать свою вещь, то значит, никакого обязательства о продаже чужой вещи быть не может. Соответственно нет и договора о продаже чужой вещи — он невозможен. Рассуждение строится здесь так: невозможен договор, по которому продавец говорит: вот чужая вещь, и я продаю ее тебе. Если этот договор невозможен, то невозможен и договор, когда продавец не говорит этого, так как само по себе такое сообщение или его отсутствие не является существенным для купли-продажи. Существенна в силу ст. 454 ГК лишь фактическая принадлежность вещи. На самом деле даже если стороны полагают, что вещь не принадлежит продавцу и даже если он высказывается в этом смысле, но вещь на самом деле все же его, то сделка будет вполне действительной.

Теперь обсудим другое обязательство — передачи права собственности. В доктрине создана конструкция распорядительной сделки, которая представляет собой «акт распоряжения каким-либо существующим правом (перенесение права собственности, цессия обязательственного требования, отречение от права)»¹. Если переход собственности приурочен к традиции, то, вероятно, традиция и включает в себя, помимо фактического действия — передачи вещи — и юридический акт распоряжения правом. Но в этом случае мы опять получаем проблему отсутствия предмета распоряжения. Ведь на самом деле право, конечно, как феномен идеальный, не способно к пространственным перемещениям. По смыслу ст. 153 ГК для возникновения/прекращения права требуется волеизъявление². Суть его состоит в отказе от права с одновременным его возникновением у получателя права.

Именно этот механизм позволяет говорить об общих чертах правопреемства, которое, вообще говоря, возможно лишь в двух принципиально совпадающих вариантах: возложение на себя обязанности с предоставлением соответствующего права контрагенту; отказ от права с предоставлением тождественного права получателю. Принципом, объединяющим оба эти варианта правопреемства, является тот, что никто не может утратить своего права либо быть обязан против своей воли³.

¹ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М., 2002. С. 289. См. также цитированную выше статью В. Бердникова.

² Выше я пытался показать, что сделка не может создать ничего, кроме обязательства. Но в данном случае высказывается предположение, а предположить можно и то, что затем будет отброшено.

³ Известные исключения — действия в чужом интересе без поручения, недолжное исполнение, приобретательная давность — лишь подтверждают правило.

Другим проявлением этого принципа является строгое правило, известное всем правовым системам: у одной вещи не может быть двух собственников. В качестве частных следствий этого принципа можно указать на совпадение момента утраты права собственности прежним собственником с моментом приобретения того же права новым собственником¹: ни в какой момент вещь не может оказаться без собственника; можно также указать на презумпцию принадлежности любой вещи, отвечающей признакам объекта права, какому-либо лицу, даже когда это лицо неизвестно.

Итак, чтобы дать право контрагенту, нужно либо возложить на себя соответствующую обязанность, либо отказаться от соответствующего права. Получается, что наличие в руках вещи без права на эту вещь делает невозможным совершение распорядительного акта, потому что нет права, от которого можно отказаться.

Именно поэтому ГГУ, ГК Нидерландов, другие гражданские кодексы вводят условие добросовестности для получения права собственности приобретателем при отсутствии права собственности у отчуждателя. Очевидно, что если у приобретателя нет доброй совести либо не выполнены иные условия, указанные в законе, собственность у приобретателя не возникает. Но и добрая совесть приобретателя, и иные условия относятся не к волеизъявлению отчуждателя, а к иным обстоятельствам. Тем самым подтверждается отсутствие акта распоряжения правом: право возникает в ином порядке.

Если рассматривать механизм действия приобретательной давности с этой точки зрения, то становится понятным и установление срока для приобретения. Ведь отсутствие волеизъявления собственника на отчуждение, отсутствие отказа от права не могут быть ничем иным, как нарушением самих основ права. Введение срока приобретения (в позднем классическом праве он прямо зависел от размеров территории: чем она была больше, тем больше был и срок приобретения, этим собственнику давалась возможность обнаружить свое отношение к чужому владению) и является тем самым паллиативом, которым по мере возможности смягчается допущенная несправедливость по отношению к собственнику. Само ожидание выступает в качестве проявления уважения к праву собственника как подтверждение его права, признание за ним возможности вернуться к своей вещи и оспорить ее в очном процессе².

Хочу заметить, что поиски иной каузы – неосновательного обогащения – заставили автора прийти к выделению цели как каузы кондикции (см.: *Новак Д.* Кауза имущественного предоставления и ее значение в обязательствах из неосновательного обогащения // Вестник ВАС РФ. 2004. № 3. С. 155–175). Хотя автор приходит к выводу, что кауза удваивается, поскольку кроме цели нужно еще иметь и юридический факт, можно предположить все же единство каузы, если учесть, что речь идет прежде всего о сделке (волеизъявлении), а цель составляет содержание воли и тем самым сказывается и в изъявлении воли (сделке).

Важным кажется то, что проблема каузы, если искать общую почву у оснований приобретения собственности и кондикции, предстает как проблема проведения принципа недопустимости лишения имущества против воли лица.

¹ Это совпадение и создает иллюзию правопреемства, т.е. перехода права. Иллюзию настолько сильную, что терминология в большинстве случаев за ней и следует. На самом деле права прекращаются у прежнего их субъекта и возникают у нового. Но представления о правопреемстве, будучи неточными сами по себе, в большинстве случаев не сопряжены с какой-либо практической опасностью именно потому, что момент возникновения принципиально не может не совпадать с моментом утраты права.

² В старом английском праве условием предоставления судебной защиты нарушенному владению являлась обязательная предварительная попытка потерпевшего при помощи друзей отбить владение:

Одними только нуждами оборота, конечно, нельзя объяснить установление срока приобретательной давности; поэтому неудивительно, что некоторые современные российские юристы, понимающие гражданское право исключительно как инструмент обслуживания оборота, и заявляют о своем непонимании механизма приобретения по давности. То есть они понимают, почему приобретается чужая вещь — чтобы не выбывала из оборота, но не понимают, зачем для этого нужен еще какой-то срок.

Между тем оборот — это не право, и из оборота правовые принципы вывести столь же легко, как и основания для нарушения права¹. Приобретательная давность (в том числе и мгновенная, как, например в § 932 ГГУ или ст. 3:86,88 ГК Нидерландов) является, таким образом, не частью механизма передачи собственности, а чрезвычайным средством, которое призвано восполнить неустранимые пороки, препятствующие нормальному возникновению (передаче) права².

Такова и природа известной своей противоречивостью конструкции, которая введена с 2005 г. в п. 2 ст. 223 ГК РФ: здесь недействительное отчуждение недвижимости может привести к мгновенному приобретению права собственности без установленного ст. 234 Кодекса давностного срока (первоначально эта норма и должна была расположиться сразу после ст. 234 ГК). На недействительность отчуждения здесь указывают и требование доброй совести (т.е. незаконного владения) на стороне приобретателя, и отсылка к ст. 302 ГК, которая также квалифицирует ответчика как незаконного владельца.

Возвращаясь теперь к вопросу, чем же отличается механизм продажи по римскому и германскому праву, мы можем указать на техническое выделение распорядительного акта, которого не видно в римском праве. Формальным указанием на такое выделение служит установление обязательства продавца «передать право собственности покупателю» (§ 433 ГГУ). Если принять во внимание то, что продавец обязан к передаче собственности, то не остается ничего иного, как заключить, что совершение распорядительного акта, совершаемого в силу действительной продажи, и выступает как исполнение договора купли-продажи. Если это так, то речь идет лишь об исполнении обязательства. Но исполнением обязательства может быть только совершение действий (передать имущество, выполнить работу, упла-

если он не предпринимал такой попытки, то считалось, что он отказался от защиты, небрежно отнесся к своему имуществу. Такая попытка должна была последовать сразу, как только потерпевшему стало известно о нарушении владения (см.: *Никонов С.П.* Развитие защиты владения в средневековой Европе. Харьков, 1905. С. 236).

¹ Поэтому, кстати, известная гегелевская идея тождества собственности и договора, изложенная им в «Философии права», при всей ее логической привлекательности не может быть применена для решения нашей проблемы. С онтологической точки зрения она не представляется верной. Гегель, как мне кажется, недостаточно оценил исторические факты, прежде всего несовпадение генезиса собственности и договора, фактическое развитие их в разных плоскостях.

Дж.И. Пеннер, впрочем, опираясь скорее на эмпирический материал, пишет: «Нередко выдвигается предположение, что собственность и контракт внутренне между собой связаны или являются основаниями друг друга. Одна эта ошибочная концепция внесла больше путаницы в понимание обоих институтов, чем что бы то ни было другое.» (*Пеннер Дж.И.* Картина собственности как «пучка прав» // Российский ежегодник сравнительного права (2007) / Под ред. Д.В. Дождева. СПб., 2008. С. 143).

² «Давность не может быть выводима из понятия о праве и справедливости», — отмечал И. Энгельман (*Энгельман И.Е.* О давности по русскому гражданскому праву: Историко-догматическое исследование. М., 2003. С. 127). Давностное владение, несправедливое и неправоное, по своей природе всегда противостоит праву собственности (эта тема подробнее рассматривается в следующей главе).

тить деньги и т.п.¹). Конечно, традиция вполне может выступать как исполнение обязательства. То, что традиция — сделка, не препятствует ей быть актом исполнения, так как исполнением обязательства может быть сделка, которая, как известно, является действием (другой вопрос — любое ли исполнение является сделкой, но он прямо к нашей проблеме не относится).

Но вот вопрос: как выглядит исполнение, выразившееся в акте распоряжения правом собственности, если мы не отождествляем его с традицией и если мы пытаемся обнаружить исполнение двух обязанностей — по передаче вещи и по передаче права?

Очевидно, распорядительный акт не может быть ничем иным, кроме как сделкой. Но сделка — это действие, юридический факт, имеющий, как и любой факт, внешнее, физическое проявление, доступное восприятию. Значит, помимо традиции, наряду с ней или помимо нее мы должны обнаружить такое действие, такой юридический факт. Но, как известно, никакой дополнительной сделки продавец на самом деле не совершает, никакого иного действия не выполняет².

Продавец чужой вещи точно исполняет свои обязательства, но они не достигают эффекта, который ожидает покупатель. Продавец делает абсолютно все, что предусмотрено договором, но безрезультатно. Очевидно, что здесь нет ни невозможности исполнения (невозможность — объективная или субъективная — всегда очевидна в момент исполнения), ни невозможности исполнения кредитором вместо должника. Представим, что кредитор потребовал исполнить распорядительный акт (что бы ни понималось под этим), и должник, не имеющий права собственности, его совершил. Но обязанность передать право собственности тем не менее оказалась бы неисполненной. Еще раз подчеркнем, что в этом пункте сходятся все существующие системы передачи собственности: и реальный, и консенсуальный, и смешанный (если он возможен³) механизмы, и римская купля-продажа единодушно исключают из механизма правопреемства возможность получить право собственности от того, кто ее не имеет, делая различия лишь между традентом (несобственником) и продавцом (несобственником). Специальные исключения для доброй совести только подтверждают это правило (еще раз обратим внимание на то, что в соответствующих нормах употреблен термин «действительность уступки признается» (курсив мой. — К.С.)» (ст. 3 : 86, 88 ГК Нидерландов), указывающий не на естественный, а на искусственный способ создания права на стороне приобретателя.

¹ Замечательно это «и тому подобное» в ст. 307 ГК РФ; «и так далее» имеет совсем иной смысл.

² Известна проблема невозможности понуждения должника к совершению волевого акта, составляющего его обязанность. Но эта проблема явным образом не затрагивает наш предмет, так как мы обсуждаем ситуацию фактической передачи вещи без права на нее: покупатель и не требует от продавца ничего иного. Теоретически возможная ситуация отказа продавца исполнить договор купли-продажи по мотиву обнаружившегося у него отсутствия права собственности также не является предметом нашего рассмотрения.

³ В этом смысле можно привести замечание И.Н. Трепицына, анализирующего генезис *constitutio possessorium*, о том, что этот механизм (через представительство продавца для покупателя) занял «место между требованием *traditio*, с одной стороны, и отрицанием такого же действия за *nudum pactum*, с другой стороны» (Трепицын И.Н. Указ. соч. С. 106). Конечно, здесь не создана третья система передачи, но показана существующая между ними переходная сфера, подчиненная системе частных соглашений.

Но если невозможно получить собственность от того, кто ее не имеет (не важно, продавец это или традент), то, по-видимому, мы сталкиваемся с фундаментальным принципом.

Приходится признать, что проблема вовсе не связана с исполнением и соответственно не может быть решена ни путем противопоставления договора об отчуждении и передаче вещи (распорядительного акта) как акта исполнения, ни путем уничтожения обязательства вследствие невозможности исполнения.

Оказывается, что рассматриваемая проблема вовсе не лежит в плоскости исполнения, поскольку исполнение — это все же внешнее, объективное действие (бездействие), материальный феномен, «физический акт», по выражению Г. Шершеневича. А переход (точнее, конечно, возникновение) права — явление идеальное. Он может быть результатом исполнения, но не является самим актом исполнения обязательства.

Оказывается, что возможность распоряжения зависит лишь от двух обстоятельств: наличия у отчуждателя права на отчуждение и воли на отчуждение¹. Оба эти обстоятельства составляют содержание самого договора купли-продажи как соглашения о судьбе вещи. Соответственно в рамках купли-продажи и происходит отчуждение. Перенесение момента перехода права на стадию исполнения договора является уже частным техническим решением, продиктованным прежде всего стремлением избежать разъединения собственности и владения, которое всегда влечет «тяжелые осложнения»², соображениями правопорядка. Проявляется роль, которую играет в обороте владение³, в том числе — роль владения как знака собственности. Теми же соображениями должны объясняться и система регистрации, и многочисленные исключения из правила традиции.

Действительно, если мы представляем механизм правопреемства как цепь распорядительных актов (распорядительных сделок), то нет никаких оснований относить эти акты (сделки) исключительно на стадию исполнения, устранив их из состава договоров. Ведь и в качестве действия по исполнению обязательства распорядительный акт лишь мысленно присоединяется к традиции. Фактически этот акт (а по своей природе исполнение — это обязательно факт!) никогда не выделяется, т.е. не существует в качестве факта, явления материальной действительности. Как мы убедились, никакого другого действия (в том числе сделки), кроме традиции, продавец не осуществляет. Еще труднее ему найти место в тех договорах, в которых стороны отказались от традиции. Например, если право собственности переходит против платежа покупателя, то какой дополнительный акт требуется от продавца? Я уже не буду обсуждать случаи регистрации права⁴ при об-

¹ Даже утрата собственником владения не является принципиальным препятствием к отчуждению (§ 931 ГГУ), хотя в ГК РФ и содержится иное решение в силу исключения цессии права на вещный иск.

² *Дернбург Г.* Пандекты. Т. 1. Ч. 2: Вещное право. С. 110.

³ Известно, что любые решения, которые так или иначе дают приоритет владению, тем самым так или иначе ухудшают позиции собственника. Исходя из этого мы можем квалифицировать систему абстрактной традиции, в отличие от консенсуальной передачи собственности, как решение, ограничивающее права собственника в угоду обороту.

⁴ Здесь нет традиции, но теория абстрактной распорядительной сделки универсальна: она не может не предполагать, что распоряжение происходит при совершении традиции именно потому, что оно происходит при любом распоряжении (отчуждении), что распорядительная сделка совершается всегда для

струкции продавца, не желающего утраты собственности, либо случаи передачи владения до купли-продажи.

Да и чистая традиция может быть заменена иском об истребовании вещи в порядке ст. 398 ГК. Понятно, что объяснение, согласно которому продавец, не желающий выдать проданную вещь, совершает тем не менее распорядительный акт по наделению покупателя собственностью в момент, когда вещь отбирается у него судебным приставом, было бы крайне неубедительным.

На самом деле все перечисленные доводы доказывают, конечно, достаточность купли-продажи для перехода собственности и без всякого дополнительного волеизъявления продавца. Но если это так, то у продавца и не было никакой обязанности по «передаче права собственности», кроме передачи самой вещи.

Наконец, возникает вопрос: а мог бы традент не совершить распорядительного акта в процессе традиции? Например, в том случае, если, передавая вещь в силу совершенной купли-продажи, традент уже не имеет воли на отчуждение. Мы приходим к поразительному выводу, что это невозможно: поскольку традиция действительна сама по себе (или, точнее, совершена надлежащим образом), никакой акт, исключающий отчуждение, невозможен. Следовательно, не только покупатель лишен возможности потребовать совершения распорядительной сделки, но и традент лишен возможности не совершить эту сделку. Итак, мы обнаруживаем, что обязанность по передаче права собственности, выделенная из содержания купли-продажи, сама по себе не может быть не только исполнена, но и не может быть нарушена. Но невозможно волеизъявление, совершаемое помимо или даже против воли. После этого вывод об иллюзорности обязанности «по передаче права собственности» и соответственно о чисто фиктивном характере абстрактной традиции оказывается вполне естественным и единственно возможным.

Остается одно предположение: отказ от собственности в пользу покупателя совершается посредством самой продажи как волеизъявления, направленного на отчуждение вещи¹. Постольку, поскольку затрагиваются интересы третьих лиц как участников оборота (но, конечно, не как возможных нарушителей²), положительный закон вводит правило о моменте перехода собственности, увязывая риски сторон договора с отклонениями от этого правила, при том, что само правило устанавливает пределы риска собственника. Волеизъявление об отчуждении является,

перехода права. Впрочем, «имплицитно» соглашение об отчуждении действительно всегда наличествует в продаже; проблемы возникают лишь тогда, когда его пытаются отделить от договора купли-продажи.

¹ Именно создание механизма, делающего возможным несовпадение момента соглашения и момента перехода собственности, и явилось громадным достижением классического права, давшим торговле невиданный простор и неисчерпаемые возможности; но несовпадение моментов продажи и перехода собственности отнюдь не означает, что переход собственности всегда требует еще одного специального волеизъявления. Более того, само развитие традиции, превращение ее из «бесцветной фазы» (метафора принадлежит М. Казеру) в юридический факт, переносящий собственность, происходили как раз на почве сохранения традицией значения исполнения обязательства. Дальнейшее развитие уже выступало как система исключений из правила традиции; таким образом возникла и консенсуальная система. Но вот к дополнению традиции еще одной сделкой, да еще и точно совпадающей с ней по содержанию, никакое развитие пока еще не привело.

² Эта часто употребляемая ссылка на третьих лиц, обязанных воздерживаться от нарушения абсолютного права, неверна сама по себе, не имеет отношения к нашему вопросу и потому, что нарушать нельзя не только собственность, но и владение, в том числе незаконное.

следовательно, единственным изъявлением воли на отчуждение, но не единственным юридическим фактом, необходимым для вещного эффекта.

Но общим принципом, из которого исходит любой закон, остается принцип исключения продажи (отчуждения) чужого, так как это обстоятельство, как уже говорилось, противоречит самим основам права — недопустимости лишения права лица, которое на это не выразило своей воли. Ведь продажа чужого, не без оснований квалифицировавшаяся римскими юристами как кража¹, невозможна не по физическим, техническим причинам, а по причинам принципиальным — в силу запрета на лишение права против воли обладателя права. Если этот фактор существует в момент продажи — ничтожна продажа. Если он возникает в момент передачи — ничтожна передача. Конструируя возможность обязательства по продаже чужой вещи, часто забывают, что чужой вещью может быть только вещь наличная (не будущая) и индивидуально-определенная. Поэтому признавая возможность обязательства по отчуждению чужой вещи, придется признать возможность отчуждения не вообще чужой вещи (такой просто не бывает), а именно вот этой самой, известной чужой вещи, и без всякого подразумеваемого условия, что она будет приобретена у настоящего собственника, ведь тогда покупатель именно к этому иному собственнику и обратился бы: должно признаваться обязательство именно о передаче данной чужой вещи. А такого обязательства быть не может, такой иск заведомо недопустим именно из-за отсутствия соответствующего обязательства. Если суд обнаруживает, что вещь чужая, он отказывает в иске из-за отсутствия обязательства. Если не сможет обнаружить, то решение тем не менее незаконно по тем же причинам. Впрочем, никто и не осмеливается признать такого иска и такого обязательства (что одно и то же).

Недавно высказанные, впрочем не впервые, предложения, обоснованные, конечно, германским, а не российским правом, считать действительным договор купли-продажи чужого имущества при том, что «распорядительная сделка по передаче ничтожна»², наталкиваются на сомнения в том, что передача — это сделка, тем более — распорядительная, которая скорее вовсе не известна ГК РФ. Об этом уже много говорилось выше.

У авторов, кроме того, видимо, не вызывает сомнения идея, что передача чужой вещи невозможна и такая передача охватывается нормами о невозможности исполнения. Между тем, как показано выше, предметом спора договоры о продаже чужой вещи становятся всегда после передачи, и невозможность ее совершения, стало быть, никогда фактически не обнаруживается.

Поскольку авторы стремятся сформулировать предложения для практики, хотелось бы все же понять, какие рекомендации они намерены дать российским судам при рассмотрении иска продавца о взыскании денег за продажу заведомо чужой недвижимой вещи. Неужели взыскать?

¹ Английские юристы XVII—XVIII вв., обосновывавшие недопустимость лишения собственности против воли собственника, ссылались также на нарушение восьмой заповеди, что для убежденных христиан — еще более серьезный аргумент. В науке российского уголовного права продажа товара, принадлежащего другому лицу, рассматривается как мошенничество (см.: *Лопашенко Н.А.* Преступления в сфере экономики. М., 2007. С. 131).

² *Егоров А.В., Ерохова М.А., Ширвиндт А.М.* Обобщение применения арбитражными судами норм ГК РФ о вещно-правовых способах защиты права // Вестник гражданского права. 2007. № 4. С. 112–113. Само это предложение сделано, насколько можно судить, исключительно для целей эвизкции.

А какой иск может предъявить покупатель чужой вещи? По мысли авторов, реституция здесь невозможна, ведь договор действительный, а передача по действительному договору, как показано выше, реституции влечь не может. Да и сама реституция делает излишней всю конструкцию «распорядительной» абстрактной сделки, как об этом верно говорит М. Смирнова¹.

Если это иск о понуждении передать право, то в чем же он состоит и как его исполнить?

Несколько отвлекаясь, нужно заметить, что исключается именно продажа чужого. Эту ситуацию не следует отождествлять с ничтожностью продажи вещи лицом, которое не является собственником (но при этом нет другого собственника, нет, стало быть, и чужого имущества).

Для уяснения этого суждения можно обратиться к такому делу. Оспаривалась купля-продажа здания, совершенная юридическим лицом по тому основанию, что регистрация этого юридического лица была признана недействительной, и потому, по мнению истца, продавец не мог быть собственником, так как не обладал правоспособностью в момент отчуждения. ВАС РФ не согласился с судебными актами, принявшими такую позицию, ссылаясь в основном на то, что признание недействительной регистрации не влияет на действительность сделок юридического лица². В то же время можно было указать и на то, что здесь заведомо нет продажи чужого и потому весь ригоризм обсуждаемого правила исчезает.

Обсуждавшиеся выше примеры об освобождении продавца от обязанности доказывания собственности (например, на товар, выступающий в виде вещей родовых и потребляемых) показывают, что такое освобождение не исключают ничтожности продажи чужого, но как раз предполагают продажу без нарушения права собственности.

Мы обсуждаем, повторюсь, продажу вещи, находящейся в момент продажи в собственности иного, третьего лица.

Если стороны или хотя бы один покупатель ошибочно полагают³, что владение товаром подтверждает собственность продавца, то тем самым уже исчезает всякая почва для действительной продажи. Такая продажа сама по себе ничтожна, так же как и продажа заведомо чужой вещи, до всякого исполнения; а исполнение уже ничего не может ни добавить, ни отнять у ничтожного акта.

Условие (все равно: отлагательное или отменительное) способно лишь дополнить юридический состав, но никак не заменить в нем один факт на другой, да еще без осознания этой замены сторонами сделки. Иными словами, если сделка совершается без собственности на товар у продавца, то это обстоятельство (отсутствие права собственности) наряду с прочими и является предметом соглашения. Тогда стороны вправе оговорить последствия возникновения или невозникновения соб-

¹ Речь идет о связи реституции с каузальностью передачи в ГК РФ. См.: *Смирнова М.А.* Соотношение обязательственных требований в российском гражданском праве // Актуальные проблемы гражданского права: Сб. статей. Вып. 7 / Под ред. О.Ю. Шилохоста. М., 2003. С. 190.

² Вестник ВАС РФ. 2006. № 6. С. 49–55. Дело № 6623/05.

³ Я рассматриваю именно эту гипотезу как наиболее фактически распространенную. Но с позиций ст. 454 ГК РФ, как это было показано выше, не важно, насколько точно стороны осведомлены о принадлежности вещи, если только сам факт принадлежности не приобрел качество условия договора (продажа вещи, которая будет приобретена в будущем, и т.п.).

ственности у продавца. Но вот если стороны (хотя бы одна сторона) полагают, что собственность у продавца есть, а ее нет, то нет и соглашения о переходе собственности. Именно в этом пункте обнаруживается принципиальная ничтожность отчуждения чужого имущества.

Как уже говорилось, можно искусственно, фиктивно вычленив из соглашения об отчуждении вещи распорядительную сделку и таким образом отделить договор от отчуждения (хотя при этом неизбежно наблюдается упомянутое выше «удвоение»¹ волеизъявления об отчуждении), тогда ничтожность отчуждения не будет затрагивать договор, а будет отодвинута на стадию передачи (исполнения).

Резоны такого приема очевидны: продавец несет ответственность за отсутствие реального эффекта, а покупатель получает иск об убытках, таким образом риск отсутствия правомочия на отчуждение возлагается на продавца, что совершенно оправданно и удобно для оборота; приобретатель имеет титул, основанный на действительной сделке, что создает ему устойчивую легальную позицию и помимо механизма приобретательной давности, таким образом сохраняется факультативная возможность продажи только спокойного владения с теми удобствами этого механизма, которые известны из римского права². Можно указать и другие преимущества.

Именно удобства этого решения оправдывают его, но при этом его никак нельзя считать точной юридической интерпретацией купли-продажи. Напротив, точное следование базовым принципам права, заставляющее признать ничтожность купли-продажи чужой вещи и оставляющее традиции свойства лишь исполнением договора, а не абстрактного распорядительного акта (как вариант – фиктивно сопровождающего традицию), создает большое количество практических осложнений. (Принципиальность, как известно, чаще всего создает именно неудобства³; удобная принципиальность кажется, пожалуй, неким оксюморонам.) Часть таких

¹ Понятно, что удвоение создает теоретические осложнения, сильно угрожающие стройности конструкции. Поэтому довольно часто его стремятся не заметить либо так или иначе затушевать. Видимо, именно этим можно объяснить замечание Я. Шаппа о том, что «упоминание особого правоприращения (здесь – требования. – К.С.) о передаче владения в § 433 ГГУ выполняет лишь разъяснительную функцию для того случая, когда с переходом права собственности передается и владение» (*Shann Я.* Основы гражданского права Германии: Учебник. М., 1996. С. 67). Для теоретика, излагающего германскую модель, более важным оказывается спасение чисто юридической обязанности – о «передаче права собственности». Тогда приходится жертвовать совершением традиции и описанием ее в законе квалифицировать не как норму права, а как «разъяснение».

Тем не менее, когда автор рассматривает «соглашение о переходе собственности» как вещный договор, он заявляет, что при этом «одна из сторон делает другой стороне соответствующее предложение о заключении договора и другая сторона принимает такое предложение» (Там же. С. 66). Однако учитывая, что и акцепт, и оферта – это внешние действия, «физические акты», желательно было бы узнать, в чем же они проявляются вовне. Но об этом автор умалчивает. Приходится признать, что даже жертва традицией ничего не смогла исправить: конструкция все же осталась вполне иллюзорной, хотя ее практические удобства вполне очевидны, и о них Я. Шапп рассказывает все, что обычно говорится об этом в учебниках.

² При этом сохраняется и защита собственника, ограниченная только известным механизмом доброй совести приобретателя. Еще раз отмечу, что действие этого механизма прямо не связано с абстрактностью традиции (реального договора), а вытекает из нужд оборота; добрая совесть так или иначе действует в любом варианте переноса собственности как средство примирения конфликта между субъективным правом и нуждами оборота.

³ Приведу здесь оценку Д. Мейером «германского права, в котором юридический интерес нередко берет перевес над нравственными соображениями». Автор сравнивает некоторые частные правила куп-

осложнений устраняется посредством норм о действии доброй совести (добрая совесть приобретателя всегда указывает на недействительность, порочность отчуждения — этого нельзя забывать). Но некоторые тем не менее остаются, например ограничение действия эвикции (хотя купля-продажа, требующая от продавца передать не только владение, но и собственность, уже только этим вступает в противоречие с механизмом эвикции, созданным для защиты одного владения).

Изложенное позволяет, по-видимому, заключить, что представленная в ГК РФ модель приобретения собственности по купле-продаже является довольно последовательной в защите прав собственника¹ при заметном пренебрежении оборотом и защитой незаконного владения. Заметно, что при своей последовательности эта модель по сравнению с иными неудобна, порождает много практических трудностей. Можно и нужно обсуждать пути и средства смягчения этих проблем². Но нужно при этом представлять, что это потребует неперенных и довольно существенных изменений ГК РФ, который исходит все же из традиционной для отечественного права ничтожности купли-продажи чужого имущества³.

Исключает ГК РФ и удвоение воли, причем также вполне подчиняясь фундаментальным принципам (а фикция вещного договора состоит в требовании повторить волю на отчуждение, извиняемая лишь тем, что на самом деле вещный договор не совершается).

Ведь нельзя не понимать, что **однажды выраженной сделкой воли не только совершенно достаточно, но и изменить ее потом уже нельзя**. Именно поэтому невозможно, недопустимо и ошибочно в каждом действии по реализации ранее выра-

ли-продажи по русскому и германскому праву (до ГГУ, естественно) (*Мейер Д.И.* Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 2. М., 1997. С. 228).

Что касается несправедливости, порождаемой абстрактным вещным договором, то в германском праве она устраняется с помощью кондикционных исков, предоставленных потерпевшему собственнику. Таким образом, кондикция, в которой заключено «самое святое» в праве, по выражению О. Гирке, восстанавливает нравственность, нарушенную куплей-продажей.

¹ Но не идеальной и в этом отношении. Например, право продавца чужого имущества предъявить иск о признании заключенного им договора недействительным по мотиву нарушения прав собственника независимо от последнего, мало соответствует идее защиты собственности. Сама эта возможность, пока еще допускаемая ГК РФ, говорит скорее о незрелости механизма купли-продажи, чем о подчинении его неуклонной защите собственности, пусть и вопреки интересам оборота. Возникают ситуации, стало быть, когда страдают и оборот, и собственник. Впрочем, весьма эффективным средством устранения этого частного следствия могло бы быть строгое применение ст. 166 ГК РФ в части толкования права на иск (подробнее см.: Вестник ВАС РФ. 2003. № 2. С. 90).

² Мне кажется весьма уместным начать не с отчуждения вещей (тем более, что проблемы, связанные с недействительностью продажи чужого, вполне удовлетворительно решаются путем введения гарантии (с использованием, конечно, абстрактности этой гарантии) на случай эвикции, как об этом будет сказано ниже), а с отчуждения прав. Абстрактность цессии сама по себе гораздо более естественна, чем абстрактность традиции. А весьма короткий срок жизни прав требования сравнительно с вещами (вещными правами) дает и больше причин пренебречь обязательственными правами в угоду обороту.

³ Русское дореволюционное право, как уже было сказано, исходило из ничтожности продажи чужой вещи. В ГК РСФСР 1922 г. была прямо установлена консенсуальная модель: право собственности на индивидуально-определенную вещь переходило на основании договора между отчуждателем и приобретателем (ст. 66 ГК 1922 г.). Понятно, что продажа чужого имущества была тем самым исключена. При следующей кодификации хотя и была избрана система традиции (каузальной), продажа чужой вещи, тем не менее, не допускалась. Продавцом мог быть только собственник с исключением для продажи имущества в силу судебного решения (см.: *Иоффе О.С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 209; Комментарий к ГК РСФСР / Отв. ред. С.Н. Братусь, О.Н. Садиков. 3-е изд. М., 1982. С. 279).

женной воли снова и снова требовать ее выражения или подтверждения. Очевидно, что такие представления имеют в своей основе неприемлемое допущение, что сделка может быть односторонне пересмотрена после ее совершения.

На самом деле достаточно убедиться, что осуществляется обязательство, возникшее из действительного волеизъявления. Все последствия такого исполнения заранее оговорены, и никакой дополнительной воли на эти последствия требовать недопустимо. Именно на этом основан механизм передачи права собственности в ГК РФ.

Убедившись в том, что в основе передачи права собственности по ГК РФ лежит запрет на отчуждение чужого имущества, мы должны предположить, что этот запрет, отличающий нашу систему права от иных систем, скажется также и на смежных институтах, таких, например, как реституция вследствие недействительного договора об отчуждении вещи.

Само по себе действие реституции по недействительному договору с вещным эффектом не вызывает трудностей, пока полученное по сделке остается у ее сторон. Если же имущество перешло к третьим лицам, вступают в силу защищающие добросовестного приобретателя нормы. В качестве субсидиарного средства применимо также обязательство из неосновательного обогащения¹.

В связи с этим возникает частная проблема расчетов сторон купли-продажи после отсуждения третьими лицами у покупателя вещи, которую продавец не имел в собственности и потому не мог отчуждать. Поскольку сделка ничтожна, покупатель по смыслу ст. 167 ГК вправе истребовать покупную цену у продавца. Продавец же не вправе ни виндицировать вещь от третьего лица, ни предъявить к нему иск из неосновательного обогащения за свой счет, так как не является собственником вещи и не имеет законного основания пользования ею. Следовательно, его права ограничены лишь действием реституции. Главный вопрос состоит в том, может ли он истребовать по ничтожной сделке переданную вещь, если не имел на нее права собственности (или законного владения). Ведь если он имеет право требовать восстановления в прежнем положении, то тем самым получает и право требовать компенсацию, если невозможен возврат вещи в натуре (п. 2 ст. 167 ГК).

Здесь следует обратить внимание на содержание ст. 167 ГК: закон говорит об обязанности каждой стороны вернуть «все полученное по сделке», не увязывая эту обязанность с каким-либо правом другой стороны на подлежащее возврату².

¹ Полезно сравнение с германским правом: «...если в случае ничтожности отчуждения непосредственный участник сделки совершит дальнейшее отчуждение, то, конечно, добросовестные приобретатели могут воспользоваться для своей защиты известными нормами ГУ» (*Эннеккерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 2. М., 1950. С. 307). И далее для оспоримых сделок: «...оспаривающий продавец может виндицировать вещь... В противном случае продавец имеет только притязание из неосновательного обогащения и, возможно, деликтные иски» (С. 315). При оценке последнего пассажа, касающегося оспоримых сделок, нужно учесть, что ГГУ не содержит общего правила о реституции.

² Если вспомнить приведенный выше спор по поводу договора о продаже лифта, то такой поворот дела, когда возникает вопрос о ничтожности продажи по мотиву отсутствия собственности, дает, кстати, подтверждение тому, что реституция осуществляется независимо от титула, права на имущество, возвращаемое по недействительной сделке. В данном деле обе стороны, возникшие в процессе выделения из подвергнувшегося приватизации общества, имеют в крайнем случае одинаковые права на спорное имущество, если даже признать, что владение продавца не дало ему преимуществ; в этом случае

Г.Ф. Шершеневич применяет аналогичный безличный оборот: «Все, что на основании сделки было передано одним лицом другому, должно быть возвращено по принадлежности»¹.

Допуская различные причины, по которым законодатель отказался выдвинуть обязательным условием наличие права на имущества для требования его по реституции, мы склонны остановиться на том объяснении, что ближайшей целью реституции является восстановление прежнего положения. При этом обоснованно предполагается, что прежде стороны имели право на имущество, переданное по сделке; если же такого права не было, то реституция никак не мешает заинтересованным третьим лицам прибегнуть к своей защите — точно так же, как применение поссесорных средств, восстанавливая нарушенный мир, не исключает петиторного иска. Более того, если третьи лица имели не вещное, а обязательственное, т.е. личное, требование, то возврат имущества только облегчает защиту. Например, если вещь была отдана в аренду хранителем, который был обязан обеспечить ее сохранность, но не передавать ее в пользование, по какой причине аренда и является ничтожной, то после реституции, т.е. возврата вещи хранителю, возможно не только истребование вещи в натуре от хранителя, но и взыскание убытков от ее износа вследствие хозяйственной эксплуатации; при этом лицо, отдавшее вещь на хранение, не обязано доказывать свой титул (как при виндикации), а может ограничиться лишь своей легитимацией в качестве стороны в договоре хранения.

Следовательно, право стороны недействительной, в том числе ничтожной, сделки требовать переданного ею по этой сделке имущества от другой стороны, а при невозможности вернуть имущество в натуре требовать возмещения его стоимости не зависит ни от наличия у этой стороны возникшего до совершения сделки права на это имущество, ни от ее добросовестности (поскольку закон прямо не указывает на отказ в реституции как на следствие виновного поведения участника сделки).

Отсюда можно сделать вывод, что требованию покупателя отсужденного третьими лицами имущества о возврате покупной цены в порядке реституции продавец вправе противопоставить требование о возврате переданного имущества или его стоимости, причем продавец не обязан доказывать свое право на проданное имущество, поскольку речь идет о реституции. Следует заметить, что для применения механизма реституции сторона, получающая переданное ею по сделке, должна быть той же самой. В этом смысле показательно такое дело.

ТЭЦ-2 — структурное подразделение производственного объединения «Челябэнерго» совершило договор купли-продажи нежилого помещения, который впоследствии был признан ничтожным по иску прокурора, предъявленного в государственных интересах. Однако

ни одна из сторон не может предъявить полноценного титула (а бывший собственник уже ликвидирован), но ведь это никак не может значить, что реституция невозможна. Вывод о присуждении в рамках реституции только по праву безнадежно и неисправимо порочен, так как он влечет оставление вещи у получателя имущества, который также не имеет титула в силу ничтожности сделки, стало быть, защищается владение, но ведь и продавец имел как минимум владение, почему же не защитить его? Выход остается только один: *реституция производится независимо от права на вещь*.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 127. Безличный оборот, конечно, не означает, что связь по реституции утрачивает личный характер, но удачно подчеркивает внешнее, механическое действие реституции.

при обсуждении возможности реституции суд установил, что ПО «Челябэнерго» в процессе приватизации и преобразовании его в АО «Челябэнерго» не включило спорное помещение в уставный капитал. Следовательно, ничтожность сделки означает восстановление государственной собственности на спорное помещение, а АО «Челябэнерго» является частным обществом. По этим основаниям суд отказал в требовании о передаче спорного имущества АО «Челябэнерго»¹.

В приведенном постановлении содержится довод, что при применении последствий ничтожной сделки суд вправе принять решение по собственной инициативе (ч. 2 ст. 166 ГК) и «не связан с требованиями, заявленными другими заинтересованными лицами». Это, видимо, следует понимать в том смысле, что суд вправе не только отказать в иске о реституции, но и принять иное решение, о котором не просят стороны, так как иначе получится, что суд, установив отсутствие основания владеть имуществом, тем не менее оставляет его в прежнем положении, а это противоречит императивному смыслу реституции (такое понимание согласуется с признанием наличия в реституции черт публичности).

В данном случае, однако, возврат имущества государству нельзя считать корректным применением ст. 166 и 167 ГК, так как лицо, в чью пользу присуждается имущество, — государство — не сторона в сделке. Ведь государство в лице его органов, распоряжающихся собственностью, и хозяйствующие субъекты, использующие государственное имущество, не могут рассматриваться как тождественные, поскольку речь идет о совершении сделки. Защита государства как собственника не может, следовательно, осуществляться посредством реституции, если только ничтожная сделка не совершалась таким лицом, которое в гражданском обороте рассматривается как само государство (а такими лицами не могут считаться предприятия). Применительно к указанному делу виндикация кажется более уместной, особенно если учесть, что не может считаться добросовестным приобретатель, получивший имущество вопреки нормативным запретам, так как добросовестность состоит в извинительном незнании фактов; незнание права таковым быть не может.

Вот еще один пример проявления строго личного характера реституции.

Фирма ««Ник энд Си» Корпорейшн» была обязана судом возвратить полученные по сделке 35 тыс. акций АО «Завод «Ленинец»» в связи с признанием недействительным протокола чекового аукциона. В то же время суд отказал в требовании о взыскании с другой стороны сделки — Фонда имущества Санкт-Петербурга — полученных приватизационных чеков, поскольку, во-первых, они погашены, а во-вторых, «приватизационные чеки получены государством, а Фонд имущества не является тем финансовым органом, который может возместить стоимость чеков». Это решение было отменено со ссылкой на ст. 167 ГК: невозможность вернуть полученное имущество в натуре не означает освобождения от реституции, причем компенсация должна быть взыскана именно с продавца, а не с иного лица².

Если тождественность стороны не подтверждается, то право на реституцию сохраняет универсальный правопреемник. Можно, следовательно, сформулировать

¹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 7. С. 79–80.

² Вестник ВАС РФ. 1998. № 1. С. 35–36.

правило: реституция возможна постольку, поскольку налицо сторона в недействительной сделке; при ее отсутствии передача имущества иным лицам в порядке реституции недопустима. Действительно, если возвращение имущества, переданного по сделке, осуществляется не стороне в сделке, а иным лицам, то неизбежно возникает присвоение по праву, а мы ведь только что убедились, что реституция осуществляется как раз без учета права на имущество.

Что касается сингулярного правопреемства, то, по мнению Эннексеруса, «противной стороной при заявлениях об оспаривании договоров является контрагент или его наследник, но не сингулярный правопреемник»¹. Можно, однако, допустить отдельную цессию только имущественного требования из реституции, особенно если оно уже имеет форму исполнительного документа, но, конечно, не требования о признании сделки недействительной.

Весьма близок к обсуждаемой теме вопрос о последствиях совершенной продажи для собственника до момента утраты им права собственности на вещь. Не приходится говорить, что такая ситуация отнюдь не является умозрительной, поскольку между моментом заключения договора и моментом передачи вещи в порядке ее исполнения всегда проходит определенное время, в течение которого вещь остается в полном праве собственности у продавца.

Приведем такие примеры.

Собственница приватизированной квартиры продала по домашней сделке свою квартиру проживавшему в ней нанимателю. Затем она заключила соглашение об отказе от приватизации и вернула квартиру в муниципальную собственность. Узнав об этом, покупатель предъявил иск о признании действительным договора купли-продажи квартиры в связи с уклонением одной из сторон от его нотариального удостоверения (ст. 165 ГК), а также о признании недействительным соглашения о расторжении договора приватизации, как притворного (ст. 170 ГК). Суд иск удовлетворил и признал право на квартиру за покупателем.

В другом случае общество «Тай-Цзи», получившее право собственности на здание магазина по сделке приватизации, заключило соглашение с АО «Ставропольская авиакомпания» об уплате причитающихся по сделке выкупных платежей в пользу фонда имущества, взяв на себя обязательство передать магазин авиакомпании. Авиакомпания действительно выплатила стоимость магазина фонду имущества, который по заявлению общества «Тай-Цзи» переоформил свидетельство о праве собственности на имя компании.

Вскоре после этого «Тай-Цзи» продало тот же магазин обществу «Тритон», которое приняло купленную недвижимость, зарегистрировало сделку, а затем продало магазин частному лицу, которое, в свою очередь, заложило его по банковскому кредиту, и вскоре магазин был отчужден в порядке торгов. Через несколько лет АО «Авиакомпания» потребовало признать право собственности на магазин, предъявив петиторный иск очередному покупателю.

Вопрос, заключенный в обоих делах, формулируется следующим образом: имеют ли силу действия собственника, обремененного обязательством по передаче вещи, по распоряжению еще принадлежащей ему вещью иным образом? Понятно,

¹ Эннексерус Л. Указ. соч. С. 317.

что этот вопрос выходит за рамки конкретной ситуации и сопровождается едва ли не каждой сделкой по отчуждению вещи.

Конечно, собственность сама в себе содержит общественный долг; как сказано в ГГУ, «собственность обязывает». Но этот долг — именно общественный, а не частный, стало быть, право собственности может быть ограничено только законом, а не частной волей. Широко распространенное мнение, согласно которому требование к собственнику не нарушать права и законные интересы иных лиц следует понимать и в том смысле, что нельзя нарушать права кредиторов, возникшие на почве обязательств собственника, содержит в себе и признание возможности частного вмешательства постороннего лица в дела собственника — мнение антиправовое, но, к сожалению, отнюдь не чуждое нашей юридической культуре.

В силу ст. 209 ГК РФ право собственности может быть ограничено лишь законом или иным правовым актом¹. Значит, заключенный договор или иное возникшее по поводу вещи обязательство сами по себе не затрагивают право собственности², пока оно не передано в установленном порядке.

Впрочем, иногда ссылаются на выделенное Г.Ф. Шершеневичем ограничение собственности «правом участия частного»³ как на доказательство возможности ограничения права собственности посредством договора. Но если внимательно ознакомиться с источником, то нетрудно убедиться, что речь идет как раз о недоговорных формах, автор назвал их «правами соседства» (запрет на пристройку к стене чужого дома, запрет поднимать воду запрудами и т.п.).

Несколько отвлекаясь, обратимся к смыслу и функциям негаторного («отрицающего») иска. Согласно общепринятым взглядам, этот иск отрицал прежде всего сервитут, а затем и иные аналогичные обременения собственности: «...гражданско-правовая традиция с самого начала закрепила представление о том, что всякая деятельность, вступающая в конфликт с осуществлением права собственности, структурно аналогична обременению этого права собственности сервитутом, так

¹ Впрочем, по разъяснению, данному в п. 1 постановления Пленума ВАС РФ от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», иные нормативные акты, изданные после введения в действие части первой ГК РФ и ограничивающие права собственника, не подлежат применению (Вестник ВАС РФ. 1998. № 10. С. 14).

² При обсуждении этого текста пришлось столкнуться с выраженным весьма категорично суждением о том, что требование к собственнику не нарушать права и законные интересы иных лиц (ст. 209 ГК) следует понимать и в том смысле, что нельзя нарушать права иных лиц, возникшие на почве обязательств собственника перед этими лицами. Вывод из такого тавтологичного (права кредитора должны уважаться и соблюдаться любым должником) и внешне безобидного толкования оказывается, однако, довольно угрожающим для собственника: ведь, столкнувшись с необходимостью увязывать свои решения по поводу вещи с правами кредитора еще до передачи имущества, он практически лишается всякой, в том числе хозяйственной, автономии в своей имущественной сфере. С точки зрения юридической техники такое толкование также весьма сомнительно, так как оно заставляет признать «иных лиц» кредиторами, тогда как обычно законодатель имеет в виду под иными (иногда — третьими) лицами именно тех, кто не находится в относительных правовых связях с данным субъектом.

Думаю, что нет оснований присваивать норме ст. 209 ГК РФ иное, кроме вещного, содержание, что, кстати, прямо и вытекает из расположения ее в системе ГК. А вещный смысл ст. 209 ГК не оставляет иного ее толкования, чем ограничение осуществления собственности кроме закона (иных правовых актов) также такими правами и законными интересами третьих лиц, которые существуют вне относительных правоотношений с собственником: неприкосновенность личности, жилища, собственности и т.п.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 180—181.

что всякий собственник, желающий защитить спокойное осуществление своего субъективного имущественного права, должен по суду оспорить существование такого обременения»¹. Если теперь представить права кредитора по отношению к собственнику как способ ограничения собственности, то придется признать, что оспаривать такое ограничение собственнику придется с помощью негаторного иска, что, конечно, явилось бы абсурдом. Это доведение аргументации до абсурда — еще один довод в пользу того, что обязательства собственника перед третьими лицами на самом деле не ограничивают собственника.

Вообще, интерпретировать проблему ограничения права в смысле подсчета «правомочий», которые не может осуществить собственник, — это значит перейти из сферы проблемы ограничения права в сферу его реализации. Если продолжать следовать этой логике, то засуха ограничивает право использования земли и т.д. Путь этот совершенно бесплоден (еще одна тавтология), если только не иметь в виду развенчание логики триады, которое обычно неявно для себя демонстрируют ее последователи.

Точно так же «стеснение», как говорили русские цивилисты начала прошлого века, трудности в осуществлении собственности не могут считаться ограничениями, пока они не затронули свободу воли, т.е. право собственника: «затруднение никогда не уничтожает свободу воли»². Напротив, затруднение потому и может быть преодолено, что у собственника имеются неограниченные (вспомним о неограниченности права собственности) возможности, из которых он выбирает те, которые пригодны для решения возникших трудностей³.

Если же говорить именно об ограничении права, то прежде всего нужно вспомнить, что такое право, в чем оно состоит. В этом смысле право собственности означает, что в отношении вещи никому нельзя совершить ровно никаких действий помимо и вопреки воле собственника. Если же такие действия стали юридически возможны, то, стало быть, налицо ограничения собственности. Например, обладатель сервитута проходит по чужому участку, не интересуясь волей собственника. Это и есть ограничение права. Если же собственник позволяет использовать вещь, отдав ее в аренду (куда же нам деться от этой модели?), то это пользование возможно постольку, поскольку на то есть воля собственника. Значит, здесь ограничения права, т.е. возможности совершать с вещью любые действия по своему усмотрению, нет. То, что претерпевает вещь, происходит по усмотрению собственника, а не в силу ограничения его права.

Собственник лично обязывается перед лицом, получающим то или иное обязательственное право к собственнику. При этом собственник ничего не теряет из своего права собственности. Те рассуждения, согласно которым, передав вещь иному лицу или иным образом обязавшись перед ним, собственник уже лишает тем самым себя соответствующего права, базируются на неверном представлении о природе субъективной обязанности. Ведь если собственник обязался, например, перед арендатором, обеспечить ему владение вещью, то этим он подчинил себя опре-

¹ Матеи У., Суханов Е.А. Указ. соч. С. 266.

² Ансельм Кентерберийский. О свободном выборе // Сочинения / Пер., послесл. и коммент. И.В. Купреевой. М.: Канон, 1995. С. 210.

³ В отличие от обязательства, которое может прекратиться невозможностью исполнения, для права собственности такая ситуация исключена.

деленной им самим обязанности (воздержания от действия). Именно поэтому он не пользуется переданной вещью, а не потому, что у него временно «исчезло» право пользования или владения.

Варварское допущение, что право собственности позволяет собственнику в любой момент совершать любые действия в отношении вещи, несмотря на личные обязательства собственника перед иными лицами (кредиторами), является безусловно ошибочным и исходит из предельно примитивных представлений о правовом механизме. А механизм действия права базируется на том, что в отношениях двух лиц их личные (обязательственные) права и обязанности всегда защищаются прежде имеющегося у одного из них вещного права.

Очевидно, что в противном случае разладился бы весь гражданский оборот, так как собственник, взяв на себя обязательства перед другим лицом и передав ему в силу этих обязательств свою вещь, мог бы затем забрать эту вещь назад, невзирая на договорные обязанности, а просто сославшись на то, что он — собственник. Чтобы не допустить этого, и возникло как абсолютно естественное правило о том, что если собственник лично обязан совершить то или иное действие в пользу кредитора, то только эта обязанность и определяет их имущественные отношения, пока она не будет прекращена истечением срока, надлежащим исполнением или по иному основанию.

Но нужно помнить, что для кредитора ценность обязанности должника состоит в том, что этот должник — собственник. Нет никакого экономического и юридического смысла добиваться обязанности предоставления вещи в пользование (включающей обычно и определенное воздержание от использования вещи в течение оговоренного срока) от несобственника. Поэтому вместе с обязательством должника в отношении вещи должно наличествовать и право собственности должника на эту вещь. Только тогда такое обязательство будет отвечать интересу кредитора, заставляющему его вознаградить взятие собственником обязательства на себя. В течение всего действия договора право собственности на стороне должника является основанием обязательственной связи сторон и, стало быть, не только не утрачивается собственником (должником) в какой-либо части, но именно реализуется, актуально осуществляется, разворачивается в полноте своих возможностей.

Об ограничении права собственности можно, стало быть, говорить лишь тогда, когда воля собственника оказывается исключенной, когда даже не нужно и знать, согласен ли собственник на совершаемые в отношении его вещи действия. Именно такая ситуация характеризует вещные права: обладатель вещного права имеет дело непосредственно с самой вещью, нимало не заботясь о том, согласен ли собственник на то, что с его вещью совершается. А в обязательственных отношениях согласие собственника — решающее условие доступа к вещи, воля собственника на все, что совершается с вещью, постоянно предполагается, и опровержение этого предположения сразу же превращает воздействие на вещь в неправомерное. Поэтому на почве обязательств собственника с иными лицами по поводу вещи в принципе не может появиться ограничения права собственности. Ведь ограничение права собственника сразу лишает его права договориться об использовании вещи в объеме ограничения, превращая договор в ничтожный¹.

¹ Так, будет ничтожным договор о залоге вещи, переданной в оперативное управление.

Договор, следовательно, может ограничить право собственности, только если он привел к созданию вещного права (сервитут, право хозяйственного ведения и др.), как справедливо замечает А.И. Бибииков¹. Но в этом случае собственность ограничивается уже не договором, а законом, и эти ограничения имеют силу для всех обладателей вещного права независимо от того, заключали ли они данный договор или приобрели сервитут либо другое вещное право по иным основаниям². Можно предположить, что ограничение собственности, установленное вещным правом, потому лишает собственника права на эквивалентное возмещение (хотя и не исключает возмездности), что его воля в сфере ограничения становится пассивной, тогда как в обязательственных договорах о вещи с третьими лицами собственник имеет полную свободу воли, полноту своего права.

Итак, если распорядительный акт собственника не противоречит закону, он не может быть признан недействительным лишь в силу ранее возникшего обязательства о той же вещи, «продавец сохраняет право на проданную вещь до передачи и потому может снова продать ее и тем лишить покупателя приобретенного права, предоставляя ему только право требовать вознаграждения»³.

На этом основании сформулировано известное правило: «Договоры, по которым стороны обязываются не отчуждать известной вещи, не имеют вещного эффекта; отчуждение, совершенное вопреки им, действительно; нарушение договора порождает лишь иск об убытках»⁴. В том же плане высказывается и Пленум ВАС РФ, указывая в п. 14 своего постановления от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственно-

¹ Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву: Материалы круглого стола // Государство и право. 1998. № 8. С. 60.

² Обсуждая вопрос о соотношении сервитутов с правами участия частного, А.В. Копылов приходит к выводу, что несмотря на черты сходства с сервитутом, права участия частного все же ближе к легальному ограничению прав собственника, так как обладатель права участия частного не выходит за пределы своего права собственности и в случае нарушения защищается прогибиторным иском собственника; кроме того, в отличие от сервитута, обычно устанавливаемого договором, права участия частного возникают в силу указания закона (см.: *Копылов А.В.* Сервитуты в римском, русском дореволюционном и современном гражданском праве // Древнее право. 1997. № 1 (2). С. 100–101). Как можно видеть, никаких оснований рассматривать права участия частного как способ ограничения права собственности посредством договора и в этом случае не имеется.

³ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. С. 183. Там же автор приводит объяснение такому положению: в противном случае возникнут еще большие проблемы, ведь если допустить, что собственность переходит с заключением договора, а не с передачей вещи, то продавец все равно может снова продать вещь, и хотя тогда этот второй договор и будет недействительным, но пострадает уже второй покупатель. «А между тем легче было первому покупщику предупредить подобное стечение прав приобретения владения, чем второму собрать сведения о принадлежности приобретаемой вещи».

⁴ *Хвостов В.М.* Система римского права. М., 1996. С. 242. В том же смысле высказывается О.С. Иоффе: «При возникновении по поводу одной и той же, но еще никому не переданной вещи правоотношений с несколькими лицами применяется правило старшинства: вещь передается контрагенту, в пользу которого обязательство возникло раньше, а когда старшинство установить невозможно, оно признается за контрагентом, раньше других предъявившим иск об отобрании вещи. Если же она передана одному из контрагентов, право на ее отобрание отпадает у всех контрагентов по другим договорам» (*Иоффе О.С.* Обязательственное право. С. 62).

Нельзя поэтому не согласиться с суждением С. Цыганкова: «Сами по себе сделки до момента перехода (прекращения) права собственности на вещь, как правило, не ограничивают прав собственника по распоряжению вещью и потому не могут рассматриваться в качестве ограничений» (*Цыганков С.* Что же все-таки регистрировать? // *эж-Юрист.* 1999. № 9. С. 3).

сти и других вещных прав», что, если после передачи имущества, но до регистрации перехода права собственности продавец распорядится вещью, он несет ответственность за неисполнение «нового договора об отчуждении вещи»¹.

Может показаться, что это предпочтение «старого договора» имеет вещную природу, но это не так: «старый договор» в данном случае обеспечен владением, имеющимся у покупателя, следовательно, продавец, уже лишенный владения, заведомо не может исполнить «нового договора» и только несет по нему договорную ответственность за неизбежную невозможность передачи вещи; но вся ситуация в целом все же еще не означает изменения в вещных правах — они наступают не раньше регистрации. Поэтому трудно согласиться с С.Ф. Савкиным, толкующим это положение названного Постановления в том смысле, что сделки продавца по иному распоряжению своим имуществом следует признавать недействительными, потому что они представляют собой злоупотребление правом (в данном случае — сохраняющимся правом собственности), по основаниям ст. 10 ГК².

Во-первых, такое толкование находится в прямом противоречии с разъяснениями Пленума ВАС РФ, который говорит не о недействительности договора, а об ответственности за его неисполнение: ведь не может быть ответственности за неисполнение недействительного договора. Реституция формой ответственности не является.

Во-вторых, ст. 10 ГК, на которую ссылается автор, вводит совершенно конкретное последствие злоупотребления правом — отказ в его защите (применительно к праву собственности — это отказ в вещном иске, скорее всего негативном). А отказ в защите права во всяком случае означает, что само право существует, оно не утрачено. Более того, право и не ограничено, именно по этой причине совершенный распорядительный акт, хотя и может утратить при обстоятельствах, указанных в ст. 10 ГК, способность к защите, в прочих отношениях, однако, сохраняет юридический эффект, является действительным.

Злоупотребление правом, наконец, никогда не подразумевается, но должно быть еще доказано. Например, если первый договор между покупателем и продавцом будет расторгнут и вещь возвращена (а такая возможность не исключена, например в случае неплатежа), то второй покупатель, конечно, имеет право требования передачи ему вещи, опираясь на совершенный ранее договор. Здесь налицо заключение второго договора купли-продажи по вполне уважительной причине, без какого-либо намерения причинения зла: в п. 15 Постановления от 25 февраля 1998 г. № 8 указывается на возможность расторжения договора купли-продажи недвижимости по мотиву неплатежа при определенных условиях даже после регистрации перехода права собственности³, тем более это возможно до такой регистрации⁴. Представим теперь, что продавец, начав процесс о растор-

¹ Вестник ВАС РФ. 1998. № 10. С. 18.

² Савкин С.Ф. Судебно-арбитражная практика по спорам, связанным с защитой права собственности и других вещных прав // Вестник ВАС РФ. 1998. № 10. С. 68; *Он же*. Судебно-арбитражная практика по спорам, связанным с применением законодательства о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // *эж-Юрист*. 1999. № 7. С. 5.

³ Вестник ВАС РФ. 1998. № 10. С. 18.

⁴ Например, практически оправданно поведение продавца, передавшего вещь, но уклоняющегося от регистрации перехода недвижимости до оплаты проданного. В этом случае попытки покупателя ускорить регистрацию можно рассматривать как злоупотребление.

жении договора, получает предложение продать ту же вещь новому покупателю. Разве этот второй договор при таких обстоятельствах можно рассматривать как злоупотребление правом?

Выходя за рамки вопроса о второй продаже, должен заметить, что в принципе невозможно признание сделки недействительной в силу ст. 10 ГК РФ. Ведь норма ст. 10 ГК РФ имеет в виду злоупотребление субъективным правом; субъективное право имеет в любом случае какой-то объект из указанных в ст. 128 ГК. Между тем для совершения сделки не устанавливается субъективное право, совершение сделки объектом права не является, а осуществляется в силу дееспособности (сделкоспособности). Отсюда следует понятный вывод: совершение сделки не представляет собой осуществления субъективного права, а значит, не может быть и злоупотребления правом посредством совершения сделки¹.

Возвращаясь к ситуации вторичной продажи, следует согласиться с верным замечанием В. Витрянского: «Если сделки по распоряжению недвижимым имуществом, переданным покупателю, совершаются продавцом, то они не могут быть признаны недействительными. При этих условиях будет невозможно исполнение обязательств, вытекающих из таких сделок, по обстоятельствам, зависящим от продавца, что влечет ответственность последнего перед кредиторами за неисполнение обязательств»².

Однако пока в судебной практике все же сохраняется инерция упрощенного понимания права собственника на распоряжение вещью.

Например, был зарегистрирован договор купли-продажи квартиры, который, однако, исполнен не был; не было и государственной регистрации перехода права собственности. После этого продавец продал ту же квартиру другому лицу, но в регистрации этого второго договора было отказано. Иск о понуждении к регистрации был отклонен, хотя продавец вполне корректно ссылался на то, что хотя договор и заключен, но не исполнен, и он остался собственником. В обоснование своего решения суд сослался на то, что «Единый государственный реестр прав должен содержать не противоречащие друг другу регистрационные записи о правах на недвижимое имущество, об обременении этих прав и о сделках с таким имуществом. Наличие в Едином государственном реестре прав записи о зарегистрированном договоре купли-продажи квартиры препятствует совершению записи о регистрации нового договора купли-продажи той же квартиры, заключенного тем же продавцом, до тех пор, пока регистрационная запись о более раннем договоре не будет погашена записью о прекращении упомянутого договора ввиду его расторжения, отказа от него одной из

¹ Иную позицию занимает ВАС РФ, полагая возможным признать недействительной сделку по ст. 10 ГК (п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127). На мой взгляд, договор, оспариваемый в приведенном в п. 9 деле, скорее является притворным (иск первоначально заявлялся о признании договора мнимым). Кроме того, в данном случае можно говорить только о злоупотреблении *полномочием* (речь идет об органе юридического лица), а не правом. Полномочие — это не субъективное право (этот вопрос рассматривается в книге), причем именно в части оспаривания сделок и в части применения п. 1 ст. 10 ГК это особенно видно и особенно важно.

Впрочем, в настоящее время тенденция признавать сделки недействительными по ст. 10 ГК, несомненно, существует. Можно ожидать и расширения ее за счет квалификации недобросовестности сторон как незаконности сделки.

² Витрянский В. В. Договор продажи недвижимости // Вестник ВАС РФ. 1999. № 9. С. 79.

сторон или прекращения по другим основаниям. Поэтому учреждение юстиции правомерно отказало сторонам нового договора в его государственной регистрации»¹.

Как можно судить, ВАС РФ, помещая это дело в обзор, поддерживает позицию суда первой инстанции. Между тем вывод суда отнюдь не очевиден. Нет никакого противоречия в том, что продавец более одного раза продает вещь. Поэтому регистрация этих договоров не противоречит ни смыслу ГК РФ, ни смыслу государственной регистрации оборота недвижимости. Напротив, отказ в регистрации очевидным образом ущемляет интересы участников оборота.

Во-первых, органы государственной регистрации не должны брать на себя защиту прав частных лиц, в том числе первого покупателя, который вправе потребовать исполнения договора. Если он этого не делает, то тем меньше оснований защищать его государственному органу.

Во-вторых, второй покупатель лишается права на требования из договора, который после отказа в регистрации оказывается незаключенным.

В-третьих (и это более важно), оборот недвижимости вынужденно загоняется в тень и уходит из-под публичного контроля. Но ведь одна из главных задач системы регистрации недвижимости — сделать весь оборот недвижимости открытым и публичным. Непонятно также, по какому основанию продавец мог бы требовать расторжения договора, которое рекомендовано судом. Даже невыполнение обязательства по оплате квартиры или иной вещи, как известно, не дает права на расторжение договора купли-продажи. Ни закон, ни деловая практика не предусматривают и одностороннего отказа от купли-продажи. Но невыполнимость данных судом рекомендаций — лишь одно из обстоятельств, подтверждающих сомнительность приведенного решения.

Главное состоит в том, что наличие нескольких записей о продаже одной и той же недвижимости в наибольшей степени отвечает как нуждам оборота и его участников, имеющих возможность учесть это обстоятельство при вступлении в договор с продавцом, так и смыслу закона, не случайно разделяющего регистрацию договора² и регистрацию перехода права собственности.

Изложенное позволяет уверенно присоединиться к классикам русской цивилистики: собственник вправе распорядиться своей вещью, несмотря на уже возникшее у него обязательство по передаче этой вещи. В этом случае права кредиторов подчиняются старшинству, но владелец имеет преимущество перед всеми. Причиненные кредиторам вследствие неисполнения договора убытки возмещаются должником.

На самом деле, если рассмотреть дальше механизм действия возврата вещи, то можно убедиться, что иное решение приведет в тупик. Если учесть, что приобретатель вещи от собственника обычно действует добросовестно, т.е. не знает о наличии каких-либо препятствий к отчуждению вещи, то истребовать от него полученное практически невозможно в силу ст. 302 ГК.

¹ Информационное письмо ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59. Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (п. 4) (эж-Юрист. 2001. № 9. С. 5–6).

² Если договор не подлежит регистрации, то проблема сама собой отпадает; между тем это все же вопрос частного права, а не публичного, которое регулирует отношения в сфере государственной регистрации.

Кроме того, сама возможность такого истребования — виндикационный иск — принадлежит только собственнику, а покупатель, пока не получил вещи путем традиции (передачи) в установленном порядке, не приобретает права собственности и соответственно не имеет виндикационного иска. Возврат же полученного по недействительному или даже расторгнутому договору — это право стороны в договоре, но не третьих лиц. В этом случае такой стороной выступает продавец (собственник), должник по договору купли-продажи, а он, естественно, не намерен возвращать назад совершенную им сделку. Стало быть, если бы даже мы допустили в нарушение ст. 209 ГК возможность аннулирования сделки, совершенной собственником по мотиву ранее возникшего у него обязательства о той же вещи, способ передачи купленной, но не переданной вещи от третьих лиц покупателю все равно не был бы найден.

Эти рассуждения лишний раз убеждают, что любые оговорки (и на самом деле нередко включаемые) в договоре о запрете иным образом распорядиться отчуждаемой вещью не имеют абсолютной силы и не влекут недействительности действий собственника, совершенных до утраты им права собственности на вещь (хотя могут влечь ответственность за причиненные убытки).

Исключения составляют лишь акты публично-правового характера, например арест вещи¹. В силу § 136 ГГУ запрет на отчуждение, исходящий от суда или административного органа в пределах их компетенции, приравнивается к законному запрещению отчуждения².

Но собственник вправе не только несколько раз продать свое имущество, но и распорядиться иным образом, например сдать в аренду.

К сожалению, имеющаяся практика признания второй сделки аренды недействительной по ст. 168 ГК, «поскольку она заключена во время действия договора аренды того же имущества», показывает, что здесь по-прежнему спор расценивается как спор о праве, а не о владении, которым он на самом деле является.

Между тем практика аннулирования второго договора аренды потому, что имеется первый, не находит подтверждения в позитивном законе, ведь нормы об аренде не содержат такого запрета, а в силу п. 3 ст. 611 ГК возможно принудительное истребование арендованного имущества только из владения арендодателя, но не третьих лиц. Это означает, что если заключенный договор аренды не исполняется арендодателем из-за того, что вещь находится в законном владении другого лица, в том числе другого арендатора, то договор досрочно расторгается (ст. 611, 620 ГК) со взысканием убытков. Такие последствия гораздо в большей степени отвечают и интересам арендатора, и правопорядку в целом, чем обсуждение действительности заключенных договоров аренды. Впрочем, и следуя по этому ошибочному пути, суд все равно вынужден прежде всего принимать во внимание, какой из договоров «фактически исполнялся» сторонами, как указал суд в том же деле³, т.е. ориенти-

¹ Хвостов В.М. Указ. соч. С. 242.

² Л. Эннекцерус, комментируя эту норму ГГУ, подробно анализирует вызываемую ею «относительную недействительность», затрагивающую лишь лиц, в чьих интересах установлен арест (Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 103–104). Тем самым ГГУ вводит как бы переходное положение от абсолютного запрета отчуждения, вводимого законом, к договорному, не имеющему вовсе вещной силы. На почве нашего права мы можем лишь приравнять действие ареста к законному ограничению в смысле ст. 209 ГК.

³ Вестник ВАС РФ. 2000. № 8. С. 21.

роваться на ситуацию владения. Ведь если первый арендатор продолжает владение имуществом по действующему договору, то законных средств забрать у него арендованную вещь ни у собственника (арендодателя), ни у второго арендатора, конечно, не имеется.

Кроме достаточно широко распространенных представлений об ограничении права собственности совершенной куплей-продажей или арендой высказывается и другое сходное мнение — о невозможности собственнику распорядиться сданной в аренду вещью без согласия арендатора. Этот взгляд обоснован ссылкой на недопустимость передачи обязательств по договору без согласия кредитора (ст. 391 ГК): арендодатель несет известные обязанности перед арендатором (капитальный ремонт вещи и др.) и потому не вправе передать собственность на арендованное имущество, а вместе с нею и следующий за ней договор аренды, без согласия арендатора¹.

Эта позиция не может не вызвать сомнений и не только потому, что она находится в прямом противоречии с текущей хозяйственной практикой: известно, что передачи крупных имущественных комплексов, полностью или частично находящихся в аренде, без учета воли арендаторов имеют массовое распространение, и совершенно невозможно примирить эту реальную практику с высказанной позицией. Например, как быть, если в проданном или переданном безвозмездно жилом или нежилом здании часть арендаторов согласна на отчуждение, а часть возражает против этого? Очевидно, неприменима идея получения согласия арендаторов на отчуждение вещи в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация и ликвидация юридических лиц), в случаях обращения взыскания кредиторов на имущество, находящееся в аренде, и во многих других случаях.

Не убеждает и отсылка к норме, запрещающей залогодателю распорядиться предметом залога без согласия залогодержателя. Во-первых, как точно заметил Г. Шершеневич, этот запрет вовсе не составляет существа залога. Во-вторых (и здесь это главное), законодатель в п. 2 ст. 346 ГК лишь подтверждает универсальность нормы ст. 209 Кодекса: собственник может совершать в отношении своего имущества любые действия, если они не противоречат закону, следовательно, нельзя делать далеко идущие выводы о запрете собственнику распоряжаться судьбой своей вещи только потому, что она находится во владении иных лиц², перед которыми собственник несет какие-либо обязательства, если для подтверждения таких выводов невозможно сослаться на норму прямого действия, подобную норме п. 2 ст. 236 ГК³.

Наконец, непонятно, зачем законодателю понадобилось устанавливать гарантии арендатору в норме ст. 617 ГК (вокруг которой и построена вся концепция автора), если и без этого действует механизм ст. 391 ГК.

¹ Сенчищев В. К вопросу о переводе долга арендодателя при продаже арендованного недвижимого имущества // *Эж-Юрист*. 1998. № 40. С. 2—3.

² Здесь, впрочем, имеется действительно ограничивающий собственника механизм, который оставлен без обсуждения В. Сенчищевым: если арендатор вполне владеет вещью, то собственник не сможет совершить передачи этой вещи (традиции) приобретателю, пока не изымет вещь из владения арендатора, а это значит, что и приобретатель в силу ст. 223 ГК РФ не сможет приобрести собственность.

³ Впрочем, наличие иного вещного права, кроме залога, ограничивает право собственности. В известных случаях эти ограничения затрагивают и возможность совершения сделок по отчуждению или клонящихся к ним. Скажем, учреждение, имеющее имущество на праве оперативного управления, вправе оспаривать совершенный учредителем залог имущества, переданного учреждению.

Вывод видится все же иным: право следования, установленное ст. 617 ГК в интересах арендатора, подтверждает право собственника распорядиться своим имуществом исключительно своей волей, одновременно устраняя намеренное или случайное ущемление при этом прав арендатора. В то же время при распоряжении имуществом, в отношении которого собственник несет обязательства перед третьими лицами, собственник не обязан получать согласие своих кредиторов, если только законом прямо не установлено иное.

Примером применения обсуждаемых норм может быть такое дело.

ООО «Сервисный центр», ссылаясь на договор купли-продажи от 5 сентября 2002 г., обратилось в Арбитражный суд Республики Татарстан¹ с исковыми требованиями о признании недействительными: сделки по передаче предприятием «НИИШП» в уставный капитал созданного им акционерного общества «НИИШП» нежилых помещений в г. Москве и смонтированного в помещениях оборудования и сделки по передаче предприятием «НИИШП» в уставный капитал созданного им ЗАО «Росинка» нежилых помещений базы отдыха «Росинка», расположенной в Чеховском районе Московской области.

Исковые требования о признании оспариваемых сделок недействительными были мотивированы тем, что спорное имущество было продано внешним управляющим предприятием «НИИШП», находящимся на стадии банкротства, обществу «Сервисный центр» по договору купли-продажи от 5 сентября 2002 г., поэтому последующие сделки с этим имуществом, совершенные в 2003 г., нарушают права и законные интересы истца.

Судом эти требования были удовлетворены, оспариваемые сделки признаны недействительными по тем основаниям, что если внешний управляющий предприятием «НИИШП» заключил с ООО «Сервисный центр» договор купли-продажи имущества, то последующие сделки по передаче этого имущества внешним управляющим предприятием «НИИШП» в уставные капиталы акционерного общества «НИИШП» и ЗАО «Росинка» являются ничтожными, как совершенные после заключения договора купли-продажи от 5 сентября 2002 г.

Постановлением суда апелляционной инстанции Арбитражного суда Республики Татарстан решение суда первой инстанции оставлено без изменения по тем же мотивам.

Федеральный арбитражный суд Поволжского округа оставил решение суда первой инстанции и постановление суда апелляционной инстанции без изменения. Суд кассационной инстанции указал: после заключения договора купли-продажи от 5 сентября 2002 г. право собственности предприятия «НИИШП» на проданное имущество прекратилось, в связи с чем внешний управляющий предприятием не имел права им распоряжаться путем внесения его в уставные капиталы ОАО «НИИШП» и ЗАО «Росинка».

Президиум ВАС РФ отменил принятые судебные акты и указал следующее.

В обоснование заявленных требований о признании недействительными сделок по отчуждению недвижимого имущества истец сослался на возникновение у него права на это имущество по ранее совершенной сделке купли-продажи от 5 сентября 2002 г., заключен-

¹ Поскольку спорная недвижимость находилась в г. Москве, то для изменения подсудности истец предъявил иск к находящемуся в Татарстане лицу, поручившемуся за исполнение договора купли-продажи (поручителю). Первоначально именно эти действия истца по искусственному изменению подсудности послужили поводом для передачи дела на рассмотрение Президиума ВАС РФ. Только позже внимание Президиума привлекла квалификация второго договора как недействительного.

ной внешним управляющим предприятием «НИИШП» (продавцом) и ООО «Сервисный центр» (покупателем).

Однако при рассмотрении дела установлено, что договор купли-продажи от 5 сентября 2002 г. сторонами не был исполнен: предприятие «НИИШП» (продавец) не передало обществу «Сервисный центр» (покупателю) имущество, покупатель не оплатил его, стороны не произвели государственной регистрации перехода права собственности на недвижимое имущество от продавца к покупателю.

Вместе с тем ФГУП «НИИШП» в 2003 г. передало упомянутые объекты недвижимого имущества в уставные капиталы созданных им ОАО «НИИШП» и ЗАО «Росинка». Такие сделки были одобрены собранием кредиторов предприятия «НИИШП» от 5 августа 2003 г. ОАО «НИИШП» и ЗАО «Росинка» осуществили государственную регистрацию перехода к ним прав собственности на переданное им имущество.

Согласно ст. 398 ГК РФ в случае неисполнения должником обязательства передать индивидуально-определенную вещь в собственность кредитору у последнего отпадает право требовать отобрания этой вещи у должника и передачи ее кредитору на предусмотренных обязательством условиях, если вещь уже передана третьему лицу, имеющему право собственности.

Поскольку предприятием «НИИШП» (продавцом) не были исполнены обязательства по передаче обществу «Сервисный центр» (покупателю) имущества по договору купли-продажи от 5 сентября 2002 г. и это имущество в последующем продано и передано продавцом другим лицам по сделкам, у покупателя по договору от 5 сентября 2002 г. было утрачено право требовать от продавца исполнения договорных обязательств по передаче ему этого имущества.

В связи с тем что передача недвижимого имущества по договору купли-продажи от 5 сентября 2002 г. не состоялась, не может быть признана правомерной ссылка судов на п. 14 постановления Пленума ВАС РФ от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», согласно которому только после передачи недвижимого имущества покупателю, но до государственной регистрации перехода к нему права собственности продавец не вправе распоряжаться этим имуществом.

Так как по неисполненному договору купли-продажи от 5 сентября 2002 г. у истца не возникло права на спорное имущество, у судов не имелось оснований считать, что его права и интересы нарушены оспариваемыми сделками. Принятые судебные акты были отменены, в иске было отказано¹.

В судебной практике рассмотренные проблемы часто становятся предметом обсуждения также при предъявлении покупателями требований о признании права собственности, основанных на совершении договоров, обязывающих продавца передать вещь в собственность. Сама возможность такой формулировки требований, обычной в недавнем прошлом, может быть объяснена только неразвитостью оборота.

В качестве примера можно указать на многочисленные тяжбы, возникающие между «дольщиками» — приобретателями квартир по договорам долевого участия и застройщиками. По условиям этих договоров, близких по природе купле-прода-

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 18 апреля 2006 г. № 13688/05.

же¹, приобретатели (дольщики), выплатив определенные договором суммы, получили право требовать от застройщика передачи им в собственность жилых помещений. Очевидно, что это право — обязательственное, а не вещное, и потому соответствующая обязанность застройщика не лишает его возможности распорядиться принадлежащим ему объектом иным образом. Следующий отсюда вывод о слабой защищенности прав дольщиков, опирающийся на известное из теории преимущество вещного права перед обязательственным, понадобилось многократно подтверждать практически именно в части отсутствия гарантий, чтобы эти договоры стали вызывать настороженность, давшую импульс поискам конкурирующих инструментов. В конце концов было изменено и законодательство.

Конечно, собственность у приобретателя возникает не при заключении договора, а из передачи вещи (не будем здесь касаться важнейшего для недвижимости требования точного указания предмета купли-продажи как условия наличия самого договора²), поэтому до передачи вещи права собственности нет, нет и возможности добиться его признания.

Попытки усилить гарантии дольщиков привели к различным эмпирическим и теоретическим предложениям. На практике иногда суды признают дольщиков участниками совместной деятельности, имея в виду, что в силу этого у них сразу возникают вещные права, хотя такой подход, увязывающий право лишь с внесением взноса, как противоречит договорной природе совместной деятельности, так и оказывается уязвимым при столкновении указанных вещных прав (на долю) с обязательственным правом на конкретное помещение, вытекающим из купли-продажи недвижимости.

Другое решение проблемы дает А. Майфат, который, опираясь на американское понятие *security*, охватывающее формы инвестиций, исключаящие контроль инвестора (в том числе и ценные бумаги), обоснованно расценивает договоры долевого участия такого типа как рискованные инвестиции и предлагает ввести на этом основании дополнительную гарантию — государственную регистрацию проспекта эмиссии с выделением специального инструмента³.

Признавая гарантийные качества регистрации, нужно заметить, что в нашей правовой системе кажется более уместным ввести регистрацию долевого участия в порядке, установленном для регистрации прав, связанных с недвижимостью, выделив права дольщиков в отдельный предмет регистрации. Такой подход проводится в законе, регулирующем долевое участие.

Иногда безнадежные требования покупателя признать за ним право собственности объясняются тем, что истец просто не представляет, что он может требовать, хотя и понимает, что вещь передана третьим лицам, погибла или утрачена, отсутствует (если речь идет, например, о незавершенном объекте). В этом случае нужно ставить вопрос о прекращении обязательства невозможностью исполнения в свя-

¹ В одном из дел прокурор ссылаясь на то, что такой договор «прикрывает сделку купли-продажи квартиры» (Бюллетень Верховного Суда РФ. 1997. № 8. С. 19).

² Правило восходит к римскому «если кто стипулировал сооружение дома и не добавил указания места, то стипуляция не имеет силы» (Дигесты. С. 225).

³ *Майфат А.В.* Ценные бумаги: Сравнительный анализ понятий в правовых системах России и США // Государство и право. 1997. № 1. С. 88.

зи с отсутствием вещи. Это касается только индивидуально-определенных вещей, а если речь идет о родовых, определяемых числом (нефти, сахаре, зерне), то по отношению к ним действует еще одно классическое правило: родовые вещи не гибнут, т.е. всегда имеются и могут быть представлены.

Если невозможность исполнения обязательства наступила по вине должника, кредитор вправе требовать вместо передачи вещи возмещения убытков.

Итак, утрата вещи продавцом к моменту исполнения обязательства не влечет недействительности договора. Но существует и другая, противоположная проблема, также вызванная разделением вещного и обязательственного действия купли-продажи и вообще договора об отчуждении вещи, — возможность совершения договора, направленного на отчуждение вещи, лицом, которое не имеет вещи в собственности и во владении¹.

Поскольку договор до передачи вещи, как уже говорилось, порождает только обязательственное действие, то отсутствие в момент заключения договора права собственности у продавца еще не является само по себе препятствием к его заключению, но может изменить квалификацию самого договора. Здесь решающее значение приобретают воля сторон, которые могут по-разному отнестись к этому обстоятельству², а также характер вещи — предмета договора.

Если обе стороны исходят из того, что вещь будет в собственности продавца (хотя ее нет в настоящий момент), и при этом стороны соглашаются на то, что переход собственности должен состояться в будущем, то может быть заключен предварительный договор³. По этому пути, как можно судить, нередко идет судебная практика. В этом случае заинтересованная сторона вправе в оговоренный срок либо добиться заключения основного договора, либо взыскать с другой стороны убытки, связанные с незаключением договора о приобретении вещи.

Другой вариант той же ситуации — заключение сделки под отлагательным условием. Разница их очевидна: в первом случае договора о вещи нет, а есть только предварительное соглашение о таком договоре, а во втором случае сразу заключен договор, который получает силу приобретением вещи продавцом (если продавец уклоняется от приобретения вещи, условие считается наступившим).

Римскому праву были известны также договоры о «покупке надежды» (улов в сети, которая еще не вытащена, и др.), предмет которых был заведомо неизвестен, причем не исключалось и отсутствие предмета⁴.

Допускалась и продажа вещи, владение которой утрачено. В Дигестах излагается суждение Ульпиана: «По вопросу о вещи, находящейся у врагов, Папиниан порицает Марцелла, который не признает возможным включение в иск о разделе наследства предоставление вещи, находящейся у врагов: какое может быть препят-

¹ Г.Ф. Шершеневич отмечает, что судебная практика исходила из того, что «договор купли-продажи совершается не иначе как на вещь определенную и притом состоящую уже во владении продавца» (Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 319).

² Если предметом соглашения вовсе не является то обстоятельство, что продаваемая и передаваемая вещь не принадлежит продавцу, то возникает ситуация продажи чужой вещи, которая обсуждалась выше.

³ Ср.: «...так называемая продажа будущего урожая в действительности будет запродажей», так как «право собственности на несуществующую вещь немислимо» (Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 319).

⁴ Дигесты. 18.1.8.1. С. 289.

ствие, чтобы предоставление вещи входило (в состав иска), если и сама вещь может быть продана в силу надежды на возвращение. Конечно (это может быть сделано) при условии предоставления обеспечения, так как вещи могут не быть возвращены, разве что этот сомнительный исход получил соответствующую оценку»¹.

Такие договоры имели действие с момента заключения. Как представляется, применительно к нашему праву возможность такого договора с отсутствующим предметом (хотя это обстоятельство требует предельно точного его описания, так как любая неопределенность в отсутствие вещи может повлечь вывод, что договор не заключен) не может быть исключена.

Если предметом продажи являются вещи, определенные родовыми признаками, относительно которых можно уверенно говорить, что они имеются в обороте и всегда могут быть приобретены, то наличие или отсутствие собственности в момент договора не должно влиять на его действительность.

Практически важным является то обстоятельство, что к моменту передачи вещи продавец в любом случае должен иметь право собственности, иначе передача не способна перенести собственность и на приобретателя.

Применительно к дарению А. Кабалкин замечает, что «даритель должен быть собственником имущества в момент заключения договора», так как в ч. 2 п. 2 ст. 572 ГК говорится о «своем имуществе» как предмете дарения². Это правило, впрочем, утрачивает силу при продаже заведомо чужого имущества — заложенного, арестованного и др. Здесь продавцом выступает орган власти как организатор торгов, действующий от собственного имени и не имеющий своего имущественного права на вещь. (Заключение судебным приставом или иным административным органом договора с комиссионером, иной специализированной организацией на проведение торгов не меняет сути обсуждаемой ситуации, ведь наличие агента не освобождает нас от обязанности определить позицию принципала, которая единственно служит источником всех прав и полномочий агента.)

Иное решение дает Д.И. Мейер: «...продажа имущества с публичного торга, с точки зрения гражданского права, есть купля-продажа; продавцом, юридически говоря, является, конечно, собственник имущества — его имущество продается; государство не переносит сначала на себя права собственности на продаваемое имущество: оно действует в этом случае лишь от имени собственника-ответчика; орган судебной власти, судебный пристав, является представителем собственника, ответственным не только перед государством, но и перед собственником в случае причинения ему убытка ненадлежащим исполнением своих обязанностей... Результатом этой купли-продажи является установление права собственности в лице покупателя. Момент установления этого права различен: если покупатель немедленно внес всю сумму, то с момента взноса имущество его, если же он внес лишь часть цены, а в срок, указанный законом, и остальную сумму, то имущество его — с момента взноса части»³.

Применение к судебному органу, производящему торги, формы представительства должника (собственника) возможно только на основании закона, поскольку

¹ Дигесты. 10.2.22–23. С. 185–186.

² Кабалкин А. Договор дарения // Российская юстиция. 1997. № 8. С. 22.

³ Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 1. С. 271–272.

договор здесь практически исключен. Но в силу п. 2 ст. 447 ГК для организатора торгов возможно лишь договорное представительство или иная форма посредничества, основанная на договоре. Поэтому мы должны исключить представительство должника для судебного пристава, производящего торги.

Ясно также, что судебный пристав не может рассматриваться как «обладатель имущественного права» на продаваемую вещь, подобного, например, залогу.

Но еще меньше оснований считать продавцом собственника, особенно если учесть, что право собственности по общему правилу переходит не в момент оплаты, как об этом применительно к законодательству своего времени писал Д.И. Мейер (что позволило, видимо, выстроить саму конструкцию продажи от имени должника), а в момент передачи вещи, а такого действия, вполне обычного для продавца, должник в частном порядке совершать не станет и такого волеизъявления дожидаться от него будет невозможно, что радикальным образом противоречит присвоению ему роли продавца даже и через представительство. Следовательно, мы должны считать продавцом непосредственно в силу закона (п. 6 ст. 447 ГК) лицо, производящее торги – соответствующий орган власти, поскольку торги проводятся им. Этот случай рассматривается как исключение из того правила, что продавцом должен быть собственник. Юристы относят к числу таких исключений наряду с продажей залога судебным исполнителем и продажей арестованного имущества неисправного должника также сделки комиссионера¹, хотя, как мы пытались показать выше, изначально купля-продажа и не требовала собственности на стороне продавца.

После известных колебаний в судебной практике вопрос наконец был решен в пользу утверждения, что «должник, на имущество которого обращалось взыскание, не является стороной договора купли-продажи, заключенного с лицом, выигравшим публичные торги»².

Впрочем, отсутствие права собственности у должника – номинального собственника отчуждаемого имущества приводит к ничтожности продажи. Но это еще не означает права действительного собственника на безусловный возврат вещи: ведь иск из реституции он не может заявить, так как не был стороной в сделке, а виндикационный иск может натолкнуться на возражение приобретателя о своей добросовестности.

Торги могут получить иммунитет, как, например, это было установлено в русском дореволюционном праве для движимостей: «Проданные с публичного торгового предмета после передачи во всяком случае остаются за покупщиком, хотя бы впоследствии оказалось, что они не принадлежали тому лицу, от имени которого

¹ Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. 2-е изд. Ч. 2. М., 1997. С. 8–9; Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд. Т. II. Полумтом 1. М., 2000. С. 210.

Обсуждая вопрос о начислении налога на добавленную стоимость в случае реализации залога судебным исполнителем, Президиум ВАС РФ указал, что хотя в данном случае сделка совершена не собственником (должником), а иным лицом, оснований к освобождению от налогового обязательства не существует (Вестник ВАС РФ. 1998. № 10. С. 24–26). Здесь важно, конечно, то, что суд не считает собственника продавцом, когда имущество реализуется судебным исполнителем (приставом).

² Пункт 13 информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101 «Обзор практики рассмотрения споров, вызванных с признанием недействительными публичных торгов, проводимых в рамках исполнительного производства».

производилась продажа»¹. Примеры действия этого правила даны в курсе К.П. Победоносцева².

Действительный собственник получал в этом случае иск обязательственного характера к должнику, так как именно он обогатился вследствие продажи с торгов, погасившей его долг.

Иное правило действовало для недвижимости: «Торги признаются недействительными, если проданное и укрепленное за покупщиком имение оказалось впоследствии, по суду, не принадлежащим должнику. Имение в этом случае возвращается законному его собственнику, а покупщику предоставляется право взыскать заплаченную им сумму с должника или кредиторов, получивших удовлетворение из вырученной за имение суммы»³. В общем плане это различие находит объяснение в том, что при сделках с недвижимостью добросовестность приобретателя чужого имущества практически исключается. Ясно, однако, что здесь необходимо прямое регулирование, как и вообще в отношениях со значительным публичным элементом.

Кстати говоря, добросовестность приобретателя имущества, купленного на торгах, обычно и не может быть увязана с отсутствием права на отчуждение, как об этом сказано в п. 1 ст. 302 ГК. Ведь продажа на торгах не вызывает сомнений в этом пункте (за исключением, конечно, случаев продажи вне рамок исполнительного производства, лицом, не имеющим компетенции и иных противоправных или даже преступных действий), и собственник (должник), преследующий вещь, проданную на торгах, виндикационным иском, вовсе не обвиняет покупателя в том, что тот купил вещь у лица, не имеющего права на ее отчуждение. Собственник (должник) как раз доказывает, что нарушен порядок проведения торгов, и тем самым подтверждает право на отчуждение имущества с торгов (в противном случае оспаривалось бы право выставить имущество на торги). А покупатель ссылается на то, что не мог знать о нарушениях, и этим обосновывает свою добрую совесть.

Понятно, что добросовестность в этом смысле не совпадает с доброй совестью, как она описана в п. 1 ст. 302 ГК. Но прийти к выводу о том, что на торгах вооб-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 207. Комментируя норму: «имущество, проданное с публичного торга, укрепляется покупателю безвозвратно и выкупу не подлежит», К.П. Победоносцев заметил, что хотя это правило и установлено для «обеспечения покупателей и утверждения доверия к правительству», нужно помнить, что оно действует только «если продажа не будет признана незаконною (курсив автора. — К.С.)». На самом деле покупка с торгов весьма рискованна. «У нас, с одной стороны, существует такая неопределенность, неизвестность относительно состава имения, его принадлежности, его ценности и прав, которые могут принадлежать в нем третьим лицам; с другой стороны — со стороны чиновников, производящих опись и продажу, так часто встречаются непонимание закона и небрежность в соблюдении формальностей, что случаи уничтожения публичной продажи по жалобам бывшего владельца или третьих лиц встречаются весьма часто» (Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002. С. 408). Поскольку правило об иммунитете покупателя с публичных торгов родственно норме о моментальном приобретении недвижимости незаконным добросовестным приобретателем (ст. 223 ГК), можно лишний раз напомнить, что закон, не учитывающий механизмы его исполнения и масштабы фактических нарушений, в лучшем случае оказывается неэффективным, в худшем — разрушительным.

² Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. С. 415.

Этот вопрос освещен в статье: Новоселова Л.А. Истребование из чужого незаконного владения имущества, проданного в порядке исполнения судебного акта // Вестник гражданского права. 2006. № 1.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 208.

ще не может возникнуть добросовестного приобретения, значит и без того слабую процедуру приобретения имущества превратить просто в ничемную сделку, пока признается возможность виндицировать имущество, приобретенное на торгах по иску третьего лица. Поэтому приходится понимать добросовестность на торгах иначе — как извинительную неосведомленность покупателя о нарушениях, допущенных в процессе торгов. Это является единственным средством защиты против иска по мотиву «продано имущество, не принадлежащее должнику», ведь современное российское право не вернулось еще к иммунитету продажи с публичных торгов (хотя такой иммунитет, пожалуй, был бы желательным). Вот в этом втором случае виндикационный иск собственника (но не должника) будет описываться нормой ст. 302 ГК.

Выступление органа власти в роли продавца означает, что на нем лежат все обязанности продавца, в том числе и главная — передача вещи покупателю. Для этого судебный пристав имеет право на изъятие вещи у должника в административном порядке, чтобы потом передать ее покупателю¹.

В то же время частным порядком ни покупатель, ни организатор торгов, если торги проводятся коммерческой организацией, истребовать имущество от собственника не могут, и им остается лишь требовать его от органа власти, который один располагает для этого законными средствами.

Иллюстрацией к сказанному может служить такое дело.

Головенко заключила нотариально удостоверенный договор купли-продажи квартиры, принадлежащей АО ФК «Русская недвижимость» и полностью выполнила свои обязательства по оплате. Однако ни сделка, ни передача квартиры зарегистрированы не были. При этом фактически Головенко, как можно судить, в квартиру вселилась². После этого все имущество продавца — АО ФК «Русская недвижимость» было описано судебным исполнителем за долги, и спорная квартира продана с торгов Фоменко.

Головенко обратилась в суд с иском о признании права собственности на квартиру, регистрации договора купли-продажи, признании торгов недействительными. Фоменко предъявил встречный иск о признании договора купли-продажи квартиры, заключенного между Головенко и АО ФК «Русская недвижимость», недействительным и о выселении.

Суд иск Головенко удовлетворил, во встречном отказал. Президиум Тюменского областного суда судебные решения отменил и дело направил на новое рассмотрение. По протесту заместителя Председателя Верховного Суда РФ Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда постановление президиума отменила, оставив в силе судебное решение.

¹ В зарубежном праве обязанность должностных лиц сохранять вещь, предназначенную для продажи на торгах, отмечается и для торгов (аукционов), проводимых не только в порядке исполнительного производства. Например, в штатах Калифорния и Нью-Йорк общим условием является «обязанность лиц, определенных законом (полицейского отдела, отдела шерифа, перевозчика, хранителя, владельца гостиницы, комиссионера, собственника сдаваемой в аренду недвижимости), сохранять имущество в установленные законом сроки до продажи с аукциона», причем «доставка покупателю купленной на аукционе вещи входит в обязанность либо аукциониста, либо организатора аукциона» (Правовое регулирование организации и проведения коммерческих конкурсов, аукционов и торгов: Обзор зарубежного законодательства / Подг. отд. гражданского законодательства иностранных государств ИЗИСП // Журнал российского права. 1999. № 3/4. С. 189, 198).

² То, что при изложении казуса это обстоятельство прямо не указано, лишний раз говорит о том, что судебная практика не придает юридической роли владению.

При этом было указано, что торги проведены с нарушением установленных правил, «помимо воли собственника»; Фоменко не является добросовестным приобретателем и не пользуется защитой по ст. 302 ГК¹.

В том, что иск Головенко должен быть удовлетворен², у меня сомнений нет. Но вот с аргументами, использованными судами всех инстанций, согласиться не легко. Здесь налицо стремление выводить право собственности прямо из продажи и как следствие этого — вязкая, часто безуспешная борьба, направленная на уничтожение всех сделок по поводу вещи, кроме одной: ведь суды с трудом могут допустить, что возможна неоднократная продажа одной и той же вещи без перехода собственности к каждому из покупателей, и высшая судебная инстанция, как видим, не всегда помогает судам в преодолении этого заблуждения.

Теперь вернемся к нашему делу. Головенко, купив квартиру, оплатив ее и вселившись, приобрела не собственность, а только владение. Уже здесь видна одна из ошибок судов, которые либо считали Головенко собственником, либо вовсе не признавали ее позицию. Это владение является незаконным (но не безразличным для права), пока не зарегистрирована сделка. И хотя сделка ничтожна, если налицо уклонение одной из сторон от ее регистрации, то возникает возможность придать ей силу (ст. 165 ГК). В данном случае установлены именно такие обстоятельства. С регистрацией сделки покупатель получает право требовать передачи ему недвижимости, а если недвижимость уже передана — регистрации акта передачи. Только в этот момент и возникает собственность (ст. 223 ГК). Изменить этот момент, когда речь идет о недвижимости, невозможно. Значит, в момент спора Головенко выступала с точки зрения обязательственного права как сторона (покупатель) незарегистрированного договора с восполнимым пороком, а с точки зрения вещного — как фактический (незаконный) владелец. Фоменко имел лишь права покупателя, а собственником квартиры оставалось АО ФК «Русская недвижимость», уже утратившее владение. Понятно, что главным для Фоменко является иск о выселении Головенко, т.е. о передаче владения. Но если Фоменко выступает только как покупатель (а у него имеется только этот статус), то его требование может быть обращено лишь к продавцу. При продаже с торгов продавцом выступает судебный исполнитель, но требовать от него передачи владения в нашем случае бессмысленно, так как он не отобрал квартиру при организации торгов и совершении последующей продажи квартиры, хотя и имел такое право, основанное на процессуальном законодательстве, и потому не может обеспечить покупателю владения. Нельзя такое требование предъявить и собственнику — АО ФК «Русская недвижимость» —

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1998. № 6. С. 7–8.

² Оговорки должны быть сделаны лишь в части требования о признании недействительными торгов и продажи по результатам торгов: если истец, сохраняя владение, добьется титула собственника, то он уже утрачивает интерес в оспаривании дальнейших сделок относительно спорной вещи, если только сам не был стороной в них. Ведь пока ответчик имеет один титул покупателя, он вправе заявлять лишь обязательственное требование к продавцу о передаче вещи (которой у продавца нет, и потому этот иск подпадает под действие нормы ст. 398 ГК о последствиях передачи вещи третьему лицу, имеющему право собственности), а не вещное требование к собственнику, следовательно, собственник не находится в опасности ни прямого, ни даже косвенного иска. Впрочем, это достаточно тонкая материя, и практика обычно ее упрощает дополнительным усилением позиций собственника, позволяя ему оспаривать все сделки о принадлежащей ему вещи.

и не столько потому, что собственник уже лишен владения, но прежде всего потому, что собственник — не сторона в договоре купли-продажи.

Конечно, Фоменко лишен виндикации как вещного средства защиты, ведь он не приобрел ни собственности, ни законного владения. Но если бы Фоменко получил владение (оказавшееся незаконным) по договору купли-продажи, то последующее аннулирование этого договора не поколебало бы его владения, ведь в этом случае добросовестность почти не может быть оспорена.

Кстати, продажа, совершенная по результатам торгов, может быть аннулирована по соображениям нарушения процедуры либо по мотиву отсутствия права собственности на вещь у должника¹, но никак не по тому основанию, что торги проведены «вопреки воле собственника»: ведь очевидно, что судебный пристав-исполнитель никогда не проводит торги по воле собственника.

Не менее серьезные осложнения в сфере вещных прав происходят и тогда, когда аннулированы торги, по которым покупатель получил владение вещью.

Обычной является такая ситуация. Собственник имел долг перед бюджетом, по которому было описано и продано с торгов его недвижимое имущество, а вырученная сумма поступила в бюджет и была направлена на погашение задолженности. После этого, сославшись на процедурные нарушения, которые действительно имели место, прежний собственник потребовал признать торги недействительными, а к продаже применить правила ст. 167 ГК и вернуть ему проданное имущество.

Конечно, собственник не сможет истребовать недвижимость прямо от покупателя, который защищен как добросовестный приобретатель по ст. 302 ГК². Но (тут

¹ См., например, постановление Президиума ВАС РФ от 25 апреля 2000 г. № 9003/99 (Вестник ВАС РФ. 2000. № 9. С. 18–19). Аргументация, приведенная в этом деле, сводится к тому, что продажа чужого имущества, не принадлежащего должнику, — это нарушение правил, установленных законом для торгов, в частности ст. 58 Федерального закона «Об исполнительном производстве», и потому аннулирование сделки происходит на основании ст. 449 ГК РФ. Впрочем, и при аннулировании сделки приобретатель защищается по ст. 302 ГК, как сказано в том же постановлении.

Нужно заметить, однако, что тезис о праве аннулировать продажу с торгов по тому основанию, что продана вещь, не принадлежащая должнику, остается далеко не бесспорным.

² Л.А. Новоселова полагает, однако, что в этом случае виндикационный иск вовсе не доступен должнику (см.: Новоселова Л.А. Истребование из чужого незаконного владения имущества, проданного в порядке исполнения судебного акта // Вестник гражданского права. 2006. № 1. С. 54). В связи с этим дальнейшие суждения Л.А. Новоселовой о том, что владелец лишен и защиты в виде ссылки на добрую совесть (Там же. С. 55), конечно, оказываются по существу излишними.

У должника, стало быть, остается лишь иск о применении реституции. Мне трудно принять этот вывод, потому что должник (с чем всегда соглашалась и Л. Новоселова) не является стороной сделки об отчуждении имущества на торгах, не исполняет эту сделку и не получает по этой сделке исполнения. Следовательно, он не вправе и требовать применения реституции (ст. 167 ГК) до тех пор, пока, скажем, соответствующий механизм не будет введен нормами об исполнительном производстве (ведь до сих пор процессуальное законодательство никак не регулирует ситуацию признания торгов недействительными (а материального права для этого недостаточно). Что касается оценки права лица, отчуждающего имущества на торгах, то само по себе право на отчуждение возникает не в момент возбуждения исполнительного производства и не в момент ареста имущества, а после правильно проведенных торгов. Соответственно осведомленность покупателя о нарушениях в проведении торгов (иногда им самим и инспирированных) имеет смысл квалифицировать как отсутствие доброй совести. Ведь в этом случае покупателю видно, что права на отчуждение имущества у продавца не возникло.

Нуждается в уточнении и другое суждение Л. Новоселовой, связанное с ее концепцией: «...уполномоченный государственный орган, выступающий в данном случае как продавец, не является лицом, имеющим какие-либо гражданские права на спорное имущество либо претендующим на эти права; его

и обнаруживается «гвоздь» этого дела) он не вправе и претендовать на получение имущества по ст. 167 ГК, если сделка будет признана недействительной, ведь механизм ст. 167 ГК действует (об этом уже много говорилось в других местах) только на стороны в сделке, а при продаже с торгов ими были судебный пристав и покупатель; должник, как известно, торги своим имуществом не проводит.

В случае недействительности торгов и ничтожности продажи стороны купли-продажи — судебный пристав, независимо от того, произведено ли было исполнение (платеж) на его имя или непосредственно взыскателю, с одной стороны, и покупатель — с другой, возвращаются в первоначальное положение. Затем устраняются допущенные нарушения, и торги, если этого требует взыскатель, могут быть повторены. Если торги аннулированы по тому основанию, что продано не имущество должника, а третьего лица (чужое), то действительный собственник получает возможность истребовать свое имущество, применяя известные средства защиты.

Естественно, что в практике встречаются попытки обойти ограничения, вытекающие из нормы ст. 167 ГК. Например, должник, имущество которого было передано взыскателю (торги не состоялись), заявил иск о признании за ним права собственности на это имущество. В иске указывалось на нарушения, допущенные, по мнению истца, в ходе исполнительного производства, однако иска о признании сделки недействительной либо о применении реституции не заявлялось. Можно предположить, что истец сознательно избегал реституции, так как это привело бы лишь к повторной реализации того же имущества. Понятно, что признание права собственности за должником даже при оставлении вещи у взыскателя в значительной мере лишает эту вещь ценности, так как она становится непригодной к обороту.

Суд в иске отказал, сославшись на то, что невозможно сделать вывод о наличии у истца права собственности на имущество, не дав оценки сделке по передаче вещи. А эта сделка является оспоримой, и суд не вправе обсуждать ее действительность, пока не заявлен соответствующий иск. Мне такое решение представляется верным¹.

полномочия носят административный характер» (Там же. С. 61). Это суждение, совершенно правильное с точки зрения, согласно которой административный орган не является законным владельцем и не имеет позиции в споре о праве гражданском на вещь (собственно, в этом контексте и содержится вывод автора), неприменимо, однако, к пониманию «права на отчуждение», упоминаемого в ст. 302 ГК. Право на отчуждение вовсе не является неким субъективным частным правом на вещь. Оно может принадлежать (или не принадлежать) собственнику, но может быть, как уже говорилось, у лиц, никакого права на само имущество не имеющих (скажем, у комиссионера, поверенного), а также у административных органов. Для отчуждения достаточно двух фактов: допускаемого правом порядком совершения договора купли-продажи (но субъективного права на совершение сделки, как известно, не требуется) и правового владения имуществом продавца для исполнения этого договора. Эти факты и создают вещный эффект; добросовестность приобретателя сводится к извинительному заблуждению относительно того, что отчуждатель был вправе совершить договор купли-продажи и вправе его исполнить. Нарушения в процедуре торгов, ставшие известными приобретателю, исключают его добрую совесть в отношении права на отчуждение у продавца на торгах.

¹ Противоположную позицию занимает Л.А. Новоселова: «Возможность виндицировать имущество у приобретателя существует у собственника независимо от того, предъявлялся ли им иск о признании недействительной продажи имущества в ходе обращения на него взыскания» (Новоселова Л.А. Истребование из чужого незаконного владения имущества, проданного в порядке исполнения судебного акта. С. 66). Эту позицию трудно понять: ведь пока оспоримая сделка о приобретении имущества является действительной, владелец остается законным и к нему невозможно предъявить виндикационный иск.

Позиция Л. Новоселовой в немалой степени связана с той идеей, что третье лицо не вправе оспаривать торги по тому мотиву, что продано чужое имущество, если при этом не нарушена процедура тор-

Если исполнение производится на имя не того лица, которое организует торги, а иного (чаще всего им будет взыскатель), то это еще не означает, что возникает другой продавец, скорее мы имеем ситуацию исполнения иному лицу по указанию кредитора (ст. 312 ГК). В этом случае сторона в договоре, конечно, не меняется, а значит, и стороной, получившей исполнение по недействительному договору, должен считаться кредитор, а не то лицо, которому переадресовано действительное исполнение. Следовательно, именно лицо, проводящее торги, кроме, естественно случая, когда оно выступает по поручению и от чужого имени, рассматривается с позиций ст. 167 ГК как сторона, получившая имущество по недействительной сделке. Реальное осуществление реституции в этом случае ведет к возникновению на стороне взыскателя обязательства из неосновательного обогащения в размере фактически полученного. Поэтому взыскатель вправе вступить в процесс о реституции в качестве третьего лица.

Участие взыскателя в процессе о реституции в качестве (со)ответчика (по этому пути часто идет практика) может быть обосновано только тем, что он рассматривается как лицо, получившее имущество по сделке, а это, надо признать, — расширительное толкование ст. 167 ГК¹.

гов (хотя, как заметил еще К. Победоносцев, торгов без нарушений почти не бывает). Но если принять эту идею, которая имеет свои резоны, то вывод получается, пожалуй, другим: имущество, проданное с торгов, вообще не может быть виндицировано третьим лицом, что также имеет свои резоны и отсылает к конструкции иммунитета имущества, приобретенного на торгах. Поэтому я бы скорее поддержал те суждения Л. Новоселовой, которые клонятся к недопустимости оспаривания собственником прав на имущество, приобретенное на торгах. Такой вывод может объясняться, во-первых, тем, что собственник, вверяя свое имущество должнику, имеет вытекающие из договора с ним возможности контролировать судьбу имущества. Во-вторых (об этом пишет Л. Новоселова), у собственника имеется иск об исключении имущества из описи до его реализации на торгах. Предоставление собственнику еще и третьего средства — виндикационного иска — можно рассматривать как нарушение баланса. Впрочем, эта позиция без соответствующих изменений закона остается только теоретической.

¹ Подробнее проблемы реализации имущества в порядке публичных торгов рассмотрены мной в кн.: Применение законодательства о собственности и владении: Практические вопросы. М.: Статут, 2004.

ГЛАВА 16

ПРИОБРЕТАТЕЛЬНАЯ ДАВНОСТЬ

Освоение приобретательной давности, малоукорененной в отечественном праве, наряду с совершенно необходимым привлечением классики нуждается и в попытке дать ей обоснование с позиций здравого смысла в надежде хотя бы таким образом преодолеть историческое отдаление.

Можно, вообще говоря, найти несколько объяснений сущности этого института. Прежде всего приобретательная давность (*usucarío* в римском классическом праве), суть которой наиболее кратко выражена Дернбургом: «...время возводит владение в право»¹, может быть увязана с представлениями о трудовом освоении вещи, ее изготовлением или обработкой как достаточном основании для последующего присвоения. (С этой точки зрения объясняется то, что установление в римском праве двухлетнего срока для приобретения земельных участков, в отличие от годовичного для движимостей, было продиктовано двухлетним севооборотом.) Такие воззрения, основанные на признании юридических последствий внешней экспансии субъекта в материальный мир, можно проследить почти во всех архаических обществах.

В определенной мере это проявляется и в ощутимой близости (возможно, такое ощущение не лишено известной степени вульгарности, поскольку под этим качеством понимаются черты доправового сознания) оккупации и *usucarío* при всем их радикальном институциональном различии. И хотя юристы всегда решительно противопоставляли приобретение по оккупации и приобретение по давности, обыденное сознание продолжало их объединять так, что суд вынужден был прямо сформулировать: «...право собственности в силу приобретательной давности может возникнуть не только на бесхозяйные вещи»².

Тем не менее вновь и вновь приобретательная давность увязывается именно с оккупацией, причем из этого делаются далеко идущие выводы. Например, А. Лисаченко, исходя из презумпции государственной собственности на землю и природные ресурсы, исключает возможность появления «бесхозяйных» природных ресурсов, что, как ему кажется, выводит эти объекты из сферы приобретательной давности³.

Между тем приобретение по давности прежде всего предполагает получение владения по недействительной сделке, а не оккупацию. Что же касается значения оккупации, то оно невелико, если учесть, что эта форма приобретения права не имела детальной легальной разработки и была вообще слабо укоренена в законе⁴.

Восприятие *usucarío* исключительно через призму оккупации заметно и в таком выражающем опасение «неконтролируемого захвата» высказывании: «Инсти-

¹ Дернбург Г. Пандекты. Т. 1. Ч. 2: Вещное право. СПб., 1905. С. 127. Это кратчайшее определение имплицитно уже содержит определенные предпосылки, например те, что владение – не право.

² Вестник ВАС РФ. 1997. № 7. С. 94. Впоследствии этот вывод повторялся.

³ См.: Лисаченко А.В. Приобретательная давность в российском гражданском праве. Томск, 2000. С. 27.

⁴ См.: Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. М., 1996. С. 195.

тут приобретательной давности, на наш взгляд, должен применяться к природным объектам в том случае, если он фактически использовался гражданином добросовестно, открыто и непрерывно в течение 15 лет с письменного согласия государственного органа, правомочного управлять природными ресурсами»¹. Понятно, что должностные лица никогда не осмелятся подтвердить владение чужим участком как собственным, а «письменное согласие» на любых других условиях автоматически делает невозможной узукапию, да и вообще *usucapio* как результат бюрократической деятельности — идея, сильно отдающая этатистской утопией, которая издавна широкой сенью покрывает отечественную аграрную идеологию. В то же время Г.В. Чубуков вовсе не замечает ситуацию завладения объектом в результате сделки через оборот, а не через захват (оккупацию).

Необходимо заметить, что приобретение имущества посредством давности само по себе не нуждается в столь сложном механизме, который представляет собой приобретательная давность. Например, когда А.А. Рубанов не без оснований определяет нормы ст. 225 ГК как «частные правила» приобретения по давности², он не уточняет, что для приобретения собственности на бесхозяйное имущество, находку, безнадзорный скот, клад не только не требуется такой, столь длительный, срок, какой установлен ст. 234 ГК, но и не требуется добросовестности, т.е. извинительного заблуждения относительно истинного собственника³.

Однако это частное значение приобретения доходит иногда до такой степени свободного толкования понятия «приобретение», что даже признается возможность утраты приобретенного было права собственности на находку. Например, М. Николаев полагает, что если после приобретения собственности на находку выяснится, что вещь была похищена у собственника, то собственник вправе ее виндигировать⁴. Конечно, с таким суждением невозможно согласиться.

Очень важно сразу сказать, что **добросовестность возможна именно в силу получения вещи по сделке о приобретении/отчуждении**. В других случаях получения владения — будь то получение вещи от собственника по иному договору, отличному от договора о приобретении, либо оккупация и т.п. способы завладения — владелец никак не может иметь никаких сомнений относительно того, что он собственником не является (кроме владения в силу первоначального приобретения по п. 1 ст. 218 ГК, в котором другого собственника также быть не может и нет почвы для незаконного владения, а значит, и доброй совести⁵, и приобретения по давности).

¹ Чубуков Г.В. Земельный рынок России и права собственников земельной недвижимости // Журнал российского права. 1997. № 5. С. 83.

² Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: Научн.-практ. коммент. / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. М., 1996. С. 373.

³ Желательное в принципе расширение действия приобретательной давности за счет случаев недобросовестного приобретения имущества (об этом пойдет речь далее) повлечет за собой и вовлечение в число владельцев для давности не только приобретателей, но и иных владельцев. Но пока закон не изменен, все подобные предложения имеют смысл именно как предложения приобретения по давности **без доброй совести**, в том числе в рамках концепции «смягчения доброй совести», самой по себе вполне приемлемой, на мой взгляд.

⁴ Николаев М. Приобретение права собственности на находку // Хозяйство и право. 2000. № 11. С. 108.

⁵ Если объект недвижимости создан законно, то владелец — собственник; если незаконно (самовольная постройка), то собственника вовсе нет и невозможны ни добросовестность, ни недобросовест-

Многие заблуждения относительно смысла ст. 234 ГК проистекают из непонимания того, что добросовестность возможна только у приобретателя по сделке.

Можно, конечно, заняться школьной казуистикой и обсуждать право охотника на дичь, подстреленную по ошибке вместо поля на ферме (впрочем, это будет, пожалуй, уже и не дичь) или право организации, перепутавшей свое месторождение с чужим и ошибочно добывшей чужие ископаемые; однако понятно, что добрая совесть в таких ситуациях весьма маловероятна, если не вовсе исключена, а полученное таким образом имущество не предназначено для сколько-нибудь длительного владения и не будет приобретаться по давности. Полезно очередной раз вспомнить, что гражданское право — прикладная наука и его институты возникают в ответ на практические нужды, а не для школьных упражнений. С практической же точки зрения, с точки зрения закона только добросовестное приобретение по сделке — это факт, влекущий применение нормы ст. 234 ГК.

Впрочем, применительно к недвижимости никакие самые отвлеченные казусы, способные ввести какие-либо допущения, кроме добросовестного приобретения владения по сделке, принципиально невозможны. Это все же следует заметить, потому что именно относительно недвижимости и встречаются рассуждения о каком-то добросовестном владении помимо приобретенного по сделке в сфере ст. 234 ГК (примеров из практики, конечно, нет, потому что их быть не может).

Нет сомнения, что приобретательная давность выходит далеко за рамки одного только приобретения собственности и играет более сложную и ответственную роль в регулировании оборота имущества.

Очевидно также, что для более простых форм приобретения права на находку, бесхозяйные вещи и др. характерна меньшая острота коллизии собственности и владения либо даже полное отсутствие такого рода конфликта (например, в случае отказа собственника от вещи), тогда как приобретательная давность (*usucapio*) сопряжена с более выраженным столкновением позиций собственника и владельца. Именно этим и можно объяснить дополнительные условия, сопровождающие приобретение по давности.

Возвращаясь к архаике, заметим, что Е.М. Штаерман, следуя логике внеоборотного приобретения по давности, обосновывает *usucapio* как результат «возделывания земли своим трудом»¹.

В римском праве такой подход должен связать *usucapio* и *usus*, охватывающий главным образом материальную сторону отношения к вещи. Диошди отмечает, что «материал, тщательно собранный Бонфанте, доказывает, что римляне всегда понимали *usucapio* как приобретение через *usus*». При этом *usus*, как показал М. Казер, имел смысл реальной власти, предвосхищая более позднее понятие владения, хотя *usus* не был столь четко отграничен от собственности. Диошди добавляет, что *usus* был «равно применим для обозначения владения как собственника, так и не-собственника»².

ность. Если налицо переработка движимой вещи, то заблуждение касается только материалов, а не самой вещи, относительно которой правила о доброй совести неприменимы, поэтому присвоение вещи в этом случае не подчиняется механизму приобретения по давности.

¹ Штаерман Е.М. Римская собственность на землю // Древние цивилизации: Древний Рим: [Избр. ст. из журн.] «Вестник древней истории». М., [1997]. С. 340.

² *Diosdi G. Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law. Budapest, 1970. P. 88–89.*

Но сведение смысла приобретательной давности только к завладению через труд, обработку вещи или даже, если предельно расширить этот подход, к лишению всех прав прежнего владельца, забросившего вещь без присмотра и потому утратившего связь с нею, хотя такое обоснование всегда так или иначе подразумевалось¹, не может объяснить юридического содержания *usucapio*, не затрагивает его сути.

Например, с позиций трудовой теории с ее идеологией контроля общины за «наиболее целесообразным использованием, наилучшей обработкой принадлежавшей ей территории»² не получает объяснения тот факт, что *usus auctoritas* связывает приобретателя не со всей общиной, а только с прежним обладателем вещи, причем эта связь никоим образом не означает возможности какого-либо ухудшения позиции приобретателя, если он не обнаружит желаний обрабатывать землю, ухаживать за купленным скотом или эксплуатировать иные манципируемые вещи.

Трудно принять ведущую роль трудового обоснования приобретения собственности также и потому, что «в античности труд не считался добродетелью и неотъемлемым атрибутом жизни», а воспринимался скорее как «досада, неприятность». Цезарь обратил внимание на то, что «германцы не особенно усердствовали в земледелии», а Тацит замечал, что по их представлениям трудом и потом «добывать то, что может быть приобретено кровью, — лень и малодушие»³. К. Маркс и Ф. Энгельс обращали внимание на то, что в классическую эпоху, когда утверждалось рабовладение, характерным для общественного мировоззрения стал взгляд на труд как на недостойное занятие, позорящее свободного человека⁴.

Е.М. Штаерман также отмечала общеизвестную «античную концепцию труда как зла». Здесь может создаться впечатление противоречия во взглядах известного романиста (для этого могут быть понятные основания, если исходить из классического противопоставления аграрного и урбанистического сознания). Но у автора эта мысль высказана в контексте обсуждения поэм Вергилия, «соединившего противоречивые темы «золотого века» и прогресса»⁵, оправдавшего труд как источник изменений.

Однако архаичное сознание плохо совместимо с идеей изменений и прогресса. Кажется, М. Блок замечал, что первобытный человек с трудом терпит историю.

¹ М. Бартошек указывает в качестве «идеальной основы» *usucapio*, во-первых, обязанность собственника заботиться о своей вещи, пренебрежение которой дает возможность завладения ею, и, во-вторых, фактическое осуществление права, длящееся без помех в течение определенного времени (см.: *Бартошек М.* Римское право: Понятия, термины, определения. М., 1989. С. 320). Такое обоснование уже смещается от идеологии трудового освоения вещи в сторону поощрения правом общих качеств заботливости и осмотрительности, равно важных вообще в обороте, ведь они же служат и для защиты интересов добросовестного приобретателя.

² *Штаерман Е.М.* Римская собственность на землю. С. 340.

³ *Гуревич А.Я.* Средневековый мир: культура безмолвствующего большинства. М., 1990. С. 36–37. Предпочтение насильственного способа присвоения труду, присущее, конечно, не только древним германцам (Хейзинга подчеркивает слова Аристотеля: «...праздность — начало всего. Праздность предпочтительнее труда и есть цель последнего» (*Хейзинга Й.* *Номо Луденс*; Статьи по истории культуры. М., 1997. С. 156), ослабляет убедительность трудовой теории, не свободной от идеализации, и подтверждает правомерность и авторитетность захвата как источника собственности для архаичного сознания.

⁴ *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 20. С. 643; Т. 21. С. 153. См. также: *Корсунский А.Р.* Сельское население поздней Римской империи // *История крестьянства в Европе. Эпоха феодализма. Том первый* / Ред. кол.: З.В. Удальцова и др. М.: Наука, 1985. С. 84.

⁵ *Штаерман Е.М.* История крестьянства в Древнем Риме. М., 1996. С. 110–111.

Но и право, как об этом уже говорилось, вполне обходится без прогрессистской идеологии, которая скорее враждебна праву. И с этой точки зрения нет достаточных оснований увязывать узукапию, как и другие фундаментальные институты права с идеологией труда.

Еще в XI–XIII вв., как показал Ж. Ле Гофф, признание социальной ценности труда только пробивалась¹. Последовательное оправдание собственности трудом осуществлено на почве протестантского, вполне разделяющего идеологию прогресса мировоззрения только Локком и его современниками и последователями. Ж. Бодрийяр, подводя итоги этому мировоззрению и порожденной им «эре производства», говорит о «яростром стремлении не оставить на земле ничего непроеведенного», о создании тотальной «системы труда»: «Такой труд – также и в форме досуга – заполняет всю нашу жизнь... как необходимость постоянно чем-то заниматься во время и в месте, предписанных вездесущим кодом... Но подобный труд не является производительным»². Ж. Бодрийяр отмечает также, что пропаганда труда сама по себе предполагает коренящийся в культуре приоритет досуга³. Действительно, досуг не нуждается в пропаганде.

Апология труда и вытекающее из нее трудовое обоснование собственности, идущие, конечно, не от античности и не от Средневековья, а от идеологии просвещения, вполне разделялись Марксом, который, однако, столкнулся именно в главной своей идее, идее прибавочной стоимости, с явно противоречащим ей фактом – вытеснением работника машиной⁴. Внятного объяснения этот факт не получил, если только не слишком доверять пресловутой диалектической логике, равно как и математическим формулам, любимым автором «Капитала».

Между тем передача трудовых функций машинам, т.е. вещам, – бесспорная тенденция современного производства. Можно, видимо, сказать, что не столько труд дает право на вещь, сколько вещь приобретает право на труд. Причем, как заме-

¹ *Ле Гофф Ж.* Рождение Европы. СПб., 2007. С. 224–226. Показательно название главы: «Двусмысленность и возвеличивание труда».

² *Бодрийяр Ж.* Символический обмен и смерть. М., 2000. С. 61–62. Нельзя, впрочем, не заметить, что страстные периоды современного философа, обличающего труд как «фундаментальную репрессию и контроль» (а страсть высвобождает самое глубинное), довольно точно воспроизводят основные представления о труде как о несвободном (и потому недостойном) занятии, свойственные античному обществу (и обнаруживаемые также в обществах архаичных). Еще раз отметим, что низкая оценка и неразвитость труда сопутствовали высокому развитию права и всей юридической сферы.

³ *Бодрийяр Ж.* К критике политической экономии знака. М., 2003. С. 70. Впрочем, досуг при этом не является просто пассивной свободой от труда. Он является активной тратой свободного времени и весьма ритуализирован. В этом значении траты досуг социализирован и служит средством строения иерархии, как и собственность. Тем самым досуг может быть сопоставлен, а не только противопоставлен, труду, который, как средство создания вещей, также ведет к собственности и тем самым к устройению социальной иерархии. Общее в досуге и труде, стало быть, – производство социальных значений.

⁴ Противоречие состоит в том, что присваиваться может только живой труд. Если это так и если в основе капиталистического производства лежит присвоение живого труда, то капиталист не должен стремиться вытеснять живой труд работой машин, которая прибавочной стоимости не приносит. Тем не менее это так: именно некапиталистические формы производства широко используют живую силу. А капиталист в противоречие с логикой присвоения прибавочной стоимости стремится везде, где можно, заменить человека машиной.

Выше уже говорилось, что и сама идея греховности присвоения прибавочной стоимости, молчаливо исходящая из того, что человеку достаточно необходимого, не принимает в расчет социальности собственно человеческого, выделяющего человека из природы.

тил Б. Латур, вещи принципиально «моральны»¹, справедливы, т.е. готовы равно относиться ко всем людям, в отличие от рядовых исполнителей, которые тем менее склонны к справедливости, чем более рутинную работу выполняют. Кажется, работающим вещам право (во всяком случае нормированность) присуще в большей степени, чем людям. Понятно, что эти моральные качества получены вещами от проектировщиков, но ведь и человек получает представления о праве от окружающих, которые с большей или меньшей готовностью выполняют роль его инструкторов и проектировщиков.

На мой взгляд, трудовая теория сегодня не представляется достаточно адекватной.

Примирияющее и довольно изящное решение предлагается юристами, которые видят правомерность завладения как первоначального способа приобретения собственности в труде, затраченном на взятие или создание (taking or making) вещи².

Но, говоря о генезисе правовых форм, мы едва ли можем найти убедительные доказательства происхождения usucapio, опираясь на трудовое обоснование собственности. Более того, с позиций трудового объяснения собственности и права в целом отчуждение вещи утрачивает основания, если только оно не может привести причины, восходящие к собственному труду³. Гражданский оборот должен тогда остановиться, как это обычно и происходит в утопиях и пасторалях.

Определенные оговорки, как уже отмечалось, могут быть сделаны лишь для прав на землю, но, во-первых, земля была вовлечена в оборот последней⁴ и в наименее четких формах⁵ и потому не может служить универсальной моделью правового развития, а во-вторых, земельные права оказались под наибольшим воздействием общинных представлений, для которых, в отличие от официальной идеологии полиса, обработка земли никогда не утрачивала самоценности. Характерно, что в африканских обществах, где оборот земли, как видим, практически исключался, отмечается «почти полное отсутствие понятия приобретательной давности. Сам факт обладания землей в течение определенного промежутка времени не влечет за собой приобретения земельных прав»⁶.

Вопрос, кажется, уходит в основы права. По весьма устойчивым представлениям, «изготовление очень долго сохраняет магический или божественный характер,

¹ Латур Б. Где недостающая масса? Социология одной двери // Неприкосновенный запас. 2004. № 2 (34). С. 9.

² Honore T. Making Law Bind. Essays Legal and Philosophical. Oxford: Clarendon Press, 1987. P. 185.

³ При таком подходе обмен оказывается формой присвоения чужого труда, а значит, и чужой личности и содержит в себе неразрешимый антагонизм, грозящий социальным взрывом всему обществу, не способному уже обойтись без товарного обмена.

⁴ Например, во многих африканских странах при довольно развитом обороте движимостей (скота и пр.) до сих пор чувствуется влияние «принципа неотчуждаемости земель» (см.: Синицына И.Е. Человек и семья в Африке. М.: Наука, 1989. С. 160).

⁵ Можно заметить, что по предложениям Гракхов (а это время известного аграрного закона 111 г. до н.э., который часто рассматривают как модель чистой собственности) предполагались широкие меры по переделу занятых земель, и лишь небольшие участки, не свыше 30 югеров, не имевшие собственника (оккупированные), могли быть закреплены в «частную собственность, не подлежащую уже переделу» (Штаерман Е.М. История крестьянства в Древнем Риме. С. 71). И после этого изъятия земель их переделы, разделения крупных латифундий имели под собой прочную юридическую основу в виде нормы о верховной собственности римского народа на землю.

⁶ Рулан Н. Юридическая антропология / Отв. ред. В.С. Нерсесянц. М., 1999. С. 116.

поскольку любое «творение», любое «делание» может быть только сверхчеловеческим»¹. В.С. Соловьев заметил, что «труд никаких вещей не производит, а производит только полезности в вещах, но полезности, будучи только отношениями, а не реальностями, не могут быть предметом собственности»². Это поразительно глубокое суждение³ при всей его тривиальности; впрочем, как говорил Л. Витгенштейн, вся философия – «обзор трюизмов». Если вспомнить, что, по излюбленному выражению римских юристов, право охватывает все же мир вещей, «реальностей», то мы должны оставаться в этой сфере, чтобы не оказаться за пределами права, а значит, мы не найдем юридической сути *usucapio* сведением его к трудовому освоению вещи. Наполнение *usucapio* собственно юридическим содержанием следует поэтому увязать уже с нуждами оборота, стремящегося примирить неизбежно обостряющееся в ходе экономического развития столкновение позиций приобретателя вещи и ее предыдущих владельцев, причем *usucapio* как продукт обмена уместно рассматривать в качестве средства разрешения конфликта между групповой, семейной принадлежностью вещи и вовлечением ее в оборот, который не мог сразу иметь форм безличных, только имущественных связей, приобретенных им позднее, когда и первоначальный смысл *usucapio* оказался утраченным.

Например, Гай объяснял его так: «Считается, что это принято для того, чтобы права собственности на вещи не пребывали слишком долго в неопределенности, так как собственнику достаточно для отыскания своей вещи интервала в год или два – времени, которое предоставлено владельцу для приобретения давности»⁴. Ди-

¹ *Элиаде М.* Азиатская алхимия. М., 1998. С. 197.

² *Соловьев В.С.* Оправдание добра // Соч. В 2 т. Т. I. М., 1988. С. 433. Кажется, на те же представления опиралась популярная в Средние века идея о том, что Бог – создатель, creator, тогда как дьявол – мастер, искусный изобретатель.

А. Островский приводит сходное мнение Ж. Дюмезиля о том, что «скандинавский бог Локи имеет и черты демиурга, и черты мифологического плута» (цит. по: *Леву-Строс К.* Первобытное мышление. М., 1994. С. 371). Если это так, то божественная природа собственности оказывается противоположной труду, искусству.

Вытекающую из этих взглядов обескураживающую перспективу неизменности вещи юриспруденция устранила, признав юридическую нетождественность вещи самой себе в результате переработки (спецификации).

Кстати, расхождения между прокулянцами и сабинианцами в вопросе о последствиях спецификации состояли не в разной оценке юридического значения труда, как этого следовало бы ожидать в условиях оправдания собственности трудом, а имели своей основой различия в подходах к поставленной греческой философией проблеме ведущей роли материи или формы.

³ Этому взгляду Вл. Соловьева близко суждение Н. Алексеева: Бог, являясь абсолютной творческой силой, не может считаться собственником всех вещей (хотя архаике и восточным государствам эта идея не была чужда), но «мы, конечные существа, считаем вещи своими потому, что мы не творили этих вещей: мы находим материю в пространстве и времени и можем только придавать ей ту или иную необходимую нам форму» (*Алексеев Н.Н.* Собственность и социализм // Русская философия собственности. СПб., 1993. С. 350).

⁴ Д.В. Дождев, приводя это суждение, обращает внимание на его некорректность: нельзя «говорить о неопределенности отношений собственности, если истинный собственник вещи известен» (*Дождев Д.В.* Римское частное право: Учебник. М., 1996. С. 372).

Позднейшие обоснования исходят из рассудочных доводов, защищающих оборот и позицию добросовестного приобретателя: «Каково бы ни было происхождение собственности, каким бы путем она ни была приобретена, если она была в течение известного времени связана с волею лица, если она составляла ненарушимое его владение, то она присваивается ему окончательно, и никакие дальнейшие пререкания не допускаются. Иначе никто бы не мог быть уверен в законности своего владения, и все отноше-

ошди обращает внимание на то, что римляне рассматривали *usucapio* как разновидность отчуждения¹, хотя полного единодушия о месте *usucapio* в системе права (или системе изложения права) не было².

В этом отношении *usucapio* на завершающей стадии развития может приобрести качество способа обратного введения³ в гражданский оборот вещей, оказавшихся за его пределами, путем присвоения правовой позиции владельцу. Такое суждение, подчеркивая технические возможности *usucapio* и являясь, конечно, телеологическим, не может быть пригодно для объяснения происхождения института. Как замечает Диосиди, раннее римское право не дает оснований считать, что умозрительно могла быть сформулирована конструкция, в прямом виде превращающая неправовую позицию в правовую: реальный путь развития шел по пути приспособления к ранее возникшим правовым средствам, а ведущим мотивом становилось стремление найти в известных формах новые возможности. Поэтому мы скорее встретим объяснение типа изречения (известного также у Цицерона, который, впрочем, как истинный римлянин вряд ли стремился и здесь к оригинальности, предпочитая ей опору на здравый смысл), сила которого в очевидности, конвенциональности (общепринятом): *usucapio constituta est ut aliquis litium finis esset* — приобретательная давность была установлена, чтобы положить конец тяжбам. В этом смысле естественно появление взглядов, согласно которым достаточно длительное для небольшой общины владение выступало сначала как доказательство или, точнее, как основание для освобождения владельца от бремени доказывания права на вещь⁴.

Выяснение юридической природы *usucapio* требует рассмотрения предшествующего ей феномена *usus auctoritas* (буквально: пользование и ручательство⁵), воз-

ния собственности покоились бы на зыбких основаниях. Давность установлена именно вследствие того, что прочность собственности составляет первую потребность гражданского оборота» (*Чичерин Б.Н. Собственность и государство // Русская философия собственности. XVIII—XX. СПб., 1993. С. 115*). Можно заметить, что возможная несправедливость лишения собственности прежнего владельца обоснована не обработкой вещи, а, во-первых, вложением в нее воли приобретателя и, во-вторых, требованиями стабильности; все обоснования коренятся в логике оборота. При этом нельзя забывать, что приобретательная давность, как об этом говорил Энгельман, не имеет оснований ни в праве, ни в справедливости (имея в виду, что право не следует отождествлять со справедливостью). «Представляется неправильным отнимать собственность у одного индивида и отдавать ее другому лишь в целях повышения общей экономической эффективности» (*Дворкин Р. О правах всерьез / Пер. с англ. М., 2004. С. 125*). Даже тот факт, что приобретение по давности не допускается при отобрании вещи в буквальном смысле, т.е. в результате физического насилия, не облегчает задачи примирения приобретательной давности и справедливости.

¹ *Diosdi G. Op. cit. P. 144.*

«*Usucapio* ведет к окончательной утрате бывшим собственником прав на вещь, то есть является скорее способом отчуждения, нежели приобретения», — отмечает Д. Дождев (*Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник. С. 373*). Если это так, то сделанное по другому поводу замечание Помпония: «...поскольку считается, что закон Двенадцати таблиц употребляет слово «купля (*emptio*)» на все случаи отчуждения...» (цит. по: Там же. С. 379) приобретает здесь значение дополнительного довода в пользу того, что источник *usucapio* следует искать в архаичной купле-продаже и в целом в обороте: именно этой логике мы и пытаемся следовать.

² *Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник. С. 371.*

³ При этом обороте мы противопоставляем не пребывание вещи в *familia*, как это было на ранней стадии развития, а удержание вещи только во владении лица без наличия распорядительных правомочий.

⁴ *Diosdi G. Op. cit. P. 90.*

⁵ *Бартошек М. Римское право: Понятия, термины, определения. М., 1989. С. 320.* Такой перевод, впрочем, как и любой другой, может вызвать возражения, так как он в известной мере предreshает содержание самого понятия, относительно которого ведутся многолетние дискуссии.

никшего на почве древней купли-продажи и выражающего форму принадлежности вещи приобретателю. Наличие *usus auctoritas* позволяло приобретателю опираться на помощь продавца в случае предъявления требований к вещи третьими лицами, а также при защите утраченного *usus*¹. Согласно одним взглядам *auctoritas* — это только гарантия против эвикции вещи на короткий период времени (соответственно вещь сразу закрепляется у приобретателя), согласно другим — это власть, даже собственность предшественника на переданную вещь, ограниченная сроком. Здесь же заявлено очень важное положение: *auctoritas* против чужеземцев действует вечно (*aeterna auctoritas*), что заставляет искать общую почву у понятия *auctoritas*.

Д. Дождев, опираясь на текст Цицерона (главный источник по этому вопросу), разграничивает содержание *auctoritas* до возникновения приобретательной давности, когда мы имеем дело с *usus auctoritas*, и после приобретения по давности, когда, как сформулировал Цицерон, возникает *rata auctoritas* (переведено автором как «подтвержденная власть»). При том, что «обе *auctoritas* относятся к нематериальному аспекту принадлежности (в отличие от *usus*) и квалифицируют его как право, которое может быть защищено процессуальными средствами», различия между ними состоят в том, что в случае *usus auctoritas* самостоятельная защита невозможна, а требуется привлечение предшественника, причем его участие не ограничивается только гарантией на случай эвикции (вопреки господствующему мнению), тогда как *rata auctoritas* — это уже основание для нормальной защиты, т.е., по словам Цицерона, «конец споров и опасности судебных разбирательств», хотя и не создает права приобретателя на вещь. Отсюда делается вывод, что *auctoritas* в составе *usus auctoritas* «представляет собой конституирующий элемент специфического режима принадлежности, соотносимого с классической *possessio ad usucapionem*»².

Такое понимание позволяет увязать *auctoritas* с той исторической стадией обмена, когда нахождение вещи в составе *familia* (где могли пребывать и вещи, исключенные из оборота) юридически противопоставлялось ее выходу в оборот, что требовало придания ей определенной формы общей принадлежности, личной связи, объединявшей и отчуждателя, и приобретателя, пока вещь не упокаивалась вновь в составе иной *familia*. Тогда *aeterna auctoritas* против чужаков объясняется тем, что вещь рассматривается как вырванная из недоступной чужакам в силу ее связи с культом предков *familia*³ и тем самым постоянно пребывающая в обороте⁴.

Следовательно, *auctoritas* отражает процесс нахождения баланса в определении форм принадлежности на той ранней стадии, когда оборот начинает затрагивать имущественную целокупность *familia*. Этот процесс носил, конечно, фундамен-

Диошди скептически оценивает возможность его точного выражения наличными языковыми средствами и лишь замечает, что «слова *usus auctoritas* вместе наверняка означают, что владелец вещи получил неоспоримую юридическую позицию» (*Diosdi G. Op. cit. P. 89*). Мы уже обсуждали смысл понятия *usus auctoritas* выше.

¹ «Очевидно, при утрате приобретателем держания (*usus*) виндикационный иск также вчинялся при участии *auctor*, который помогал приобретателю доказать лучшее право на вещь в форме *legis actio sacramento in rem*»; не исключена и легитимация отчуждателя на виндикацию (*Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник. С. 375, 387*).

² *Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. С. 128–130.*

³ См.: *Дождев Д.В. Римское архаическое наследственное право. М., 1993.*

⁴ *Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. С. 131–132.*

тальный характер и безусловно имел первенствующее значение для иных форм, которые имеют свой источник в нуждах оборота. Поскольку российское право сегодня достаточно чувствительно к вопросам приоритетов форм, подчеркнем замечание Д. Дождева: «Несомненно, возможность приобретения от несобственника представляет собой лишь следствие самого порядка, который наделяет реальным эффектом давностное владение, и вторична, как и трактовка *usucapio* в качестве способа приобретения»¹.

Другая известная сторона того же процесса — развитие идеи личности, а вслед за ней и воли лица (поэтому учет добросовестности на ранней стадии был еще невозможен), с которыми увязывается уже классическая *usucapio*. Но их тесная связь с оборотом не вызывает сомнений и заставляет в дальнейшем искать решения основных проблем приобретательной давности исходя из логики оборота.

Usucapio, возникшая из *usus auctoritas*, — продукт доклассического развития, откуда часто выводят и смысл термина «приобретение через пользование (*usu capere*)». Трансформация, которую претерпевает *usucapio* в классическом праве, увязывается с отделением собственности от личных отношений и различением собственности и владения. Одновременно происходит и сужение сферы самого *usucapio*².

Поскольку первоначально *usucapio* не требовала добросовестности (*bona fides*) и надлежащего основания (*iusta causa*), их проникновение в *usucapio* можно объяснить как возрастанием индивидуализации в римском праве, так и взаимодействием *usucapio* с развивающимися понятиями об основаниях собственности.

Обсуждая значение *bona fides*, Диосди замечает, что в строгом смысле слова вещь, полученная с пренебрежением формальностями, не может считаться находящейся у приобретателя в доброй совести, поскольку каждый знал, что без манципации или *in iure cessio* собственность не приобретается³.

Но свой смысл *bona fides* может получить только на почве перетекания юридического значения от ритуальных форм оборота к неформальной традиции, в основе которого лежит разрушающее ритуалы осознание того, что внешние акты поведения получают силу не из самих себя, а из своего внутреннего, волевого содержания. А такому осознанию нет места, пока архаические ритуалы не подвергаются испытанию рациональностью. Следовательно, добрая совесть выступает не как некий антипод манципации, а скорее как продукт поиска смысла в ритуале.

Usucapio находилась во взаимодействии с бонитарной собственностью, которая через *Actio Publiciana* опиралась на приобретательную давность, а также с владени-

¹ Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник. С. 373. Если согласиться с этим, то действие приобретательной давности в обороте представляется как противостоящий собственности механизм с восполняющими функциями, а для такого представления и на самом деле имеется немало оснований.

² Diosdi G. Op. cit. P. 145.

³ Ibid. P. 148. Этот вопрос, однако, имеет и современное звучание. Содержанием ст. 168 ГК РФ охватывается не только незаконная сделка, нарушающая установленный законом запрет и потому действительно исключающая добросовестность, но и продажа чужого имущества, которая, будучи незаконной сама по себе, не сопряжена *ipso iure* с недобросовестностью, поскольку приобретатель действует, находясь в неведении относительно фактов, а не стремясь нарушить право (не будем рассматривать как имеющую мало почвы в действительности ситуацию, в которой воля покупателя направлена на прямое нарушение закона, не позволяющего продавать чужие вещи).

ем. Это не только привело к внутренним модификациям самой *usucapio*, но и сузило область ее применения.

Классическая *usucapio* имела другое важное ограничение: не подлежала приобретению по давности ворованная вещь (вероятно, речь сначала шла только о самих ворах). При широком понимании воровства архаичным правом это ограничение имело серьезные последствия и практически оставило *usucapio* лишь сферу передачи вещей путем взаимодействия с собственником.

Одним из наиболее важных практических вопросов современной приобретательной давности является именно сфера ее действия. Поэтому есть смысл сразу сосредоточить внимание на ограничении сферы *usucapio*. Достаточно убедительным представляется объяснение Диошди. Он исходит из того, что с утратой римским обществом первоначального характера небольшой общины и быстрой экспансией Рима старые сроки *usucapio* — два года для недвижимости и год для движимости — пришли в явное противоречие с реальностями оборота. Эти сроки теперь никак не гарантировали прежнему владельцу возможность своевременно отыскать свою вещь и принять меры к ее возврату. Более логичным было бы увеличение сроков (как это было сделано, наконец, Юстинианом и воспринято современным гражданским правом), но такой путь, означающий ревизию Законов XII таблиц, был абсолютно исключен для классического права. Поэтому юриспруденция пошла по пути ужесточения условий *usucapio* и резкого ограничения ее сферы. Следовательно, само по себе снабжение приобретательной давности ограничительными механизмами, в том числе требованием добросовестности, не может считаться чертой прогресса этого института. Если взять его в развитии, то классическая *usucapio* была наиболее жесткой и ограниченной по сравнению как с архаичной, так и с той, которая закреплена современными кодексами¹.

О «тенденции затруднять давность» применительно, в частности, к взглядам Павла на требование доброй совести для момента не только традиции, но и купли говорит Дернбург².

Нужно однако заметить, что нормативное смягчение приобретательной давности в современном праве многих стран сосуществует с одновременным сужением ее сферы за счет непосредственного возникновения собственности у добросовестного приобретателя движимости, с одной стороны, и устранением ограничений виндикации недвижимости, с другой стороны.

В русском праве, пишет Г.Ф. Шершеневич, «давность владения остается институтом мало развитым»³.

Впервые давность владения обнаруживается в Псковской судной грамоте, хотя и до этого ссылки на старину владения были обычным делом. В русских памятниках можно заметить такие условия давности, как срок владения (от трех лет согласно трехпольному хозяйству до 30 лет для выкупа родовых имуществ); непрерывность и спокойствие владения; воздействие на вещь (если владелец «стражет тою землею»); указание основания владения. Для движимых вещей давности не было: «холопу, робе суд от века».

¹ *Diosdi G.* Op. cit. P. 147–148.

² *Дернбург Г.* Указ. соч. С. 135.

³ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 187.

В крестьянском быту имелось твердое убеждение, что не срок, а обработка земли — основание права, вследствие чего сам по себе выход из владения недвижимостью еще не ведет к утрате права собственности¹.

Отмеченное М.Ф. Владимирским-Будановым усложнение отчуждения родовой вотчины, ограниченное правом выкупа, вследствие чего «право собственности окончательно утверждалось не только договором купли, а истечением давности»², имеет черты общности не столько даже с *usucapio*, сколько с предшествующим ей *usus auctoritas*.

Возможно, по причине слабой укорененности в отечественном праве приобретательная давность столь легко выпала из ГК РСФСР 1922 г. В результате возникли неизбежные пробелы в вещных отношениях. Ведь после отказа в виндикационном иске либо по основаниям добросовестности владения³, либо по пропуску срока давности, а также в случае непредъявления такого требования возникало незаконное владение без каких-либо перспектив перейти к определенному титулу, получить право в основание. В такой ситуации, создающей вечное разъединение собственности и владения, вещь юридически выбывала из оборота и не могла в него вернуться легальным образом. Кроме того, вследствие одновременного упряднения и владельческой защиты такое незаконное владение не было защищено от посягательств; следовательно, вещь не только не могла вернуться в оборот, но и спокойное владение ею вне оборота не было никак обеспечено.

Не случайно цивилисты призывали к восстановлению приобретательной давности. Уже в 30-е гг. XX в. первым на это обратил внимание В.А. Рясенцев⁴. Ко времени разработки гражданских законов начала 60-х гг. эта идея приобрела широкое признание среди ученых⁵, однако еще не стала достаточно убедительной для законодателя.

В последующие годы такие обстоятельства, как неограниченная виндикация государственного имущества⁶ и снисходительное отношение к восстановлению сроков исковой давности, а главное слабое развитие оборота, позволяли обходить проблему незащищенного незаконного владения. Эта ситуация нашла свое теоретическое отражение в приравнивании позиции добросовестного приобретателя к позиции собственника: «Известно, что согласно правилам ст. 151–157 ГК РСФСР добросо-

¹ Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Ростов н/Д, 1995. С. 503–505.

² Там же. С. 574.

³ По ст. 183 ГК РСФСР 1922 г. (по образцу § 932 ГГУ) исключение еще делалось для покупателя, получившего имущество, не подлежащее виндикации. Такой покупатель становился собственником. Однако в главе о купле-продаже ГК 1964 г. и эта норма оказалась утраченной.

⁴ См.: Масляев А.И. Владимир Александрович Рясенцев (1909–1992 гг.) // Правоведение. 1992. № 4. С. 57.

⁵ См., например: Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М., 1961. С. 215. Интересно, что предлагалось установить одинаковые сроки исковой (по виндикации) и приобретательной давности. Ср. с установленным ГГУ максимальным сроком исковой давности в 30 лет (§ 195 ГГУ) и сроком в 30 лет (предельным) приобретения по давности земельного участка (§ 927 ГГУ).

⁶ Ее инерционное действие продолжается и сегодня: применительно к государственной собственности начало течения приобретательной давности может исчисляться в любом случае не ранее 1 июля 1991 г., когда истек срок исковой давности после вступления в силу Закона «О собственности в СССР», отменившего неравные условия защиты прав собственности разных субъектов (Вестник ВАС РФ. 1997. № 7. С. 94).

вестный приобретатель имущества от несобственника становится его собственником», если нет оснований для удовлетворения виндикационного иска¹.

При обосновании этой позиции до недавних пор было принято ссылаться на классическую работу Б.Б. Черепахина², которая исходила из известной нормы ст. 183 ГК РСФСР 1922 г. После обновления законодательства эта работа при всей своей авторитетности, едва ли уступающей авторитету закона, все же не могла заменить выпавшую норму о приобретении собственности добросовестным приобретателем от неуправомоченного продавца.

При подготовке другого известного исследования (это время совпало с переходом к новому ГК) Б.Б. Черепахин, не обнаружив преемственности нормы ст. 183 ГК 1922 г., указал на норму ст. 28 Основ гражданского законодательства об ограничениях виндикации как на основание возникновения собственности у добросовестного приобретателя³.

С тех пор, как можно судить по юридической литературе, в особенности учитывая, например, воспроизведение этой позиции в комментарии ГК, излагавшем главным образом общепринятые взгляды⁴, мнение о наличии в нашем праве института приобретения собственности добросовестным приобретателем практически не подвергалось сомнению и обычно при этом нормативным основанием указывалось ограничение виндикации.

Нетрудно заметить, что проблема решена путем толкования, которое (и это главное) не находит прямых подтверждений в тексте закона, ведь норма ст. 183 ГК РСФСР 1922 г. не была воспринята в дальнейшем гражданском законодательстве.

Но и практически такой подход таит неразрешимые трудности. Например, если собственник добился признания недействительности сделки по отчуждению своей вещи, но не прибегнул к виндикационному иску (или не получил по нему удовлетворения), непонятно, на каком основании приобретатель мог бы легально распорядиться вещью? Ведь единственное имеющееся у него основание — договор аннулирован, а все известные и истории, и теории права способы доказывания собственности, полученной в обороте, в том числе и пресловутое «дьявольское доказательство», состоят в приведении неопороченных титулов предшественников.

Понятно, что особое производство для установления в этом случае добросовестного приобретения, создававшего, согласно доктрине, право собственности, не применяется⁵. А признание его в исковом порядке не вытекало из смысла приве-

¹ *Иоффе О.С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 210. Статьи 151, 152 ГК РСФСР соответствуют ст. 301, 302 ГК РФ, кроме преимущественной защиты государственного имущества в виде неограниченной его виндикации.

² *Черепахин Б.Б.* Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя // Уч. зап. Свердловского юрид. ин-та. Т. 2. Свердловск, 1947.

³ *Черепахин Б.Б.* Правопреемство по советскому гражданскому праву. М., 1962. С. 41.

⁴ «Смысл ст. 152 в том, что она закрепляет изъятия из общего принципа, установленного ст. 151 ГК РСФСР, предусматривая случаи, когда собственник не может истребовать свою вещь из чужого владения. Более того, при этих обстоятельствах право собственности прекращается у бывшего собственника и возникает у владельца» (Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Отв. ред. С.Н. Братусь, О.Н. Садилов. М., 1982. С. 191).

⁵ Установление факта владения строением на праве собственности (п. 6 ст. 247 ГПК РСФСР) допускаясь, например, если, во-первых, «никто не оспаривает прав заявителя на соответствующее строение», что совершенно естественно для особого производства, но едва ли выполнимо в данном случае,

денных высказываний о возникновении собственности (даже не презумпции) в силу самого факта добросовестного приобретения от несобственника вещи, не подлежащей виндикации.

Да и было бы в высшей степени странно увязывать возникновение собственности у приобретателя с предъявлением к нему виндикационного иска надлежащим собственником, который таким образом превращался бы в то дарующее лицо, от действий которого зависели и потеря им собственного права, и возникновение такого права у нарушителя, в каком качестве он и воспринимает ответчика. В то же время установление добросовестности, которая, конечно, является вопросом факта, помимо суда всегда оставляет сильный элемент неопределенности, недопустимый для отношений собственности. Здесь, кстати, обнаруживается смысл различия норм § 932 ГГУ и ст. 183 ГК РСФСР 1922 г. Если по ГГУ провозглашается собственность приобретателя, кроме случаев, когда он действовал недобросовестно (и следовательно, бремя доказывания лежит на оспаривающей стороне), то согласно норме ст. 183 ГК РСФСР 1922 г. покупатель приобретает право собственности, поскольку собственник не вправе истребовать от него имущество¹. Такая формулировка сама по себе не подразумевает добросовестности приобретателя и, следовательно, ухудшает его позиции при доказывании.

Итак, ссылка нового приобретателя на оказавшийся недействительным прежний договор с несобственником уже невозможна, так как тогда этот новый приобретатель становится недобросовестным, а предъявление иного основания права собственности невозможно за отсутствием технических средств его получения. Следовательно, не только по буквальному смыслу закона, но и с практической точки зрения возникновение собственности у добросовестного приобретателя вещи, не подлежащей виндикации, надо признать весьма сомнительным. Однако в условиях неразвитого, маргинального оборота эти трудности не могли ощущаться, и потому устранение посредством доктринального допущения наиболее заметных пробелов фундаментального характера в системе позитивного права могло иметь оправдания.

Не может считаться достаточно убедительной и логика отождествления ограничения виндикации в пользу добросовестного приобретателя со смежным, но все же иным институтом — приобретением добросовестным приобретателем собственно-

и во-вторых, если речь идет о «факте наличия документов, подтверждающих принадлежность заявителю строения на праве собственности» (Гражданское процессуальное законодательство: Комментарий / Отв. ред. М.К. Юков. М., 1991. С. 438). Как видим, установление добросовестности приобретения не было предметом доказывания.

¹ Впрочем, формулировка, аналогичная ст. 183 ГК РСФСР 1922 г., вновь появилась в п. 4 ст. 234 ГК РФ, в котором говорится, что течение срока приобретательной давности начинается не ранее истечения срока для виндикации «в отношении вещей, находящихся у лица, из владения которого они могли быть истребованы». Поскольку п. 1 ст. 234 ГК РФ введена добросовестность как непереносимое условие приобретения по давности, норма п. 4 ст. 234 ГК может быть, видимо, применена лишь к случаям, когда вещь выбыла из владения собственника помимо его воли или была получена приобретателем безвозмездно, т.е. за пределами ограничений виндикации. На наш взгляд, и применительно к п. 4 ст. 234 ГК формулировка «случаи, когда вещь (не) могла быть истребована» не может считаться вполне ясной и определенной. Во всяком случае более логичным мне кажется другой вывод: если имущество не могло быть виндцировано, то срок течет с момента приобретения, если же собственник имеет право вернуть себе имущество, то следует дать ему эту возможность, в том числе и лишением владельца возражения, что он уже начал вести владение по давности. Следует, видимо, согласиться с преобладающим мнением в пользу отмены нормы п. 4 ст. 234 ГК.

сти на вещь от неуправомоченного отчуждателя даже с учетом формулировки той утраченной нормы ст. 183 ГК 1922 г., которая постоянно имела в виду в предшествующие годы. Кроме очевидной нетождественности названных двух норм достаточно ознакомиться с иной системой права, которой они усвоены, например германской, наиболее близкой российскому праву (ведь влияние ГГУ хорошо чувствуется в ряде положений ГК 1922 г.). Ознакомившись с § 986 ГГУ (возражения владельца против виндикации), читатель, не знакомый с приведенной выше проблематикой, должен удивиться, не найдя вовсе никакой защиты, предоставляемой добросовестному владельцу против иска невладельческого собственника. Добросовестность учитывается лишь при расчетах, затрагивающих доходы и убытки, связанные с виндицируемой вещью (§ 987–994 и сл.), но никак не при возврате вещи. Вопрос, однако, легко разрешается, если обратиться к § 932 ГГУ, в силу которого любой приобретатель, кроме недобросовестного, становится собственником движимой вещи¹, приобретенной от несобственника.

Теперь ясно, что если добросовестный приобретатель стал собственником вещи в момент ее приобретения независимо от наличия права на отчуждение у продавца, то виндикация к нему уже невозможна, так как он более не владелец, а собственник. Следовательно, *наличие в законодательстве нормы об ограничении виндикации в пользу добросовестного приобретателя не подтверждает, а скорее опровергает допущение, что этот же приобретатель уже стал собственником.*

Впрочем, даже при широком распространении этого допущения в российском законодательстве того времени оставалось еще задавленное незаконное владение вещами, которое уже никак невозможно было ввести снова в оборот.

Нужда в приобретательной давности стала заметно возрастать с оживлением гражданского оборота, что объясняется решающим значением развития обмена для этого по видимости статичного института, содержание которого в наибольшей степени объясняется именно потребностями оборота.

Здесь нужно вернуться к вопросу о функциональном соотношении трех смежных и частично перекрывающихся институтов: ограничения виндикации, приобретения собственности от неуправомоченного продавца и приобретательная давность. В каждом из них центральное место занимает рожденная в обороте вопреки собственнику фигура добросовестного приобретателя. На почве только что показанного сопоставления § 932 и 986 ГГУ стала видна взаимозаменяемость приобретения собственности от неуправомоченного отчуждателя и ограничения виндикации. Именно то, что взаимозаменяемость означает и взаимоисключение, объясняет упразднение ограничения виндикации в пользу добросовестного приобретателя.

Правда, такую заменяемость не всегда можно называть взаимной. Ведь если добросовестный приобретатель, всегда превращаясь в собственника, делает ненужной защиту от виндикации, то обратная связь лишена этого автоматизма: получивший защиту от виндикации добросовестный приобретатель не становится собственником в отсутствие прямого указания закона, а продолжает владеть без титула, незаконно и чтобы стать собственником нуждается в приобретательной давности. Теперь

¹ Приобретение недвижимости, осуществляемое по ГГУ через запись в поземельных книгах, включает передачу собственности путем традиции и тем самым юридическое значение владения, поэтому из оборота недвижимости исчезает понятие добросовестного или недобросовестного приобретения.

понятен характер связи приобретательной давности с иными способами «ограничения» (точнее, утраты) собственности в обороте. Приобретательная давность является последним средством вернуть в оборот вещи, выбывшие из него (главным образом, нерадением собственника), и потому следует за виндикацией и приобретением вещи от неуправомоченного отчуждателя (если эта норма имеется в позитивном законодательстве), как бы подбирая те вещи, которые еще не смогли попасть во власть собственника.

С принятием Основ гражданского законодательства 1991 г. приобретательная давность впервые стала фактом гражданской кодификации в российском праве. Понятно, что пока мы не можем опереться на значительную практику, особенно если учесть, что сила самой нормы проявляется именно с истечением немалых сроков давности, завершающих юридический состав и дающих тем самым почву для права или спора о праве. Поэтому сегодня любой спор, в котором сделаны ссылки на приобретательную давность, становится предметом обсуждения.

Примером может служить дело, рассмотренное Ставропольским арбитражным судом в 1994 г.

В феврале 1991 г. совхоз «Первомайский» передал кооперативу при агропромышленном комбинате «Минералводский» мельницу. В апреле того же года было заключено соглашение между комбинатом и кооперативом об аренде мельницы. 10 октября 1992 г. был составлен акт приема-передачи мельницы от кооператива вновь создаваемой ассоциации крестьянских и фермерских хозяйств «Орал» (далее – АКХ «Орал»). Однако коллектив мельницы, входящий в состав кооператива, продолжал эксплуатировать мельницу. В 1993 г. этим коллективом было создано АОЗТ «Майдан», а в октябре 1993 г. между АОЗТ «Майдан» и правопреемниками реорганизованного совхоза «Первомайский» был заключен договор купли-продажи мельницы. В 1994 г. АКХ «Орал» предъявила иск АОЗТ «Майдан» об истребовании мельницы из владения ответчика.

Иск был судом удовлетворен по следующим основаниям. С подписанием 10 октября 1992 г. акта о передаче мельницы кооперативом АКХ «Орал» «стал открыто владеть спорной мельницей как своим собственным имуществом, т.е. истец на конец 1992 г. являлся «владельцем на себя». Последующий договор купли-продажи мельницы ответчику был судом отвергнут, так как «решение указанного вопроса без участия лица, на балансе которого находится мельница, противоречит ст. 50, 54¹ Основ гражданского законодательства»².

Конечный вывод суда: «...истец является лицом, владеющим спорной мельницей как своим собственным имуществом, в то время как ответчик не имеет надлежащего права владе-

¹ Ссылка на ст. 54 Основ (ст. 301 ГК) свидетельствует о не вполне четком понимании сути приобретательной давности. В ст. 54 Основ речь идет только о титульных (законных) владельцах, а в п. 3 ст. 50 говорится о добросовестном незаконном владельце. Иными словами, налицо не дополнение, а противопоставление двух норм.

² На самом деле здесь есть, конечно, проблема, но суд не смог ее адекватно сформулировать: речь должна идти не столько о действительности купли-продажи (ведь ничтожность сделки не исключает защиты приобретателя), сколько о том, могла ли перейти собственность по купле-продаже при отсутствии владения у продавца, а значит, о том, у кого было владение. Ссылка на ст. 50, 54 Основ здесь не проясняет ситуацию, если только не понимать ее в том смысле, что, указав на сторону в виндикационном процессе, мы находим тем самым владельца. Но ведь именно вопрос о владении и является предметом спора, а значит, такая ссылка не может быть сделана до разрешения дела.

ния, собственности на указанное имущество, в связи с чем требования истца подлежат удовлетворению в соответствии с ч. 3 ст. 50 Основ гражданского законодательства».

Налицо одна из первых попыток применения норм о приобретательной давности (сейчас вместо ст. 50 Основ гражданского законодательства действует ст. 234 ГК), в соответствии с которой лицо, без законных оснований завладевшее имуществом, в том случае, если оно добросовестно, открыто и непрерывно будет владеть как своим собственным недвижимым имуществом в течение 15 лет, а движимым — пять лет¹, приобретает право собственности на это имущество. До истечения приобретательной давности владелец вещи имеет определенную защиту своего владения.

Возражения против решения осложнены необходимостью дать оценку акту приема-передачи мельницы. Сам по себе этот акт не порождает перехода права собственности и какого-либо другого права на вещь. Не возникают права и из фактической передачи вещи. Эти действия знаменуют возникновение права, если они исполняются в силу договора (ст. 223 ГК) или по иному основанию (например, по судебному решению). Предположим все же, что упомянутый акт был совершен в силу какого-то основания (сделки и др.), от имени кооператива. Поскольку кооператив заведомо не был собственником, а владел мельницей на праве аренды (и если договор аренды сомнителен (такой мотив звучит в решении суда), то владел без всякого основания), постольку любое такое основание не порождало права собственности приобретателя, а влекло лишь возникновение незаконного владения (в этом смысле суд верно среагировал на ситуацию, обратившись именно к п. 3 ст. 50 Основ (ст. 234 ГК)).

Получается ли защита в таком случае? Ответ оказывается отрицательным. Во-первых, как уже отмечалось, защита (в данном случае истребование вещи) возможна лишь при наличии факта владения. А в нашем случае АКХ «Орал» никогда ранее не владела мельницей. Подписание акта без фактической передачи еще не создает владения. Преемство владения от кооператива могло возникнуть лишь в случае его преобразования, но ассоциация — это такое юридическое лицо, которое может воз-

¹ К этому сроку прибавляется срок исковой давности по виндикации, если имущество «могло быть истребовано» (п. 4 ст. 234 ГК). В течение срока исковой давности (незаконное) владение не может еще считаться спокойным, ведь собственник, сохраняя возможность вернуть вещь, в состоянии тем самым влиять на осуществление владения: «...собственник, несмотря на посягательство на его право в виде противопоставленного владения, должен иметь физическую возможность заявить о своем праве. Факт незаявления о своем праве должен квалифицироваться обществом как отсутствие фактического (хотя и не потенциального) интереса к имуществу со стороны его собственника» (*Мамтеу У., Суханов Е.А.* Основные положения права собственности. М., 1999. С. 171). Однако здесь затрагиваются прежде всего вопросы приобретения собственности, а приобретательная давность освещается главным образом как средство защиты владения. Поэтому мы не будем углубляться в детальное исследование фактического состава, приводящего к возникновению права собственности у приобретателя.

Впрочем, неполнота регулирования владения ГК РФ не могла не сказаться и в вопросах о сроках приобретательной давности. Если «безусловно, общим для всех правовых систем ядром можно рассматривать принцип, обуславливающий существенное сокращение срока давности добросовестным владением, причем порядок сокращения — в зависимости от той или иной правовой системы — колеблется в пределах от одной трети до половины срока» (*Мамтеу У., Суханов Е.А.* Указ. соч. С. 170), то в ГК РФ недобросовестное владение вообще не ведет к приобретению по давности; соответственно и добросовестность не может влиять на сокращение сроков. В целом ситуация со сроками никак не отличается гибкостью.

никнуть только путем объединения учредителей (крестьянских хозяйств). Во-вторых, защита по ст. 234 ГК возможна лишь против третьих лиц, но не допускается против собственника и законных владельцев. В данном случае ответчик ссылался на договор купли-продажи спорного имущества. Без аннулирования этого договора защита в порядке ст. 234 ГК против собственника невозможна.

Решением суда слабо затронуты иные важные реквизиты приобретательной давности — добросовестность приобретения вещи и правомерность основания. Эти стороны приобретательной давности нужно обсудить более подробно, но предварительно есть смысл остановиться на общем значении института в сложившейся ситуации. Отмеченное еще А.В. Венедиктовым отсутствие в нашем послереволюционном праве владельческой (посессорной) защиты, имеющейся, по словам И. Покровского, «во всяком культурном обществе»¹, едва ли можно считать большим успехом, и в любом случае оно не может не накладывать отпечаток на функционирование вещных прав в целом.

Например, в описанной выше ситуации разделения владения и собственности вещью, возникшей вследствие утраты собственником возможности вернуть себе владение, владелец лишен легальных средств защиты своей позиции. В то же время собственник, добившись возврата вещи любым образом, в том числе и нелегальным, вплоть до насильственных действий, вполне восстанавливает всю полноту своих прав без каких-либо частнопроводных последствий².

После этого неудивительно, что и несобственник, добыв любым образом владение от незаконного владельца, также не подвержен воздействию любых частнопроводных средств ответной защиты за неимением таковых. Трудно не признать, что такой порядок едва ли отвечает нуждам гражданского оборота, да и соображениям простой справедливости, которые в этом случае вполне согласны с не всегда моральным оборотом.

В создавшихся условиях защита владения, если признать все же ее уместность, может строиться лишь на почве приобретательной давности. Прямой аналогии с бонитарной собственностью все же не возникает (хотя параллели, конечно, напрашиваются): во-первых, нет нужды вводить фикцию истечения срока давности, а во-вторых, даже защищенное таким образом владение не становится правом.

Задача облегчается тем, что владельческая защита владения для давности от третьих лиц может не потребовать полного обоснования состава, указанного в ст. 234 ГК, если только спор не возник с собственником или законным владельцем.

¹ Покровский И.А. История римского права. Пг., 1918. С. 266.

Р. Иеринг не допускал возможности существования правовой системы, лишенной владельческой защиты (см.: Иеринг Р. Об основании защиты владения. М., 1883. С. 145).

² В российском законодательстве отсутствует правило, подобное позднему римскому: «Лицо, самоуправно отнявшее свою вещь у владельца, теряет право собственности на эту вещь в пользу владельца» (Хвостов В.М. Указ. соч. С. 243). См. также: Институции Юстиниана / Пер. Д. Расснера; Под ред. Л.Л. Кофанова и В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 1998. С. 305, 365; Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право: Базовый учебник / Пер. с македонского В.А. Томсинова и Ю.В. Филиппова; Под ред. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 1999. С. 151.

Постклассический характер этой нормы сближает ее в известном смысле со знакомой нам идеологией, не терпящей разделения владения и собственности.

На мой взгляд, доказывать добросовестность, поскольку речь идет о защите только владения, не требуется¹. Владелец, кроме того, вправе опереться также на общую презумпцию добросовестности. «Недобросовестность никогда не предполагается»² — это правило, конечно, соблюдается и для приобретательной давности: «...наличность bona fides узукапиент не обязан доказывать особо; она предполагается, пока не будет доказано противное»³; «особого доказательства добросовестности не требуется и, так как она в человеческом обороте составляет правило, она предполагается, пока не доказана недобросовестность»⁴.

В русском праве презумпция добросовестности владения была прямо закреплена в ст. 530 ч. 1 т. X Свода законов: «Владение признается добросовестным дотоле, пока не будет доказано, что владельцу достоверно известна неправость его владения».

У. Маттеи отмечает, что презумпция добросовестности владения является «важным принципом»⁵.

Впрочем, применительно к виндикации по ГК РСФСР В.А. Дозорцев, отмечая, что «существует взгляд, в соответствии с которым действует презумпция добросовестности приобретателя вещи», не соглашался с этим подходом, так как «такая презумпция предполагает существование лица, на котором лежит бремя опровержения этой презумпции. Таким лицом может быть только истец, собственник вещи, который зачастую не располагает и не может располагать никакими данными о способе и условиях приобретения вещи ответчиком. Напротив, ответчик располагает необходимыми данными. Поэтому обстоятельства рассматриваемого иска соответствует противоположная презумпция. Бремя доказывания своей добросовестности лежит на владельце, приобретателе вещи»⁶. Здесь можно заметить только процессуальное понимание презумпции, хотя она является скорее материально-правовой, а такие презумпции «не всегда напрямую связаны с распределением бремени доказывания»⁷.

Не углубляясь далее в суть этой позиции⁸, заметим, что в нашу ситуацию он не вносит изменений, так как даже упразднение презумпции добросовестности владения против собственника, если его все же допустить, не исключает владельческой защиты против третьих лиц без доказывания добросовестности на основе

¹ Этот вопрос подробнее рассматривается далее.

² *Шершеневич Г.Ф.* Учебник торгового права. М., 1994. С. 261.

³ *Хвостов В.М.* Система римского права. М., 1996. С. 254. Автор ссылается также на Виндшейда.

⁴ *Дернбург Г.* Указ. соч. С. 135. Такое понимание, состоящее в признании общей презумпции доброй совести «в человеческом обороте», иногда оспаривается. Так, Е. Богданов утверждает, что «эта презумпция может быть только законной, но не общей» (*Богданов Е.* Категория «добросовестности» в гражданском праве // Российская юстиция. 1999. № 9. С. 13). Трудно, однако, согласиться с таким подходом, когда все участники оборота предполагаются действующими неосмотрительно и обязанными доказывать иное, если только закон прямо не освободит их от этой обязанности.

⁵ *Маттеи У., Суханов Е.А.* Указ. соч. С. 165.

⁶ Комментарий к ГК РСФСР. М., 1982. С. 192.

⁷ *Веденев Е.Ю.* Роль презумпций в гражданском праве, арбитражном и гражданском судопроизводстве // Государство и право. 1998. № 2. С. 44.

⁸ Возражения могут состоять, в частности, в том, что обсуждение добросовестности на почве отсуждения вещи от покупателя (ведь купля-продажа — наиболее уместная гипотеза), который в силу ст. 462 ГК постарается привлечь в дело продавца, неизбежно приведет к тому, что главное бремя доказывания окажется именно на продавце, который не только является наиболее осведомленным лицом, но и несет наибольшую ответственность в случае эвикции.

ст. 234 ГК именно потому, что она невозможна против собственника. Эта презумпция добросовестности, стало быть, — презумпция оборота, а ее сила обнаруживается в отношении любого третьего лица.

Презумпция добросовестности приобретения тесно граничит с вырастающей из презумпции собственностью, что выражено известным положением французского права: «...по отношению к движимостям владение равносильно правооснованию» (ст. 2279 ФГК)¹. Находясь под влиянием этой идеи, русское право также склонялось к тому, что «если движимость поступила от собственника в постороннее владение не вследствие кражи или иного преступления, то собственник, утративший владение, не вправе требовать отобрания вещи от владельца, не имеющего права собственности, если он приобрел ее добросовестно», а это приводит к «презумпции права собственности в пользу владеющего, которая допускает и опровержение»².

Приведу любопытное дело, рассматривавшееся в 2005 г. Арбитражным судом г. Москвы³.

Центральный банк предъявил иск Центральному союзу потребительских обществ (Центросоюзу) по следующим основаниям. В 1939 г. Госбанком СССР был приобретен акционерный Банк Северной Европы с размещением его в Париже. Поскольку французское законодательство не допускало акционерного общества с одним акционером, акции были расщеплены между несколькими советскими юридическими лицами, в том числе около 9% акций были переданы Центросоюзу СССР. Центросоюз РФ, став правопреемником Центросоюза СССР в 1992 г., неоднократно пытался распорядиться этим пакетом акций, тогда как Центробанк РФ возражал против этого. Основанием возражений был тот аргумент, что на самом деле акции не передавались в собственность Центросоюзу СССР, а были ему даны в «номинальную», «условную» собственность.

Оценивая эту юридическую конструкцию, должен отметить, что в соответствии с ГК РСФСР 1922 г., который действовал в 1939 г., свобода договора исключалась. Поэтому любой договор об отчуждении имущества не мог сопровождаться дополнением его условиями, исключающими или ограничивающими права получателя имущества. Невозможно было сконструировать и агентский договор, отличный от комиссии или поручения, а в случае комиссии или поручения нужды в передаче акций не возникало.

В силу ст. 66 ГК РСФСР право собственности на передаваемые вещи возникало в момент заключения договора, а для родовых вещей — в момент их передачи (правило, совершенно родственное правилу ФГК). Эта норма была сформулирована как императивная. Поэтому тот факт, что оплата акций не производилась (таких доказательств не было обнаружено)⁴, по строгому смыслу закона не мог быть юридическим препятствием для возникновения собственности у Центросоюза.

¹ См. также: *Черепяхин Б.Б.* Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. С. 71.

² *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. С. 162–163.

³ Дело № А40-51306/04-27-251с.

⁴ В широком смысле это не должно пониматься как безвозмездная передача акций, если учесть, как часто в 1920–1930-х гг. советское государство отбирало объекты кооперативной собственности, компенсируя их произвольно и нерегулярно.

Наконец, заключение мнимого договора исключалось, так как мнимый договор не мог быть исполнен (для сделки о передаче акций исполнением как раз и являлось занесение акций в реестр, т.е. передача их во владение приобретателю¹). По ГК РСФСР 1922 г., как, впрочем, и по ГК РСФСР 1964 г., правило о невозможности исполнения мнимого договора и передачи имущества в силу такого договора было совершенно ясным, поскольку указанными законами исключалась всякая регистрация применительно к мнимой сделке.

Тем не менее Центробанк, используя тот факт, что не только документы об оплате акций, но и сам договор об их передаче не был обнаружен, настаивал на том, что ответчик имеет сомнительное, несовершенно право на акции. В ответ на этот довод Центросоюз и сослался на правило ст. 2279 ФГК: владение равнозначно правовому основанию. Поскольку владение акциями ответчиком и его правопреемниками в течение многих лет невозможно поставить под сомнение, то право на акции (основание владения) тем самым имеется. Это уже не презумпция, а положительный вывод, поскольку применимо непосредственно французское право.

С точки зрения приобретательной давности по ГК РФ можно применить такой ход рассуждений: поскольку Центросоюз РФ в 1992 г., став правопреемником Центросоюза СССР, получил в составе другого имущества и спорные акции, его правовая позиция определяется следующим. Добросовестность приобретателя отпадает, если в момент получения акций он не мог не знать о порочности прав на них. Однако такого рода фактов истец не представил. А раз так, то акции, полученные в порядке правопреемства, могут стать объектом приобретения по давности в пользу правопреемника даже при порочности позиции предыдущего владельца, если только эта порочность не являлась очевидной и не могла быть заведомо известной правопреемнику. В этом случае, правда, правопреемник лишен возможности прибавить срок владения предшественника к своему сроку владения и должен исчислять срок владения сначала.

Впрочем, с формальной точки зрения нормы российского права не могли быть применены в этом споре, так как в силу п. 3 ст. 1206 ГК возникновение права собственности в силу приобретательной давности определяется по праву страны, где имущество находилось в момент окончания срока приобретательной давности.

Если принять в качестве рабочей идею презумпции наличия основания владения в российском праве (кроме случаев кражи или потери движимости), то тогда значительно сглаживаются, особенно в практическом отношении, проблемы приобретения движимых вещей от несобственника добросовестным приобретателем. Одновременно намечается и путь законодательной эволюции приобретательной давности для движимостей в сторону ее сокращения, возможно и до одного мгновения, как это сделано в ГГУ². У. Маттеи замечает по этому поводу, что «ко-

¹ В то же время мнимость купли-продажи недвижимой вещи не исключает регистрации права собственности в ЕГРП, ведь такая регистрация сама по себе не является исполнением обязательств из купли-продажи в виде передачи вещи, тогда как отметка в реестре акционеров отождествляется именно с передачей акций. Впрочем, в судебной практике преобладает противоположный подход, в силу которого регистрация права в ЕГРП означает исполнение договора купли-продажи недвижимой вещи.

² Соответствующие нормы имеются в праве Франции, Англии, США (Гражданское и торговое право капиталистических стран / Отв. ред. Е.А. Васильев. 3-е изд. М., 1993. С. 322). Аналогично решен вопрос для добросовестного приобретения движимостей и шведским правом (см.: *Хостад Т.* Право соб-

гда мы имеем дело с движимым имуществом, различия между правом собственности и владения, по-видимому, имеют тенденцию к стиранию»¹.

В то же время сфера приобретательной давности должна охватывать и недобросовестно приобретенное имущество, со значительным увеличением сроков приобретения конечно. Например, если самовольно возведенную постройку никто не требует снести много лет либо собственнику отказано в виндикационном иске за пропуском срока исковой давности, целесообразно (хотя, возможно, и несправедливо) в конечном счете все же закрепить право собственности за владельцем с возложением на него бремени собственности, в том числе налоговых обязанностей.

Исключение должно затрагивать только владельцев противозаконных (такого термина нет в нашей теории владения, хотя необходимость выделения группы владельцев, виновно нарушивших закон, должна рано или поздно обнаружиться). Такие владельцы, получившие вещь путем виновного нарушения норм публичного права, должны быть, по всей видимости, исключены из числа недобросовестных владельцев, которые могут приобрести по давности. Вспомним о римском правиле, в силу которого вор никогда не приобретал по давности². В то же время эти противозаконные владельцы должны иметь защиту владения от внешних посягательств наравне с недобросовестными. Возможно при этом и установление приоритетов во владении, которые до сих пор не известны нашему праву.

Именно таким должно быть изменение института приобретательной давности: сокращение сроков для добросовестно приобретенных вещей³ и увеличение сроков приобретения для вещей, полученных недобросовестно. Понятно, что такое развитие института предполагает усвоение его правопорядком и, само собой разумеется, хорошее понимание самой сути приобретательной давности. Однако по указанным выше причинам многие юристы плохо ориентируются в действии приобретательной давности и соответственно не понимают места незаконного добросовестного владельца в обороте. Практика могла бы научить юристов в ходе рассмотрения тех дел, в которых стороны пытались бы обосновать приобретение вещей по давности. Но сама эта практика в силу специфики института могла бы возникнуть лишь через много лет.

Дождаться этого не стали, и институт был самым уродливым образом «подправлен»⁴. Один из идеологов этих исправлений объяснял, что «не понимает приобретательной давности». Но непонимание приобретательной давности предполагает и непонимание механизма приобретения прав вообще. Именно это непонима-

ственности на движимое имущество // Введение в шведское право / Отв. ред. Б.С. Крылов. М., 1986. С. 276). Наконец, норма сходного значения была закреплена в ст. 183 ГК РСФСР 1922 г.

¹ *Mammei V., Суханов Е.А.* Указ. соч. С. 133.

² Аналогичное правило действует и в английском праве: «Время никогда не идет в пользу вора» (*Battersby G. Acquiring Title by Theft // The Modern Law Review.* 2002. July. P. 605).

³ С появлением правила п. 2 ст. 223 ГК первая часть реформы приобретательной давности по существу уже совершена — только в виде моментального (мгновенного) приобретения. Тем более оправданно совершение реформы и в оставшейся части.

⁴ Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 217-ФЗ внес дополнения в ст. 223 ГК РФ в части возникновения права собственности у добросовестного приобретателя недвижимости с момента регистрации. Одновременно в закон о регистрации прав на недвижимость внесена норма, устанавливающая ответственность РФ в сумме до 1 млн руб. в случае утраты недвижимости, если решение о взыскании убытков с виновного лица не исполняется в течение года.

ние и отражено в тех нормах, которыми «подкорректирован» механизм приобретения по давности.

Речь идет о дополнении п. 2 ст. 223 ГК вместо того, чтобы усложнять норму ст. 234 ГК, как это и следовало делать.

Известно, что наш рынок не является надежным. Покупатель любого имущества (недвижимости, акций, импортных и отечественных товаров) не может быть уверен, что заключенный договор обеспечит ему право на купленную вещь. Здание может быть возвращено продавцом или, что бывает чаще, кем-то из прежних собственников, в свое время незаконно передавших объект недвижимости. Акции могут оказаться незаконно выпущенными в оборот, находящимися под неявными арестами или иными обременениями, товары — не прошедшими надлежащего таможенного оформления и запрещенными к отчуждению. Перечень оснований, по которым падают сделки и приобретенное имущество отбирается у приобретателей, может быть без труда продолжен любым практикующим юристом.

Результат хорошо известен: оборот стал сферой непредсказуемых рисков. Конечно, хочется найти способы избежать этих рисков. Но пока таких средств не видно.

Как-то мне пришлось столкнуться с достаточно курьезным приказом, изданным одним из директоров крупной организации: «Юридическому департаменту обеспечить защиту добросовестному приобретателю». Есть опасения, что ни юридический департамент, ни все юристы нашей страны с этой задачей справиться не смогут.

Понятно, что проблема волнует не только юристов. И не только юристы ищут способы ее решения. Но так же, как добросовестный приобретатель имеет в обороте интерес, полностью противоположный интересу собственника, так и поиски решений возникшей проблемы не могут не вестись с противоположных позиций и не могут не вступать в трудно разрешимые или вовсе неразрешимые коллизии.

На этом фоне в конце 2001 г. возник проект решительного изменения тех норм ГК, которые регулируют отношения между собственником и незаконным добросовестным приобретателем его имущества¹. Этот проект был реализован в конце 2004 г. путем дополнения ст. 223 ГК (сначала предполагалось ввести ст. 234.1 с еще более абсурдным содержанием).

В центр проекта помещается норма, согласно которой добросовестный покупатель недвижимости сразу становится ее собственником. Потерпевшему собственнику при этом выплачивается компенсация за счет бюджета. Конечно, эта норма прямо противоречит ст. 35 Конституции РФ. Ведь при этом собственник лишается своего права против воли и без возможности обратиться в суд за защитой.

Авторы закона ссылались на то, что он защищает оборот.

Но весь ГК РФ так или иначе защищает оборот, который обычно находится в различных коллизиях со строем прав собственности. Поэтому любые средства защиты находятся в сложных балансах и соотношениях. И чем более развит оборот, тем сложнее этот баланс, тем сложнее юридический инструментарий.

¹ См., например, выступление А.Л. Маковского, в котором дается негативная оценка этому проекту, на конференции, посвященной 10-летию Исследовательского центра частного права, проходившей 14–15 февраля 2002 г. Материалы конференции, в том числе тезисы выступлений и стенограмма, см.: <http://lawschool.hotmail.ru>.

Отрицательное отношение к проекту закона и ведущих цивилистов страны общеизвестно.

Очевидно, что новый закон, грубо «врубленный» в главу о приобретении собственности, производит существенные огрубления и упрощения механизмов, предусмотренных ГК. Воспроизводится милая сердцу непросвещенного юриста идея о том, что не достоин защиты любой предмет, если он не выступает как субъективное право. Иными словами, закон направлен не на усложнение нашего весьма простого по сравнению с иными европейскими системами права юридического механизма, а на его еще большее упрощение.

Какие же резоны приведены для грубого упрощения ГК РФ?

Главный аргумент, как уже говорилось, — повышение надежности оборота. Но если речь идет о том, чтобы укрепить позицию приобретателя против собственника и тем самым укрепить надежность оборота, то нельзя не отметить, что в обороте покупатель и продавец постоянно меняются местами и любое нарушение баланса ведет к ослаблению надежности оборота. Поэтому невозможно укрепить оборот путем смещения защиты как в сторону собственника (продавца), так и в сторону покупателя (приобретателя).

Если оборот все же остается ненадежным, с чем спорить не приходится, то причины этого связаны сегодня не столько с законодательством, сколько с его применением.

Установленный ГК РФ до введения этого закона баланс интересов собственника и владельца состоял в том, что собственник не утрачивает свое право помимо своей воли, однако и добросовестный владелец защищен от лишения владения; спустя довольно длительный период к нему переходит и собственность. Недобросовестное владение вовсе лишено защиты, даже если собственник уже утратил возможность возврата вещи (например, по причине пропуска срока исковой давности).

С точки зрения защиты владения закон, как видим, давал некоторые, хотя и недостаточные, средства. Другое дело, что суды не всегда верно применяли данные нормы и нередко давали повышенную защиту собственнику, снижая защиту владельца. Эта тенденция идет от советского правопорядка, вообще отрицавшего защиту незаконного владения

Действовавший закон давал защиту незаконному приобретателю путем ограничения возможности истребования у него незаконно приобретенной вещи при условии добросовестности и возмездности (ст. 302 ГК).

Почему же это средство оказалось недостаточным?

Слабость защиты, предоставляемой ст. 302 ГК, выявилась на практике и коренится в практике. Основные осложнения в применении этой нормы возникают на почве столкновения ее с нормами о реституции.

Широко представлена практика предоставления собственнику иска об истребовании вещи от незаконного приобретателя не в порядке виндикации (ст. 301, 302 ГК), а в порядке реституции (ст. 166, 167 ГК). В этом случае возражение ответчика о доброй совести не дает ему никакой защиты. С другой стороны, столь же широкое распространение имеет другая ошибка: при применении реституции суд требует от сторон обосновать свое право на возвращаемое имущество, хотя закон такого условия не содержит.

Является ли этот результат недостатком закона? Конечно, нет.

И в целом практика противопоставления реституции и виндикации представляется не имеющей никакой почвы в законе и никакого теоретического оправдания. В то же время ее широкое распространение свидетельствует о сопротивлении самой идее предоставления даже ограниченной защиты незаконному владельцу вопреки правам собственника.

Из сложившейся ситуации могло быть два выхода.

Первый состоит в том, что путем углубления и развития правоприменительной практики в русле действующего ГК РФ создается заложенная в законе защита добросовестного приобретателя. Этот путь отчасти намечен в указанном Постановлении Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П.

Второй путь сводится к разрушению действующего баланса, решительным изменениям ГК РФ путем создания простейшего механизма лишения собственника права собственности с передачей этого права добросовестному приобретателю. Этот путь реализован в поправках в п. 2 ст. 223 ГК.

Одно только сопоставление этих вариантов, как представляется, демонстрирует разрушительный потенциал и несообразности нового закона. Чтобы как-то уйти от столь очевидных выводов, авторы закона стремятся показать, что созданные ранее ГК РФ механизмы страдают противоречиями. Одним из аргументов, обнаруживающих эти противоречия, оказывается следующий: многим юристам не ясна позиция незаконного добросовестного владельца после того, как он получил вещь.

Вообще говоря, можно было бы ограничиться замечанием, что попыткам изменить закон должно предшествовать уяснение его смысла. Однако непонимание правомерности позиции незаконного владельца весьма распространено. Действительно, если юристы не могут найти основания для защиты незаконного владельца против собственника (ст. 302 ГК), то столь же трудно им понять место незаконного владельца среди субъектов вещных прав.

Между тем позиция незаконного владельца описана в ст. 234 ГК: до того, как он приобретает право собственности по приобретательной давности, он имеет защиту от посягательств третьих лиц (кроме собственника и законных владельцев). Эта защита ему дается именно как незаконному владельцу.

Понятно, что пока незаконный владелец не стал собственником, он не имеет возможности отчуждения вещи. Следствием этого является длительное исключение вещи из оборота. Именно интересы оборота заставляют в конечном счете вернуть вещь в оборот, предоставив право собственности незаконному владельцу. Очевидно, что в тот же момент лишается своей собственности прежний собственник. Поэтому механизм приобретательной давности противостоит праву собственности.

Срок приобретательной давности, как и любой срок давности, сам по себе выражает баланс, компромисс между нуждами оборота и защитой собственности, является формой выражения уважения собственника¹. Можно обсуждать сокращение этих сроков. Например, приобретение по давности ценных бумаг, видимо, должно происходить скорее, чем это указано в ст. 234 ГК. (Фактически, кстати, в обороте ценных бумаг приобретательная давность обычно и не замечается; необходи-

¹ Думаю, позволительно указать для сравнения на обычай траура, если отрешить его от древних смыслов. Траур сам по себе выражает срок почтения умершего, по истечении которого носившие траур получают право вернуться в обычное течение жизни. Длительность срока отражает степень почтения.

мо это просто узаконить.) Но полный отказ от такого срока, т.е. мгновенное приобретение недвижимости, — это демонстративно выраженное неуважение права собственности (кстати, это неуважение присуще российскому сознанию, поэтому поправка, собственно говоря, и была принята).

Незначительная практика применения недавно введенной в ГК нормы ст. 234 и отсутствие института приобретательной давности в нашем прежнем законодательстве, конечно, могут объяснить, почему институт приобретательной давности не всегда понятен. Но вот отменять институт только по этой причине равносильно признанию общей некомпетентности юридического корпуса.

Отмена приобретательной давности мотивируется ссылкой на § 932 ГГУ. Согласно этой норме добросовестный приобретатель движимых вещей от неуправомоченного отчуждателя сразу становится собственником.

На мой взгляд, этого аргумента недостаточно. Во-первых, в § 932 ГГУ речь идет только о движимых вещах, тогда как наши законодатели вмешались в приобретение недвижимости. Между тем нигде в мире нет такого положения, чтобы приобрести недвижимость было легче, чем движимость. Во-вторых, правило § 932 ГГУ традиционно рассматривается как нарушение прав собственности в угоду обороту и оправдывалось в свое время только тем, что это — старинный немецкий институт, достижение германского народного права. В некоторых более поздних кодексах (например, ГК Квебека) не допускается приобретение собственности от неуправомоченного отчуждателя, несмотря на добрую совесть покупателя.

Очевидно, что предлагаемые меры (они частично реализованы в п. 2 ст. 223 ГК) имеют в своей основе повышение юридической силы регистрационных записей. Наличие таких записей само по себе создает устойчивую добрую совесть на стороне незаконного приобретателя, даже когда запись не отражает действительных прав, и позволяет ему надеяться на надежность совершаемой сделки. Смысл предложений сводится к приданию этой надежности дополнительной силы средствами закона. Однако при внешней логичности этой конструкции ее изъян состоит как раз в том, что сама система регистрации не является надежной. Она, как известно, непрофессиональна и коррумпированна.

Имеет смысл напомнить вполне очевидное высказывание итальянского юриста У. Маттеи: «Чем более приходится полагаться на государственную регистрацию, тем более разрушительным будет эффект коррупции и ненадлежащего ведения реестровых книг»¹.

Действительно, когда судьба собственности полностью зависит от справки о принадлежности объекта, такая справка, выдаваемая регистратором, которому ничто человеческое не чуждо, приобретает фатальное для собственника значение и влечет последствия, против которых он оказывается совершенно бессилён. Именно поэтому «принцип бесповоротности», к утверждению которого могут призывать лишь те юристы, которые вполне разделяют убеждение регистраторов, что их систематические злоупотребления (ведь если нарушения не являются систематическими, закон менять не было нужды) должны быть возведены в ранг закона, либо те благородные и далекие от жизни теоретики (а увлечение теорией и незнание практики часто

¹ Маттеи У., Суханов Е.А. Указ. соч. С. 153.

приводит к наивным, хотя не всегда комическим крайностям), которые полагают, что речь идет о «подгонке под римские конструкции» «современных институтов»¹. Не зная жизни, они только так и способны понимать смысл противостояния тому очевидному и прекрасно ощущаемому ведомственному лоббированию, причины которого ясны любому практику и которое обеспечило принятие поправки в ст. 223 ГК.

На самом деле именно потому, что современная деятельность российских государственных институтов крайне далека от европейских аналогов, любые теоретические и законодательные заимствования будут тем более сокрушительны для экономики, чем более ненадежным является отечественный административный механизм. А он крайне ненадежен.

Конечно, и судебная система далека от идеала. Но возможность спора, право на передачу дела в иную инстанцию дают определенные возможности восстановления права. Частная воля в конечном счете еще имеет шанс противостоять предсказуемой в своей ненадежности административной системе. А когда вопрос замыкается в совершенную регистратором запись или выданный им документ, то, кроме редчайших случаев обвинительного приговора (а на это всегда уходят годы), никакой надежды устранить нарушение не остается. Думаю, что это – решающее соображение и им руководствовался законодатель, когда допустил возможность оспаривания права, основанного на регистрационной записи. К сожалению, понимание этой ситуации было утрачено законодателем при внесении поправок в ст. 223 ГК.

Совершенно очевидно, что проблему коррумпированности и ненадежности чиновников невозможно решить никакими изменениями закона и искать такого волшебного решения – значит просто отказаться понимать действительность. Единственным средством борьбы с коррупцией остается широкое участие самих заинтересованных лиц в решении вопросов, касающихся их прав. Поэтому повышение прозрачности, доступности всей важной информации для третьих лиц остается наиболее адекватным средством исправления ситуации².

Уже говорилось, что при обсуждении проекта закона, на что обращал внимание Е.А. Суханов, подразумеваемым основанием всего проекта является именно признание того, что нарушения в сфере оборота недвижимости и оформляющих его регистрационных процедур носят массовый и неустраняемый характер. Ведь если регистрационная запись венчает вполне законную сделку, то лицо, указанное в реестре, на самом деле является собственником и никакой необходимости защищать его как добросовестного, т.е. незаконного приобретателя, не возникает. А вот если сделка порочна (а это чаще всего означает, что недостоверна и та регистрационная запись, на которую опирается продавец, либо подделаны иные документы: паспорта, доверенности, протоколы), то именно тогда и возникает проблема ненадежности оборота. Если такие случаи единичны, то нет никакой нужды ни

¹ Мурзин Д.В. К вопросу о соотношении норм о бесповоротности прав и приобретательной давности // Цивилистические записки: Межвуз. сб. научн. тр. Вып. 4. М.; Екатеринбург, 2005. С. 438.

² В одном из интервью газете «Коммерсант» председатель Арбитражного суда г. Москвы О. Свириденко рассказал о практике возбуждения фиктивного спора с одной только целью получения данных ЕГРП. Но, отметил он, пока потерпевший получает недоступные без судебного запроса сведения, у него нередко уже отбирают недвижимость (Коммерсант. 2007. 25 янв.). Вот на что должны быть направлены усилия по борьбе с коррупцией – на открытие данных ЕГРП, на свободный доступ к ним вместо узаконения той практики, которая основана на ведомственной монополии получения сведений.

в изменениях закона, ни в создании специального фонда. Переворот в ГК РФ требуется как раз тогда, когда нарушения приобрели массовый характер¹. Так может быть, имеет смысл искать способы борьбы с этими нарушениями в сфере оборота недвижимости и регистрации, а не переворачивать Гражданский кодекс? Ведь корень проблемы, как видим, не в нем.

Закон, внесший поправки в ст. 223 ГК, приводит к следующим противоречиям в системе ГК РФ.

Имеются два механизма приобретения права собственности на недвижимость: один через срок приобретательной давности (ст. 234 ГК), другой — без срока, мгновенно (ст. 223 ГК). Такого, конечно, не может быть в сколько-нибудь цивилизованном обществе.

Теперь возникает условное право собственности. С одной стороны, добросовестный приобретатель становится собственником сразу. Но, с другой стороны, если будет заявлен иск прежнего собственника и будет опровергнута добрая совесть приобретателя (либо будет доказано, что вещь выбыла из владения собственника помимо его воли), то его право собственности исчезнет. Такого быть не должно. Известны праву (чаще из истории) случаи отменимой собственности, например, при дарении с правом отмены, при покупке имения, которое родственники имели право выкупить², когда приобретатель заведомо знает о такой возможности, но до отмены такое право собственности является «безусловным», все распоряжения собственника — «законны и безвозвратны»³, тогда как в неустойчивой конструкции ст. 223 ГК оспоренное по основаниям ст. 301, 302 ГК приобретение имеет обратную силу и уничтожает все, совершенное «собственником».

Норма ст. 223 ГК РФ не согласована с иными нормами.

Если в силу п. 2 ст. 223 ГК приобретатель становится собственником независимо от владения объектом (поскольку именно этого добивались авторы поправки⁴), то как он будет выселять прежнего собственника? Такого иска нет. Можно пред-

¹ В этой связи следует обратиться к системе ГГУ, которое наряду с разработанным механизмом приобретения права собственности на *движимости* от неуправомоченного отчуждателя (§ 932 ГГУ), к которому и апеллируют регистраторы и поддерживающие их юристы, разработавшие поправки в ст. 223 ГК, не содержит механизма добросовестного (т.е. незаконного) приобретения недвижимости от неуправомоченного отчуждателя. Такое решение проблемы германским правом объясняется прежде всего и главным образом наличием усложненного, содержащего множество гарантий механизма совершения сделок с земельным участком (см. подробнее: *Василевская Л.Ю.* Учение о вещных сделках по германскому праву. М., 2004. С. 228 и сл.). Ознакомление с этим механизмом позволяет прийти к выводу, что если в германской системе и случится незаконное добросовестное приобретение объекта недвижимости, то это может быть только редчайшим исключением; с точки зрения обычных экономических рисков такое следует считать практически невозможным и соответственно находящимся за пределами повседневной хозяйственной деятельности. Если учесть также и традиционную надежность и неподкупность германских чиновников, то можно понять, в чем именно состоит обеспечение оборота недвижимости: оно состоит не в том, чтобы амнистировать ненадежных, неквалифицированных и коррумпированных регистраторов за счет широкого отобрания прав собственности у собственников недвижимости, как это сделано в ст. 223 ГК, а в повышении надежности и ответственности самих регистраторов.

² С известными оговорками сюда можно, видимо, отнести и механизм преимущественного права покупки, как он представлен в современной российской судебной практике, когда фактически суды не переводят права и обязанности по купле-продаже (как указано в законе), а отбирают собственность у покупателя.

³ *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002. С. 296.

⁴ На самом деле это намерение не было реализовано в поправке, как это будет показано дальше, что существенно снизило ее ценность для инициаторов этого закона.

положить вариант насильственного захвата, чтобы создать себе позицию владельца без судебного процесса. Тем самым возрастет дикость нашего и так не слишком цивилизованного рынка недвижимости. Такого быть не должно.

Отмечая противоречия нормы п. 2 ст. 223 ГК, Р. Бевзенко наряду с прочими несуразностями обращает внимание также на то, что вытекающая из общей модели приобретения по давности конструкция первоначального приобретения оказывается искаженной в механизме п. 2 ст. 223 ГК: приобретатель оказывается связанным всеми имеющимися в реестре обременениями, хотя отчуждатель и не был управомочен на отчуждение¹. На мой взгляд, впрочем, сохранение обременений возможно постольку, поскольку приобретатель не находился в извинительном заблуждении о них. Эта оговорка, впрочем, никак не меняет феноменальной несостоятельности самой поправки: такое избирательное сохранение обременений также является неведомым миру установлением.

Практически новая норма ГК РФ создает угрозу лишения собственности. Теперь любой из нас, приехав из отпуска или даже просто придя из театра домой, может обнаружить там нового собственника, который предъявит справку от регистратора и предложит нам дальше разбираться с ним. Можно предположить, что к этому моменту сам регистратор, выдавший поддельную справку, будет в местах более благословенных, чем Россия с ее ст. 223 ГК². Иными словами, **теперь право собственности на недвижимость по существу не гарантировано**, а хозяевами нашей недвижимости становятся регистраторы и иные изготовители справок и прочих документов (например, паспортов, доверенностей, протоколов собраний акционеров и пр.), создающих добрую совесть приобретателям.

Понятно, что только регистраторы (и обслуживаемые ими «приобретатели») и выиграли от принятых законов, как об этом и говорилось ранее.

Закон принимался в так называемом ипотечном пакете, именно поэтому его и не удалось отклонить. Так может быть, это банкам он был нужен? Нет, это не так.

Теперь, купив недвижимость в кредит и заложив ее банку, можно изготовить справку о принадлежности объекта иному лицу с отметкой об отсутствии обременений, и новый добросовестный приобретатель будет свободен от ипотеки. Ведь приобретение через добрую совесть является первоначальным способом приобретения собственности и никак не связано с правами и обязанностями прежнего собственника. Легко представить, какой оборот наберет подпольный бизнес на «страховании» ипотек с помощью ст. 223 ГК. Действие обременений возможно лишь в том случае, если будет доказана осведомленность о них «добросовестного приобретателя».

Вот один из примеров того, как работает новый закон.

В июне 2005 г. началась борьба за здание ОАО «Гипрометз» (г. Москва, пр. Мира, 101. Площадь здания более 32 тыс. кв. м). Борьба началась с того, что вначале был подделан договор

¹ Бевзенко Р.С. Принципы государственной регистрации прав на недвижимое имущество: опыт построения системы // Вестник ВАС РФ. 2006. № 12. С. 57.

² Это было написано и опубликовано еще до вступления поправки в силу. Но впоследствии подтвердилось буквально — регистраторы, выдав ищущим своего счастья на стезях ст. 223 ГК необходимые выписки из ЕГРП, действительно исчезали и объявлялись в розыск.

купли-продажи здания от имени ОАО «Гипромез» панамской фирме «Хэбридж Партнерс С.А.». Этот покупатель, не вступая во владение, перепродал здание «Вортман инвест Лтд.». Второй покупатель зарегистрировал свое право собственности в Главном управлении федеральной регистрационной службы г. Москвы и несколько раз предпринимал попытки силой занять здание, предъявляя свидетельство о праве собственности. ОАО «Гипромез» с помощью милиции трижды – 1, 6 и 15 июня 2005 г. – отразил попытки штурма. 16 июня вызванные сотрудники милиции (Северо-восточный округ) отказались вмешиваться, и штурмующие захватили здание. При этом один из руководителей штурма стрелял в сотрудника ОАО «Гипромез»¹. В течение нескольких месяцев возбужденное прокуратурой округа дело практически не расследовалось. Только после того, как дело было передано в ГУ МВД по Центральному федеральному округу, был задержан один из организаторов штурма. Выяснилось, что этот организатор, представлявший подполковником милиции, трижды судим за разбой, грабеж и вымогательство. После его ареста в связи с обвинением в самоуправстве и мошенничестве здание было освобождено, однако продолжает числиться в собственности «Вортман инвест Лтд.». Документы о фиктивной сделке Москомрегистрацией утеряны, а регистратор уволился².

Характерно, что потерпевший собственник ищет защиты в сфере публичного права, полностью попадая в зависимость от усмотрения и компетентности прокуратуры и милиции. Защиты средствами частного права он не видит.

Нелепости и противоречия ст. 223 ГК можно было бы перечислять и дальше. Но важнее подумать, что можно сделать для ее нейтрализации. Во-первых, мы должны, видимо, перейти к расширительному толкованию ограничений в защите ответчика по ст. 302 ГК. Если сегодня мы исходим из того, что истец (собственник) имеет иск против добросовестного приобретателя только если вещь выбыла из его владения помимо воли, то под давлением нормы ст. 223 ГК РФ имеет смысл распространить это условие также и на те случаи, когда собственник лишился собственности вследствие предъявления подложных документов и совершенных на их основании записей в ЕГРП независимо от наличия обвинительного приговора, только в силу факта поддельности.

Во-вторых, следует отказывать в защите тем приобретателям, которые заняли объект недвижимости насильственно, не в установленном порядке, с помощью подложных документов, полагая таких приобретателей не имеющими доброй совести, т.е. обсуждать добрую совесть на момент завладения объектом, а не только на момент заключения сделки. Тем, кто не стал владельцем объекта, следует отказывать в их притязаниях. Добросовестность приобретателей, основанная на подложных документах, должна толковаться как можно более узко.

Следует вспомнить правило классического права (которое никогда и не ставилось под сомнение): добросовестность должна толковаться не только на момент сделки о приобретении, но и на момент получения владения. Понятно также, что приобретатель, не осмотревший объект недвижимости, который он намерен приобрести, и не установивший, кто и на каком основании им владеет, не может счи-

¹ Потерпевший остался жив, что, видимо, свидетельствует об определенном гуманистическом потенциале, имеющемся все же в норме п. 2 ст. 223 ГК.

² Коммерсантъ. 2005. 26 окт.

таться осмотрительным и добросовестным приобретателем. А если он установил, что владение осуществляется иным, отличным от продавца (отчуждателя), лицом, то добросовестность также исключена, что вполне очевидно.

Для ясности нужно отметить, что невозможна ситуация, когда приобретатель уже заключил сделку, но не стал еще владельцем и уже заявляет о своей доброй совести. Добрая совесть всегда выясняется и обсуждается только *ретроспективно*, а само это качество присуще только *владельцу*, но никак не покупателю или иному приобретателю (на это, впрочем, указывает и ст. 223 ГК, говоря о необходимости предъявления иска об истребовании вещи от добросовестного приобретателя; *истребование возможно только от владельца*). Если недействительность сделки обнаружилась до ее исполнения, то никакой добросовестности нет, а сделку исполнять нельзя: само по себе такое исполнение является правонарушением, а получатель имущества становится заведомо недобросовестным.

В-третьих, следует максимально настойчиво преследовать службу регистрации и иные органы за выдачу подложных справок и иных документов, а также за ненадлежащую проверку представленных документов, в порядке ст. 1069 ГК, требуя с них взыскания причиненного вреда, как правило, в виде предоставления равноценной недвижимости. Следует всячески бороться с тенденцией, когда виновный регистратор объявляется в розыск, а система не хочет отвечать за его действия.

Можно ожидать толкования поправок к закону о регистрации в том смысле, что ими ограничена ответственность Российской Федерации суммой в 1 млн руб. Такое толкование применимо лишь к ответственности за преступления, совершенные частными лицами. За вред, причиненный должностными лицами, государство должно отвечать в полном размере в соответствии со ст. 1069 ГК РФ.

Введение нового правила ст. 223 ГК заставляет напомнить о том, что ранее не имело большого значения, поскольку было полностью охвачено механизмом аннулирования сделок в порядке главы 9 ГК: право собственности не может быть получено от похитителя.

В германском праве это сформулировано в правиле § 935 ГГУ (корректирующем § 932 ГГУ, который взят за образец при составлении поправки к ст. 223 ГК, если только не считать такой детали, как отличие движимой вещи от недвижимой): право собственности не может быть приобретено, если движимая вещь была украдена у собственника или иным образом утрачена им (исключение делается для вещей, купленных с публичных торгов и для денег и ценных бумаг). Существует и ряд законодательных запретов (например, запрет на распоряжение имуществом, включенным в конкурсную массу), также исключающих добросовестное приобретение движимых вещей¹.

В английском праве это правило выражено сходным образом: «Если продавец вообще не имеет собственности, сделка не может быть продажей». По такой сделке покупатель получает лишь владение².

Нет сомнения, что российское право не отказывалось от этой фундаментальной идеи (хотя бы потому, что она практически не обсуждалась). Если имущество похищено, получено от собственника или владельца обманным путем, с исполь-

¹ Подробнее см.: *Василевская Л.Ю.* Учение о вещных сделках по германскому праву. С. 210–211.

² *Battersby G.* Acquiring Title by Theft. P. 605.

зованием подложных документов, то возникновение у приобретателя права собственности следует считать невозможным.

Фактически за рамками действия ст. 223 ГК оказываются вещи, утраченные собственником помимо его воли (т.е. с использованием насилия, обмана, включая изготовление подложных документов и т.п.), движимые вещи. Таким образом, остается некоторая сфера применения ст. 234 ГК, хотя само по себе разграничение этих норм не может быть, конечно, проведено, и их смешение в наиболее распространенной ситуации приобретения по сделке станет неизбежным, что создаст множество дополнительных трудностей на практике¹ и будет поводом для недоумений всех цивилизованных цивилистов.

И вновь нужно сказать, что добросовестность должна иметься не только в момент совершения договора об отчуждении объекта, но и в момент получения владения. Это означает, что насильственное или самоуправное занятие ранее добросовестно купленного объекта недвижимости исключает добрую совесть применительно к ст. 302 ГК РФ и тем самым — применительно к ст. 223 ГК РФ. Точно так же не будет доброй совести, если владение будет получено хотя и без насилия, но от лица, которое не имело права на передачу владения в порядке отчуждения (от арендатора, не имевшего поручения продавца на передачу объекта, от лица, осуществляющего охрану, и т.д.). Для доброй совести владение должно быть получено не иначе как посредством надлежащего исполнения договора об отчуждении имущества.

Как уже говорилось, один из пороков п. 2 ст. 223 ГК, обусловленных юридической квалификацией ее авторов, состоит в том, что в этой норме нечетко выражено обязательное совпадение владения и добросовестного приобретения. Сам по себе атрибут

¹ Ссылки на то, что в других правовых системах возможно «мирное» сосуществование немедленного приобретения движимости и приобретения по давности (см.: *Мурзин Д.М.* Указ. соч. С. 432), упускают из виду, что другие правовые системы допускают приобретение по давности без доброй совести (и это правильно), тогда как в ст. 234 и 223 ГК юридические составы практически тождественны и обязательно включают добрую совесть приобретателя. Кстати, лишены почвы в российском законодательстве предположения Д.М. Мурзина о том, что добросовестный приобретатель — ответчик по виндикационному иску и добросовестный владелец, ведущий владение для давности, — различные фигуры (см. там же). Владелец для давности приобретает имущество по недействительной сделке и именно потому не имеет на него права — если бы право имелось, то он не мог бы вести владение имуществом как своим: либо он собственник, и тогда ему не нужна приобретательная давность, либо он законный владелец, и тогда он относится к имуществу, как к чужому.

Стало быть, остается только гипотеза приобретения имущества не по сделке. Но все случаи первоначального приобретения (ст. 225–233 ГК), как известно, исключают добрую совесть. К этим случаям нормы о приобретательной давности применимы в крайне ограниченном объеме (достаточно прямого регулирования ст. 225–233 ГК) и вопреки тому, что приобретатель всегда заведомо знает, что он — не собственник, т.е. не имеет доброй совести. Изготовление вещи для себя (п. 1 ст. 218 ГК) также исключает добрую совесть, так как не может быть заблуждения в пороках, препятствующих приобретению права (вообще говоря, добросовестность застройщика, ведущего незаконное строительство, едва ли должна получать какую-либо защиту закона). Соответственно либо право собственности никогда не приобретается, либо оно приобретается в порядке, предусмотренном п. 1 ст. 218, ст. 220 или 222 ГК РФ, но не в рамках нормы ст. 234 ГК.

Итак, добросовестный **владелец** для давности по ст. 234 ГК — это всегда добросовестный **приобретатель**. Для недвижимости это суждение носит совершенно категорический характер.

Казуистически и весьма отвлеченно можно обсуждать только сферу приобретения движимостей, хотя исходящий из реальной жизни анализ этой лишенной практического смысла казуистики приводит к тому же выводу и применительно к движимым вещам (в начале настоящей главы этот аспект уже затрагивался).

добросовестности присвоен законом лишь одному лицу — приобретателю, т.е. владельцу, получившему вещь во владение по сделке о приобретении. Любой незаконный владелец, получивший владение иным способом, чем приобретение (хищение, завладение бесхозной вещью, находка, создание вещи из чужого материала и т.д.), не может считаться добросовестным, так как он не может не знать, что вещь ему не принадлежит. В ст. 302 ГК добрая совесть увязана исключительно со сделками об отчуждении вещи. За рамками этих сделок она возникнуть не может. *В нашем законе нет добросовестного владения недвижимостью иного, чем возникшего из приобретения*¹.

Это ясно, и мне уже приходилось об этом говорить. Но у этой очевидной истины (хотя некоторые цивилисты еще не до конца ее усвоили, к сожалению) есть и другая сторона — любой добросовестный приобретатель всегда владелец, так как закон, конструируя добрую совесть, говорит исключительно о незаконном владельце как ответчике по виндикационному иску.

Значит, не может быть *добросовестного приобретателя, который не является владельцем*. Но именно это ускользнуло от сознания авторов поправки к п. 2 ст. 223 ГК. Они сориентированы на ситуацию чисто документального приобретения, без владения объектом недвижимости. Именно в этой сфере власть выписки из ЕГРП очевидна.

Но ведь обладателю титула, подтвержденного выпиской, нужно как-то, наконец, попасть в здание (на участок). Вот здесь и обнаруживается, что норма п. 2 ст. 223 ГК лишена материальности. Ведь если будущий получатель выписки занял здание иным образом, чем в порядке исполнения сделки о приобретении (например, не как покупатель, а как арендатор, подрядчик или охранник), то он никогда не приобретет доброй совести. А если в момент регистрации за ним права собственности зданием владеет лицо, которое не совпадает с отчуждателем, указанным в ЕГРП, и не намерено отдавать владение, то следствие то же — невозможность получить добросовестное владение. Завладение зданием, в котором никого нет, хотя бы при этом похвально исключались стрельба и прочее насилие, также не создает добросовестного приобретения — по сделке здание (участок) нужно именно приобрести, получить из рук в руки от отчуждателя. Кстати, в этом и состоял первоначальный смысл ст. 223 ГК (а в ст. 224 уточнялось, каким образом происходит само получение из рук в руки) до ее искажения поправкой.

В любом из описанных случаев добросовестное владение невозможно. Захват, даже с предъявлением выписки из ЕГРП, является самоуправством и тоже не создает добросовестности.

Отсюда видно, какие средства защиты имеет потерпевший собственник кроме только ежедневной обороны здания от обладателя свидетельства о праве собственности, полученного в силу выписки из ЕГРП. Он должен одновременно с оспариванием сделки, заключенной на основании подложных документов, заявить и требование о признании за ним права собственности, указывая, что у ответчика *нет добросовестности*, ибо добросовестным может быть только владение, а ответчик владельцем не является.

¹ Практически невероятные варианты добросовестного получения владения без приобретения можно чисто теоретически обсуждать применительно к некоторым экзотическим способам получения владения (таким, как, скажем, охота), но все они относятся к приобретению движимостей.

Несколько отвлекаясь, нужно заметить, что и *приобретение* — это технический термин. Это указание на сделки, указанные в гл. 30–33 ГК РФ, и некоторые иные (например, внесение имущества в уставный капитал, передача имущества в порядке отступного¹). В любом случае это сделки об **отчуждении**. А такие сделки не подчиняются норме ст. 421 ГК о свободе договора и всегда указаны в законе. Так же, как только закон указывает на право отчуждения (оно не может быть создано соглашением сторон), так и сделка об отчуждении может быть указана только законом. В контексте узукапии здесь, конечно, налицо параллель с требованием *titulus* на стороне незаконного владельца. Параллель не случайная, а, напротив, совершенно естественная. Поэтому, кстати, некорректно употребленное автором выражение «законное приобретение» применительно к кредитору в рамках удержания². Во всех случаях удержания кредитор получает имущество не по договору об отчуждении и потому не является его приобретателем.

Не только субъект удержания, но и *законный владелец не может быть приобретателем*.

Невозможность добросовестного приобретения без добросовестного получения владения означает, что норма п. 2 ст. 223 ГК заведомо никогда не сможет получить собственное, отличное от ст. 234 ГК, значение, хотя в ней и не говорится о владении, в отличие от ст. 234 ГК. Просто-напросто ее юридический состав никогда не будет завершен. Ее сфера — это приобретение объекта по воле отчуждателя, фактически владеющего объектом, причем ведущего это владение мирно и без самоуправства, с регистрацией права за получателем (ибо иначе не возникает добросовестности), который ведет себя как собственник, а собственник недвижимости всегда зарегистрирован. А ведь это — сфера и нормы ст. 234 ГК.

Остается только разница в сроке приобретения (ст. 234 ГК) и моментальности приобретения (п. 2 ст. 223 ГК), что само по себе не просто возмутительное и непростительное недоразумение (буквальное значение этого слова здесь приоритетно), но и бесспорное свидетельство удручающего состояния юридической квалификации большого, увы, числа современных юристов.

За прошедшие несколько лет в основном достигнуто понимание тех способов, посредством которых норма п. 2 ст. 223 ГК может быть в основном приспособлена к системе ГК.

Во-первых, ее действие должно быть распространено на движимые вещи³.

Во-вторых, учитывая, что она по существу является мгновенным приобретением права собственности по приобретательной давности для добросовестных приобретателей, придется исключить вовсе этот случай приобретения по давности из ст. 234 ГК, оставив в целом норму ст. 234 для приобретения без доброй совести (что и само по себе давно необходимо⁴).

В-третьих, норма п. 2 ст. 223 ГК может быть использована и фактически используется в арбитражной практике с 2007 г. как обоснование невозможности за-

¹ Договор простого товарищества, как это будет показано в соответствующей главе, не является договором о приобретении.

² Труба А.Н. Субъективное право удержания и пределы его осуществления: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 12.

³ Пункт 2.2.3 Концепции развития законодательства о вещном праве.

⁴ Пункт 2.2.6 Концепции развития законодательства о вещном праве.

явления иска невладельцем истцом о признании права собственности на недвижимую вещь без одновременного заявления виндикационного иска (вопрос рассматривается дальше).

Как устранить иные противоречия (условное право собственности и некоторые др.), еще предстоит подумать.

Возвращаясь к защите владения, когда оно не стало собственностью, отметим, что даже если впоследствии истец не сможет получить собственности на вещь, защита владения тем не менее возможна, поскольку норма п. 2 ст. 234 ГК, предоставляя защиту владельцу «до приобретения права собственности», не увязывает эту защиту с одновременным решением вопроса о собственности (например, путем введения условия: «...при наличии оснований для приобретения права собственности» или иным аналогичным способом). Соответственно решение суда, давшего защиту такому владению, не предрешает судьбу возможного спора о собственности на вещь.

Разумеется, возможно иное, более узкое толкование нормы п. 2 ст. 234 ГК, тем более, что презумпция добросовестности с трудом признается на практике¹. Но в этом случае окажется, что обширная сфера вещных отношений, связанных с владением без основания, окажется без частноправовой защиты и регулирования.

Кроме того, такое узкое понимание защиты вступает в противоречие с основаниями предоставления иска по ст. 234 ГК: если защищается лишь будущее право (а только такое основание тогда и остается), то исчезает наличный, сегодняшний объект защиты. Но ведь защите подлежат только действительные, уже существующие ценности. Тогда также утрачиваются и игнорируются такие традиционные мотивы защиты владения, как гражданский мир, противодействие насилию, защита

¹ См., например: Вестник ВАС РФ. 1996. № 6. С. 64–65. Верное по существу утверждение о том, что «участник гражданского правоотношения признается добросовестным, а доказывать его недобросовестность должен тот, кто с такими действиями связывает определенные юридические последствия. Это подтверждается и существующей судебной практикой» (*Веденев Е.Ю.* Роль презумпций в гражданском праве, арбитражном и гражданском судопроизводстве // Государство и право. 1998. № 2. С. 45), не подлежит сомнению, кроме только уверенности автора в том, что презумпция добросовестности уже принята судами. В п. 24 постановления Пленума ВАС РФ от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» прямо сказано: «...приобретатель должен доказать, что он приобрел имущество возмездно и что он не знал и не мог знать о том, что имущество приобретено у лица, не имевшего права его отчуждать» (Вестник ВАС РФ. 1998. № 10. С. 20). Н.Р. Иванова, комментируя эту рекомендацию, добавляет: «Бремя доказывания лежит не только на собственнике имущества... Мало заявить в суде, что покупатель не знал и не мог знать об отсутствии у продавца права отчуждать имущество. Надо представить суду неопровержимые доказательства своего неведения» (*Иванова Н.Р.* Защита права собственности в арбитражном суде // Комментарий арбитражной практики. М., 1999. С. 113, 116). Естественно, эта позиция полностью разделяется судами. Например, в одном из обзоров практики в качестве примера приводится решение, которым удовлетворен виндикационный иск, несмотря на заявление приобретателя о добросовестности, потому что «он мог знать об отсутствии права собственности» у продавца» (Вестник ВАС РФ. 2000. № 3. С. 49).

Иногда высказываемое суждение о том, что проблемы презумпции добросовестности приобретателя вообще нет, так как она закреплена законом (ч. 3 ст. 10 ГК), к сожалению, не вполне корректно. Ведь эта норма буквально говорит о защите гражданских прав, а фактический владелец, в том числе и ведущий владение для давности, не имеет права гражданского; объектом защиты является именно незаконное владение. Соответственно ст. 10 ГК может рассматриваться лишь как свидетельство общего подхода законодателя к добросовестности участников оборота, но не как норма прямого действия при защите незаконного владения.

добросовестного приобретателя, хотя нет никаких оснований полагать, что законодатель намерен вытеснить такие правовые ценности, как противостояние насилью или защита оборота.

Напомним, что классическое право понимало владение независимо от его правомерности «как подлежащую уважению со стороны всех граждан фактическую связь индивида с вещью», имеющую глубокое гуманистическое значение, оцениваемое И. Покровским как «кульминационный пункт идеи личности»¹.

По соображениям исторического плана изложенный подход мог бы, кажется, вызвать возражения, основанные на том, что происходит смешение разных видов владения: *possessio ad interdicta* (владение, имеющее интердиктную защиту, но не позволяющее приобретение по давности) и *possessio ad usucapionem* (защищенное не только интердиктами, но и петиторным иском и ведущее к приобретению по давности). Однако случаи *possessio ad interdicta* известны и ограничены перечнем: это наследственное владение арендованным участком, прекарное владение до востребования, владение залогового кредитора и владение секвестром спорной вещью до разрешения спора о ней². При казуистическом характере выведения этого понятия очевидно, что оно может быть определено и как такой вид владения, который лишен признаков *possessio ad usucapionem*.

Теперь, учитывая, что российской системе права из указанных видов *possessio ad interdicta* прекарное владение неизвестно, а прочие виды, являясь титульным владением, снабжены виндикационной защитой, мы можем не только утверждать, что противопоставление *possessio ad usucapionem* и *ad interdicta* в нашем праве лишены смысла, но, напротив, найти здесь дополнительные аргументы в пользу предлагаемой нами конструкции, если обратить внимание на очевидную тенденцию снабжения ординарной виндикационной защитой любого законного (титульного) владения, которое не может рассматриваться как владение для давности.

Для определения сферы применения приобретательной давности мы должны учесть состояние отечественного законодательства в сфере регулирования владения.

Пока закон исключает посессорную защиту, приобретательная давность в силу необходимости будет охватывать более широкую сферу отношений, чем это ей предписано и чем она имеет в других правовых системах. Оставаясь на почве такого расширенного применения института, вернемся к основным чертам приобретательной давности.

Одной из таких черт является **добросовестность** владения. Известное классическому праву требование наличия титула владения (романисты, с трудом преодолевая казуистический характер учения о титуле *usucapio*, обобщили его в виде «внешнего события, которое придает нашему господству над вещью видимость правомерности»³) прямо не указано в ст. 234 ГК и поэтому должно обсуждаться применительно к добросовестности (а также влиять на обсуждение факта, имелось ли владение «для себя»).

Наиболее строгое понимание добросовестности сводится к требованию непременного наличия у владельца основательной уверенности, что вещь принадлежит

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 228.

² Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. М., 1996. С. 4.

³ Дернбург Г. Указ. соч. С. 133.

ему на праве собственности. Существует и более умеренное толкование добросовестности как убеждения приобретателя, что вещь получена им «без неправды»¹, пусть и не в собственность, но таким образом, что позволяет осуществлять владение «как своим собственным».

Учитывая слабое развитие отношений собственности в предыдущие десятилетия (самым убедительным подтверждением этого является тот общеизвестный факт, что законодательство о приватизации, вынужденное в силу своей прагматической направленности ориентироваться не на официальные титулы, а на реальное положение, исходит только из фактической принадлежности имущества, понимая его в наиболее грубом, неразвитом смысле, как то, что подлежит инвентаризации) и ретроспективное действие приобретательной давности, мы должны признать уместность более мягкого толкования добросовестности, не заставляющего владельца углубляться в те достаточно смутные очертания собственности, которые она совсем недавно имела, не достигнув, впрочем, необходимой определенности до сих пор.

Характерным примером, иллюстрирующим этот аспект, является такое дело.

Райпотребсоюз, обратившись в 2000 г. с заявлением о государственной регистрации за ним встроенных помещений в жилые здания, столкнулся с возражениями муниципалитета, утверждавшего, что эти помещения (в составе жилого фонда) включены в реестр муниципальной собственности. В судебном заседании было установлено, что встроенные помещения, в которых размещались торговые и иные коммерческие организации, принадлежащие райпотребсоюзу, находились во владении истца по крайней мере с 1960-х гг. Ни райпотребсоюз, ни муниципалитет не имели документов или иных надлежащих доказательств, позволяющих судить о происхождении спорных объектов и обстоятельствах передачи их во владение райпотребсоюза.

Муниципалитет ссылаясь в обоснование своей позиции на презумпцию государственной собственности, которая в случае отсутствия иных оснований действовала по прежнему законодательству в пользу государства. Однако против этой презумпции в данном случае действует другая, общеправовая презумпция законности действий всех участников оборота (презумпция доброй совести – частное проявление этой презумпции). В противном случае мы столкнемся с парализующей всю жизнедеятельность общества ситуацией, когда каждое лицо будет находиться в состоянии полной неуверенности относительно своих прав и всю свою энергию будет вынуждено направлять на обеспечение доказательств в оправдание своего существования. Действие такой презумпции, лежащей в основании права, даже когда о ней прямо, как это было в прежнем ГК, и не говорится, состоит, в частности, в том, что передача имущества предполагается совершенной законно, пока не доказано иное. В соответствии с действовавшим законом передача имущества из государственной собственности в собственность общественных организаций происходила обычно в форме отчуждения и возмездно (ст. 96 ГК РСФСР). Условная или

¹ *Хвостов В.М.* Система римского права. С. 253.

Простое сомнение не вредит правомерности владения: по ГГУ требуется, чтобы «владелец узнал положительным образом, что он не собственник» (*Дернбург Г.* Указ. соч. С. 136).

временная передача (например, имущественный наем) не практиковалась, хотя и была теоретически возможна. Но имущественный наем оставляет следы: начисление платы, учет имущества (основных средств) как арендованных и т.п. Отсутствие таких следов практически исключает доказывание условной передачи. Ведь владелец не должен доказывать, что он получил помещения временно.

Презумпция государственной собственности в данном случае будет состоять в том, что райпотребсоюз будет предполагаться незаконно захватившим помещения. Но это, с учетом хозяйственного уклада того времени¹ с присущим ему контролем государства за каждым сколько-нибудь серьезным имущественным актом (к числу таких, несомненно, относились акты передачи помещений), будет означать и незаконность деятельности самих органов государственного управления. Логика мало.

Если мы встанем на позиции отождествления сомнения с недобросовестностью, то мы вынуждены будем не только обращать недостатки в деятельности государственных органов в пользу государства, что само по себе никак не может вызывать сочувствия, но и приведем в тупик большую группу владельцев. Ведь в данном случае очевидно, что государство (муниципалитет) утратило возможность vindикации. Отказав в получении титула собственника (как и любого другого титула) райпотребсоюзу, мы создадим имущество без хозяина и без перспективы возврата в оборот (отчуждения, сдачи в аренду и т.д.). Понятно, что общественному интересу такой подход никак не отвечает.

Стало быть, сомнения в титуле сами по себе не должны влечь недобросовестности. Поэтому следует признать оправданным данное Е.А. Сухановым такое понимание добросовестности, из которого следует, что доброй совести не будет, например, при похищении или умышленном завладении чужим имуществом помимо воли его собственника². Как можно видеть, одно только сомнение здесь не вредит добросовестности.

Нужно особо оговорить, что расширенное, смягченное понимание доброй совести может вывести ее за рамки того понимания доброй совести, которое дано в ст. 302 ГК и воспринято ст. 234 ГК – доброй совести приобретателя, т.е. доброй совести, возникающей в сделке о приобретении вещи. Выше уже отмечалось, что в норме ст. 234 ГК РФ хотя и говорится о владельце (впрочем, о владельце говорится и в формуле vindикации, данной в ст. 301, 302 ГК), имеется в виду только приобретатель. Владелец, получивший вещь не по сделке (например, лицо, получившее вещь по правилам о присвоении находки или бесхозяйного имущества), заведомо лишен доброй совести и заведомо относится к вещи как к чужой. Поэтому тот, кто находит уже готовую вещь либо создает ее сам, не может считать-

¹ Оценка доброй совести должна исходить не только из формально действующих правил, но и из сложившихся фактических отношений. Ведь приобретатель тоже ориентируется не только на закон, но и на обычные процедуры, сложившийся фактический порядок.

Например, если мы имеем в виду современную практику приобретения жилых помещений, нельзя не учитывать того, что во многих случаях стороны – продавец и покупатель – указывают заведомо заниженную цену квартиры, а фактически договариваются о действительной стоимости. Хотя такое поведение может рассматриваться как нарушение публичного правопорядка, оно не может толковаться в смысле отсутствия доброй совести у покупателя, который не мог не знать, что квартира на самом деле стоит больше, чем указано в договоре.

² Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд. Т. II. М.: Бек, 1998. С. 498–499.

ся добросовестным. В первом случае исключается отношение к вещи как к своей, во втором исключается извинительность незнания о юридических препятствиях к присвоению вещи.

Отход от понятия доброй совести, выведение действия приобретательной давности за рамки данного законом¹ позволили бы применить ее и к тем случаям, когда вещь получена не по сделке. Тогда, как уже говорилось, организация, много лет владеющая строением, хотя бы все документы о его строительстве утрачены и в эксплуатацию оно никогда не принималось, могла бы претендовать на получение его по приобретательной давности. Главным условием такого применения нормы п. 2 ст. 234 ГК РФ должно быть, видимо, отсутствие того лица, которое утрачивает какие-либо права, как-то страдает от этого.

Поскольку при возможности виндикации срок приобретательной давности начинает течь после истечения исковой давности по виндикации (п. 4 ст. 234 ГК), момент приобретения владения в этих случаях на несколько лет опережает момент начала течения приобретательной давности. Возникающий в связи с этим вопрос о том, не следует ли определять добросовестность на момент начала течения приобретательной давности, разрешается, на наш взгляд, все же в пользу момента получения владения. В то же время едва ли можно согласиться с Е.А. Сухановым, полагающим, что здесь имеется в виду лишь за давнее имущество, поскольку «до того момента имущество может быть принудительно истребовано его законным владельцем, а фактическое владение не может быть признано добросовестным»². Формулировка ст. 302 ГК не исключает того, что имущество может быть истребовано и у добросовестного приобретателя, поэтому возможность виндикации сама по себе не исключает добросовестности ответчика. Владелец остается добросовестным для целей виндикации несмотря на утрату им доброй совести с момента получения повестки (собственно, такое же понимание доброй совести, относящееся только к прошлому, присуще и приобретательной давности).

В то же время невозможность виндикации, особенно из-за пропуска исковой давности, не означает, что на стороне владельца тем самым возникла добрая совесть.

Попутно нужно заметить, что при обсуждении этой нормы высказаны сомнения в том, что законодатель правильно понимает смысл исковой давности. В.В. Байбак полагает, что в рамках п. 4 ст. 234 ГК собственник может истребовать имущество от владельца, описанного в ст. 234 ГК, не только в порядке виндикации, но также и «как минимум» в порядке реституции или по договорному иску³.

Думаю все же, что прав законодатель. Иск собственника из реституции исключает добрую совесть приобретателя, так как приобретатель точно знает собственника (другую сторону сделки) и не может заблуждаться на счет нарушения его права собственности. Кроме того, в рамках реституции, как известно, право собственности и не защищается, поэтому этот иск никак не сопрягается с механизмом приобретательной давности и между этими двумя исками не может устанавливаться какая-либо координация или корреляция.

¹ Это поддерживается в п. 2.2.6 Концепции развития законодательства о вещном праве, как уже говорилось выше.

² Гражданское право. 2-е изд. Т. I. С. 499.

³ Байбак В.В. Обязательственное требование как объект гражданского оборота. М., 2005. С. 201.

Что касается договорного иска, то здесь тем более исключено приобретение по давности. Лицо, получившее вещь от собственника по договору (законный владелец), никогда не может относиться к ней как собственной. Такое лицо не может и являться приобретателем, так как договор о приобретении — это договор об отчуждении, а такой договор исключает иск собственника об истребовании вещи.

Таким образом, «минимум» законодателем установлен все же верно и обнаруживает правильное понимание им приобретательной давности. Смысл ее — в столкновении собственности и незаконного владения. Это столкновение охватывается только одним механизмом — виндикационным иском, потому только этот иск и обсуждается в ст. 234 ГК.

Я не вижу никаких причин изменять давно сложившийся подход, согласно которому, поскольку речь идет об узукапии, добрая совесть обсуждается только применительно к моменту получения имущества (как уже говорилось, имеется в виду и момент совершения сделки, и момент получения владения); в будущем возможна лишь утрата доброй совести без влияния, впрочем, на приобретение по давности. Но никак невозможно допустить, что вещь, приобретенная недобросовестно, затем окажется в доброй совести у приобретателя.

По той же причине трудно согласиться с А.А. Рубановым, который полагает, что «лицо, из владения которого вещь может быть истребована на основании ст. 301 и 305 ГК, в принципе способно приобрести ее по давности владения... Это означает, что с точки зрения ст. 234 ГК знание о незаконности своего владения не исключает добросовестности»¹. Именно потому, что виндикация возможна и от добросовестного приобретателя, нет причин вопреки явному смыслу п. 1 ст. 234 ГК считать, что добрая совесть может совмещаться с осознанием незаконности приобретения вещи, если такое сознание незаконности имелось уже в момент приобретения.

Добрую совесть, подобно невинности, можно лишь потерять, но нельзя приобрести.

Например, организация оспорила в суде право на здание магазина. По заявлению истца суд наложил арест на здание. Арест был внесен в ЕГРП. Несмотря на это, во время действия ареста ответчик продал здание третьему лицу (привлеченному в дело), был составлен и акт приема-передачи. Суд в иске отказал, и после вступления решения в законную силу арест был снят. После этого было зарегистрировано право собственности за третьим лицом (купившим здание во время действия ареста). Впоследствии суд кассационной инстанции решение отменил, дело направил на новое рассмотрение. При новом рассмотрении суд признал нового собственника добросовестным приобретателем, поскольку в момент регистрации за ним права собственности арест уже не действовал.

Этот вывод свидетельствует о неверном понимании закона. Если сделка совершена во время ареста, то она ничтожна. Если при этом арест внесен в ЕГРП, то у покупателя нет доброй совести (в противном случае добросовестность зависит от осведомленности покупателя об аресте из иных источников, что делает доказыва-

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: Научн.-практ. коммент. / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. М., 1996. С. 388.

ние или опровержение доброй совести более сложным). Но если у него нет доброй совести, то впоследствии она возникнуть никак не может.

Действия по регистрации права собственности, относящиеся к публичной сфере, не являются ни заключением договора, ни его исполнением, поэтому они никак не влияют на добрую совесть приобретателя.

Верной представляется позиция М.Г. Масевич, которая не допускает иного понимания добросовестности, кроме такого, которое «предполагает, что лицо не знало и не должно было знать о незаконности» владения». Соответственно М.Г. Масевич и не выводит из п. 4 ст. 234 ГК иного содержания, кроме очевидного: дать возможность собственнику виндигировать вещь, если для этого имеются основания¹.

Противоположная позиция В.А. Рахмиловича, толкующего п. 4 ст. 234 ГК в том смысле, что приобрести по давности можно лишь вещь, которую можно было виндигировать от добросовестного приобретателя², т.е. практически только подаренную или похищенную у собственника, неоправданно сужает сферу применения этого института, превращая его в юридическую экзотику вопреки истории и назначению приобретательной давности, состоящему как раз в возвращении в оборот как можно более широкого круга выпавших из гражданского оборота объектов.

Время от времени обсуждается вопрос: достаточно ли добросовестности только в момент получения владения³ или она должна сопровождать весь срок владения? Например, предъявление виндикационного иска к добросовестному владельцу хотя и влечет отказ в выдаче возмездно приобретенной вещи, в то же время означает, что собственником является истец. Следовательно, ответчик, сохраняя владение, уже не может считать себя собственником. Ульпиан считал, что «после *litis contestatio* все начинают быть недобросовестными владельцами, скорее даже после возбуждения спора»⁴. Каноническое право, рассматривавшее добрую совесть в категориях греховности, полагало, что утрата доброй совести в любой момент времени в период владения исключало приобретение по давности, так как «если владелец знал,

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Отв. ред. О.Н. Садилов. М., 1999. С. 456–457.

² Рахмилович В.А. О праве собственности на вещь, отчужденную неуправомоченным лицом добросовестному приобретателю (к вопросу о приобретении права от неуправомоченного лица) // Проблемы современного гражданского права / Отв. ред. В.Н. Литовкин, В.А. Рахмилович. М., 2000. С. 134.

³ Учитывая, что при возможности виндикации срок приобретательной давности начинается после истечения срока исковой давности по виндикации (п. 4 ст. 234 ГК), момент завладения на несколько лет опережает момент начала течения приобретательной давности. Возникающий в связи с этим вопрос, не следует ли определять добросовестность на момент начала течения приобретательной давности, разрешается, на мой взгляд, в пользу все же момента получения владения.

⁴ Дигесты. С. 122. Л. Петражицкий замечал, что «мнение римских юристов, согласно которому всякий добросовестный владелец превращается с момента *litis contestatio* в *malae fidei possessor*... общеизвестно», чтобы его особо доказывать. Но *mala fides* нельзя трактовать в нравственном смысле как что-то предосудительное (Петражицкий Л.И. Права добросовестного владельца на доходы с точки зрения догмы и политики гражданского права. СПб., 1902. С. 122 и сл.). Эта мысль очень верна: обнаружившаяся недобросовестность, если не считать ее греховной (а такое возможно только в каноническом праве), не является юридически значимой для дальнейшего течения владения, она не влечет возложения на владельца обязанности вернуть вещь, не порочит его ни в публичном, ни в частном праве. Потому ответчик по виндикационному иску, несмотря на ясное понимание того, что он не является собственником, никак не опорочен и получает защиту при известных условиях по ст. 302 ГК, если добрая совесть была в момент приобретения вещи, т.е. в прошлом. Тем более не видно причин, по которым должно было бы измениться и приобретение по давности.

что земля не его по праву, и знал, кому она принадлежит по закону, тогда с его стороны было недобросовестностью и грехом удерживать ее»¹.

Иначе решался вопрос в светском праве Европы. Д.И. Мейер по этому поводу замечает, что «если добросовестный владелец чужого имущества извещен о предъявленном к нему собственником иске, то он с этого момента» не утрачивает добросовестности, хотя «со стороны ответственности становится в положение, близкое к положению» недобросовестного владельца².

Нет сомнений, что в этом случае добросовестность, поскольку речь идет о приобретении по давности³, не утрачивается и продолжается течение сроков приобретательной давности хотя бы потому, что в этом случае не происходит перерыва течения давностного срока (другие аргументы будут приведены ниже).

Вывод из этих рассуждений: если владение начато добросовестно, последующие изменения не влекут утраты прав, возникающих из приобретательной давности. В том же плане излагает условия приобретения по давности В.М. Хвостов: «Наличность *bona fides* требуется в момент приобретения владения; при приобретении вещи на основании купли-продажи она требуется и в момент заключения купли-продажи, и в момент *traditio* вещи. Потеря *bona fides* в последующее время не вредит приобретению по давности»⁴. В основе такого суждения лежит известное правило, сформулированное средневековыми юристами, опиравшимися на разделяемое мнение Сабина: «Последующая недобросовестность не вредит правильно начатой *usucapio*»⁵.

Противоположное решение будет означать, что резко расширится сфера незаконного владения без перспектив его легализации потому, что, во-первых, труднее будет доказать⁶ непрерывную добросовестность в течение ряда лет и, во-вторых, последующая утрата убеждения в правильности приобретения означает, что вещь тем самым навсегда выбывает из оборота. А такое толкование приводит к противоречию с самим назначением института.

Однако если владелец убедился, что приобрел вещь без оснований, то определенные последствия, кажется, все же должны наступить. Прежде всего имеются в виду права на получаемые от вещи плоды и доходы⁷.

Ошибочность тех представлений, которые требуют наличия длящегося заблуждения владельца по давности в течение всего срока давности, кроме того, что они совершенно оторваны от жизни, обнаруживается также в том, что у *незаконного владельца нет обязанности вернуть вещь собственнику* (этот вопрос уже затрагивался).

¹ Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М.: Изд-во МГУ, 1998. С. 236.

² Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 1. М., 1997. С. 268.

³ В прочих отношениях, например в части права на плоды и доходы, добросовестности, конечно, в этом случае уже нет.

⁴ Хвостов В.М. Указ. соч. С. 254.

⁵ Цит. по: Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник. С. 369.

⁶ Вообще говоря, скорее собственник должен доказывать факт обнаружения владельцем незаконности своего владения, ведь отрицательные факты не доказываются. Но непонятно, как это будет делать собственник и, главное, зачем ему это нужно, если пропущена исковая давность для виндикации. Сама идея длящегося заблуждения, очевидно, родилась у тех юристов, которые слабо себе представляли практику применения норм о собственности и владении.

⁷ Этому вопросу посвящена отдельная глава книги.

Соответственно нет ни частного, ни общего интереса в том, чтобы обнаружение владельцем истинного собственника влекло изменения в юридической квалификации владения. Что касается распорядительных прав владельца (этот вопрос обсуждается отдельно), то они не зависят от осознания им незаконности своего владения, а имеют объективную природу.

Понятно, что обращение в суд с заявлением о признании права собственности в силу приобретательной давности возможно как при наличии, так и при отсутствии государственной регистрации права собственности за заявителем (п. 19 Постановления Пленума ВАС РФ от 25 февраля 1998 г. № 8). Наличие государственной регистрации права собственности за владельцем по давности является все же более распространенной ситуацией¹, поэтому обсудим ее как основную.

Очевидно, что закон предполагает такую ситуацию, когда в период владения владельцу становится известно, что основание приобретения порочно (если это не становится известно и спора, стало быть, не возникает, то незаконность владения никак не обнаруживается и все участники оборота ведут себя как полноправные субъекты; в этом случае норма ст. 234 ГК скорее всего просто не будет применена).

Наиболее часто обнаружение порочности приобретения происходит после предъявления виндикационного иска (ст. 303 ГК прямо указывает на момент вручения повестки по виндикационному иску как на момент утраты доброй совести²). Нередко предъявляются также иски о признании сделок о приобретении имущества недействительными в порядке ст. 166 ГК. Возможны и иные основания утраты доброй совести, например судебное решение или приговор, в которых наряду с иными фактическими обстоятельствами, составлявшими предмет доказывания, устанавливается отсутствие права на отчуждение вещи у того лица, с которым была заключена сделка приобретения владельцем для давности. Это уже следует считать исключениями, менее характерными для обычной хозяйственной практики. Во всех этих случаях запись в ЕГРП о собственности владельца для давности только тогда будет аннулирована, когда собственник заявляет для этого отдельное требование.

Между тем, как известно, у собственника обычно не бывает стимула добиваться признания за ним права собственности, если он не имеет возможности вернуть владение³. Значит, при оставшейся записи в ЕГРП владелец для давности далее вла-

¹ Иначе, как правило, невозможна добрая совесть. Исключения, конечно, возможны, но это все же исключения.

² Кстати, если буквально (и потому — нелогично) читать ст. 301–303 ГК РФ, то в виндикационном иске никогда нельзя отказать по мотиву добросовестности владельца: ведь в тот момент, когда он заявляет о своей доброй совести, он уже ее не имеет.

На самом деле добросовестность — всегда ретроспективна. Когда она становится предметом спора, ее уже нет, а когда спора о ней нет, она и не нужна.

³ Я придерживаюсь той позиции, согласно которой на самом деле право на предъявление иска о признании права собственности не вытекает просто из права собственности, но должно быть специально обосновано (о некоторых таких обоснованиях см.: *Люшня А.В.* Признание права собственности как способ защиты гражданских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 16–17). Нельзя исходить из того, что собственник может лишь сослаться на нарушения его права в прошлом; необходимо также указать, каким образом признание за ним права будет способствовать осуществлению его прав в будущем (далее я пытаюсь показать, что собственник, например, вправе предъявить кондикционный иск к незаконному владельцу, хотя такие иски весьма редки в практике, все же такого рода мотив является достаточным обоснованием права на иск).

деет уже без доброй совести. Эту ситуацию и описывает Пленум ВАС РФ в упомянутом п. 19 Постановления от 25 февраля 1998 г. № 8.

Спустя много лет владелец, как это вытекает из смысла закона, разъясненно-го Пленумом ВАС РФ, может обратиться с заявлением о признании за ним права собственности, если еще реально действуют ранее возникшие препятствия, которые теперь, после истечения срока давности, уже являются препятствиями в осуществлении *права*, а не владения. Такими препятствиями могут быть наличие спора о праве или иные действия, создающие помехи в осуществлении права собственности. Не исключен и вариант установления права собственности в порядке особого производства — если нет спора о праве (фактически причиной такого заявления скорее всего станут формальные препятствия, чинимые административными органами, которые спором о праве не являются)¹.

Но если исходить из ошибочной идеи, согласно которой должна быть длящаяся добрая совесть, то придется признать, что в этом случае никакое обращение с заявлением о признании права собственности недопустимо: добрая совесть была утрачена ранее. В то же время, коль скоро за 18 (или 15 лет) запись в ЕГРП за владельцем для давности не аннулирована, значит, никому эту запись и не нужно аннулировать, интерес собственника к ней утрачен. Получаем следующий, совершенно абсурдный вывод: запись о праве собственности сделана на имя владельца для давности, но он не собственник; а кто собственник, уже неизвестно, и что думать третьим лицам об объекте, тоже неизвестно. Видимо, придется справляться у наших теоретиков, придумавших длящуюся добрую совесть.

Если бы эта теоретики были правы, то мы бы получили следующий сюжет: лицо, записанное в ЕГРП собственником и 18 лет считавшее себя собственником, вдруг узнает, что на самом деле много лет назад была совершена порочная сделка и ему нужно теперь подтверждать свое право. Фантастичность этой картины состоит в том, что в реальной хозяйственной жизни никто не будет доказывать порочность сделки ни через 18, ни через 15 лет, не озаботившись возбуждением спора ранее — такое внезапное прозрение наивным героем своего порочного прошлого возможно только в бразильских сериалах.

Итак, **идея длящейся добросовестности — фантазия, оторванная от реальной жизни и не имеющая почвы в законе**, который тоже ведь написан для жизни.

Поэтому попытки найти в тексте ст.234 ГК или иного закона только тот смысл, который противоречит реальной жизни, будут всегда неудачны: «Только взвешивание интересов является верной дорогой к формированию справедливого и обще-

Иными словами, собственнику отнюдь не всегда интересно признавать за собой «голое» право собственности, если понимать интерес как объективную категорию. На практике это выражается в том, что и на самом деле, убедившись в бесперспективности спора о владении, собственник чаще всего не стремится закрепить за собой право, избегая, в частности, возникновения у него публичных обязательств, связанных с правом собственности. К таким же выводам приходит нередко и суд, однако пытается это мотивировать все же не отсутствием у истца права на иск, а возникновением права собственности у ответчика (здесь и лежит одна из эмпирических предпосылок непонимания смысла приобретательной давности).

¹ В реальной жизни в большинстве случаев владелец для давности, право которого зарегистрировано в ЕГРП, едва ли будет обращаться со специальным заявлением о признании за ним этого права по истечении срока приобретательной давности, ведь к этому времени спор о праве уже иссякает, так как собственник утрачивает интерес к своему праву.

понятного права. Логическая дедукция на основании п о н я т и й не в состоянии н и к о г д а указать правильный путь, а если такое и случается, то по чистой случайности»¹. Мысль вполне тривиальная, но лучше ее привести в качестве цитаты; цитата, как говорил, если не ошибаюсь, М. Блок, — явление истины.

Кроме того, предусмотренная п. 2 ст. 234 ГК защита владельца для давности от третьих лиц предполагает, конечно, выявление прав на имущество (так как от законных владельцев и собственника защиты, увы, не предоставляется, значит, суд обязан выяснить, какими правами обладают стороны, иначе норма не может быть применена; на практике это, конечно, всегда имеет место и составляет основное содержание спора). Но если исходить из ошибочной идеи о д ля щ е й с я добросовестности, то, как только выявляется незаконность владения истца, ему в любом случае в иске должно быть отказано, так как он уже утратил качество добросовестного д ля щ е го с я в л а д е н и я, а только такому владельцу (как думают те теоретики, которые придумали д ля щ у ю с я добросовестность) и д а е т с я з а щ и т а «до приобретения права собственности» и тем самым д ля приобретения права собственности. Но на самом деле содержание закона иное: защита будет дана всегда, если нарушитель не является законным владельцем или собственником, хотя в процессе обязательно выяснится, конечно, незаконность владения. Это бесспорно вытекает из текста закона и никем из серьезных цивилистов никогда не ставилось под сомнение.

Приведенные суждения о добросовестности для приобретательной давности утрачивают свое значение, поскольку требование доброй совести будет устранено из ст. 234 ГК, как это предполагается (и совершенно правильно) в Концепции развития законодательства о вещном праве. В этом случае значение добросовестности переместится в сферу мгновенного приобретения по давности, как оно закреплено сейчас в п. 2 ст. 223 ГК (с предполагаемым расширением мгновенного приобретения по давности за счет движимых вещей). Понятно, что при этом некоторые аспекты доброй совести вовсе отпадут — например, утратит какое-либо значение вопрос о д ля щ е й с я доброй совести.

Кстати, интересно обсудить, каково основание приобретения права собственности в силу моментальной приобретательной давности, особенно если нормой п. 2 ст. 223 ГК будут охватываться движимые вещи.

Понятно, что здесь нет состава, в котором одним из юридических фактов является добрая совесть, просто потому, что добрая совесть вообще фактом не является, а является лишь стороной такого факта, как недействительная сделка, подобно тому как вина не является фактом, а выступает стороной правонарушения (о чем в свое время писал О.А. Красавчиков)². Если не считать недействительную сделку юридическим фактом (как полагают некоторые юристы, следуя преимуществен-

¹ Штампе Э. Проблема каузы в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 4. С. 179.

Я, впрочем, имею в виду даже не строго логическое толкование закона, а попытки вывести из нормы путем ее изолированного чтения такое содержание, которое входит в противоречие с иными нормами. В таком случае оказывается, например, что владелец как ответчик по виндикационному иску отличается от владельца по давности, хотя этому сопротивляется не только логика закона, заставляющего одинаковые термины, во всяком случае, предполагать для обозначения одинаковых понятий, но и само назначение приобретательной давности, которое объясняется одной только целесообразностью.

² Подробнее этот вопрос рассматривался в 4-м издании книги на с. 784–785.

но взглядам, коренящимся в европейском законодательстве)¹, то получается, что у такого права собственности вовсе не будет основания, ведь для приобретательной давности важнейшим фактом является срок, давность.

Остается предположить, что в этом случае мы получим некоторую модификацию французского правила: владение само по себе основание. В измененном виде это правило будет звучать так: добросовестное владение² само по себе основание.

Попробуем более подробно рассмотреть **защиту владения на основе приобретательной давности**.

Норма п. 2 ст. 234 ГК гласит: пока незаконный владелец не приобрел права собственности на имущество, он вправе защищать свое владение против третьих лиц, кроме собственника и законных владельцев. На основании этой нормы можно заметить следующее.

Во-первых, по своему внешнему описанию такая защита не отвечает признакам классической владельческой защиты, которая давалась, как известно, против любого нарушителя, в том числе и собственника. В этом отношении иск по п. 2 ст. 234 ГК ближе к *Actio Publiciana*³, хотя о тождестве говорить, конечно, нельзя.

Во-вторых, мы видим, что добросовестность ответчика по этому иску не имеет значения и не дает ему защиты. Это обстоятельство, конечно, нужно как-то объяснить. Вероятно, законодатель не намерен стимулировать бесконечного «размножения» владельцев для давности: ведь если истец считается таковым, то предоставление защиты по мотиву добросовестности и ответчику приведет к тому, что и ответчик становится владельцем для давности того же самого имущества⁴. Конечно, такая ситуация никак не может считаться ни нормальной, ни желательной. Но возникает другой вопрос: если истец по ст. 234 ГК вправе истребовать имущество от любого лица (кроме собственника и законного владельца), то не получает ли он возможность злоупотребления своим правом? Например, продает вещь, а затем, сославшись на п. 2 ст. 234 ГК, истребует вещь от любого лица, у которого она будет обнаружена независимо от его добросовестности.

Но вспомним, что по ст. 234 ГК защищается фактическое владение, а не право. Фактическое владение — это состояние. Не случайно оно характеризуется как длящееся, непрерывное, наличное. Перерыв владения, стало быть, способен привести к изменению состояния. Но что считать перерывом? Очевидно, что юриди-

¹ Выше я пытался обосновать позицию, согласно которой в нашем праве недействительная сделка — юридический факт, хотя как основание для приобретения права собственности этот факт все же мало подходит.

² Выше уже говорилось, что добросовестность владение получает от приобретения, и не иначе. Поэтому можно сказать и так, что добросовестное приобретение само по себе основание, но имея в виду, что передача вещи во владение состоялась.

³ Если вещь приобреталась хотя бы и с доброй совестью от несобственника, то защиты от собственника не имелось (см.: *Покровский И.А.* История римского права. С. 274).

⁴ Другое возможное соображение: если истец предполагается добросовестным, то добросовестный ответчик не может иметь перед ним преимуществ, — едва ли может быть принято; во всяком случае оно противоречит известному из истории правилу: при равной добросовестности (равных основаниях) предпочтение имеет обладающий вещью (см., например: *Покровский И.* Указ. соч. С. 274); это одно из проявлений преимуществ владеющего, отраженного в афоризме «блаженны владеющие». Действительно, невозможно найти основание для того, чтобы лишить владения в пользу другого лица, не имеющего перед владельцем никаких преимуществ.

чески не прерывает владения для давности насильственное изъятие, ведь защита против такого насилия, бесспорно, охватывается п. 2 ст. 234 ГК, причем защищается именно владение для давности, а не какая-то другая позиция или право¹.

А вот что касается передачи владельцем вещи по сделке, то здесь перерыв владения, конечно, наступает, если сделка предусматривает передачу вещи навсегда (купля-продажа, дарение и т.п.). Временная условная передача, по-видимому, не прерывает владения для давности (в противном случае мы должны будем прийти к абсурдным и лишеным хозяйственного смысла выводам, что владелец для давности не может, например, отдать вещь на хранение, не рискуя полностью потерять ее: ведь временный владелец (хранитель, арендатор) не имеет защиты по ст. 234 ГК, так как не владеет вещью как своей). Стало быть, владелец для давности, передавший вещь по такому основанию, которое исключает возврат этой вещи, прервал свое владение и утратил право на предъявление иска по п. 2 ст. 234 ГК². Значит, исключается и возможность такой ситуации, когда владелец продает свою вещь, а затем истребует ее по ст. 234 ГК от любого лица.

Однако главным вопросом применения защиты по ст. 234 ГК является, конечно, вопрос: имеет ли ответчик право на возражение, затрагивающее не фактические обстоятельства утраты истцом владения, а юридическую характеристику позиции истца? Иными словами, вправе ли ответчик заявить, что иск не подлежит удовлетворению, так как истец не имеет на своей стороне того юридического состава, который описан в ч. 1 ст. 234 ГК: владение добросовестное, открытое, непрерывное, pro sua (для себя).

Предположим, что владелец без основания (например, получивший вещь от лица, не имевшего права ее отчуждать) столкнулся с насильственными посягательствами на вещь или утратил вещь, причем нарушитель его владения также не может сослаться на какой-либо титул. В этом случае владелец заявляет, что он владел для давности и на основании ст. 234 ГК требует защитить его владение или истребует вещь от третьего лица. Поскольку предметом спора не является признание права собственности в силу истечения приобретательной давности, истец должен доказывать не весь юридический состав, предусмотренный законом, а лишь факт владения и обстоятельства его нарушения. Прежде всего, конечно, не должна доказываться добросовестность, ведь если исходить из обратного, то придется признать необходимость доказывания всех обстоятельств приобретения, без выяснения которых трудно судить о доброй совести, а это по сути дела приравнивает защиту к петиторной.

В свою очередь нарушитель владения, а владение (еще раз подчеркнем это) нарушается самоуправными действиями (обычно это насилие или обман), конечно, должен оправдать свое самоуправство. Нет нужды доказывать, что лицо, совершившее насилие, никогда не может быть освобождено от бремени доказывания: презумпция неосновательности насилия лежит в самих основах права, составляет

¹ Конечно, нужно как-то вернуть владение, в противном случае нельзя будет приобрести право собственности, так как необходимо именно наличное владение в тот момент, когда завершается юридический состав, создающий право собственности у владельца для давности.

Ведение процесса об изъятии вещи можно, на наш взгляд, рассматривать как продолжение владения и не исключать этот срок из общего срока приобретательной давности.

² Здесь, конечно, не исключается применение реституции, ведь незаконный владелец не может перенести собственность на покупателя, но действие реституции заканчивается на другой стороне недействительной сделки и не идет дальше, как это вытекает из смысла ст. 167 ГК.

его фундамент. Защита от насилия поэтому всегда дает процессуальные преимущества потерпевшему, так как он защищает не только себя, но и право в целом.

К сожалению, эти очевидные ценности весьма мало усвоены нашей практикой. Да и теоретики не слишком последовательно их отстаивают. Так, В. Слыщенко, обсуждая приведенный здесь способ защиты владения, основанный на естественном механизме распределения презумпций, приходит к выводу, что нарушитель вправе, отказавшись обосновывать свое насилие, заняться более увлекательным делом опровержения оснований приобретения по давности, в том числе доброй совести¹. Автор, таким образом, считает соответствующей закону действительно имеющую место практику возложения бремени доказывания неправомерности насилия на потерпевшего от насилия. Думаю, что возрождению владельческой защиты, к чему призывает автор, весьма способствовали бы принятие в качестве исходного тезиса принципа недопустимости насилия в частном праве и обоснование вытекающих из этого принципа следствий, в том числе действия всех презумпций против нарушителя. Известно, что переход от процессуальных презумпций к материально-правовому результату, т.е. положительной норме, – самый обычный и самый естественный путь становления юридического института.

Если исходить из того, что по п. 2 ст. 234 ГК впервые после многих лет защищается не право, а «беститульное, т.е. незаконное, владение», как справедливо указывает Е.А. Суханов², то такая защита не может строиться по тем же правилам, что и защита титульного владения, т.е. защита права. Владельческая защита всегда была направлена только на восстановление нарушенного фактического положения, не предпринимая вопроса о правах и вовсе не касаясь этого вопроса³. Следовательно, нельзя отказать в предоставлении владельческой защиты только потому, что истец не доказал таких качеств своего владения, которые дают ему в будущем право на вещь или могут дать такое право при известных обстоятельствах.

В противном случае окажется, что нарушитель владения не несет никакой частноправовой ответственности лишь потому, что владение истца не имело достаточных оснований, но это значит, что поощряется произвол, а личность владельца, которая, как верно указывал Савиньи, является главным объектом посягательства при нарушении владения, не имеет вовсе никакого значения, никакой ценности для частного права. Едва ли можно сомневаться в том, что такой подход был бы глубоко порочен в своей основе и нес бы громадную опасность для всей системы права.

Действительно, как воспринять заявление ответчика о том, что истец не владел вещью непрерывно, если вещь отобрана именно у истца? Если такое возражение правомерно, то оно означает, что владелец, временно утративший владение (например, потерявший вещь и затем нашедший ее и т.п.), оказывается лишенным за-

¹ Слыщенко В. Утерянный институт права // эж-Юрист. 2003. № 6. С. 2. Там же автор говорит о том, что владелец защищает в рамках ст. 234 ГК РФ «право на приобретение по давности». Полагаю, что такого права нет. До приобретения по давности владелец никакого права, в том числе права на приобретение по давности, не имеет, а после приобретения становится собственником. Защите подлежит именно незаконное владение. Впрочем, этот вывод вполне очевиден (несмотря на употребление Конституционным Судом РФ выражения «права добросовестных приобретателей») и уже не раз излагался в литературе.

² Гражданское право: Учебник. В 2 т / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд. Т. II. М., 1998. С. 621.

³ Как известно, посессорная защита не давалась только в тех случаях, когда владение было добыто истцом от ответчика «силой, тайно или прекарно». За пределами этих трех исключений владельческая защита давалась всегда.

щиты, что едва ли может вытекать из смысла закона. Полагаем, что если владения лишен именно истец (либо те лица, которым вещь передана истцом условно и временно), то возражение о непрерывности его владения утрачивает смысл и не может препятствовать защите.

Еще менее достигает цели заявление о том, что истец владел вещью не для себя. В этом случае в процесс привлекается тот, для кого велось владение, и окончательное решение принимается с учетом позиции этого лица, которое также имеет, конечно, защиту.

Наконец, вправе ли ответчик делать заявление о недобросовестности истца? Выше мы уже показали, что в процессуальном смысле обсуждение в деле о защите владения вопроса о добросовестности истца предreshает вопрос о праве, но тогда процесс приобретает не владельческое, а петиторное содержание. Непонятно также, как быть, если владение вновь нарушено иным лицом: для него установленный факт добросовестности не имеет преюдициального значения и, стало быть, может обсуждаться вновь, что едва ли приемлемо.

В материальном смысле обсуждение добросовестности истца означает, что одно и то же действие может оказаться правомерным или неправомерным в зависимости от отношений потерпевшего с третьим лицом (в данном случае с собственником). Тогда получается, что публичная власть передает свои функции расправы и наказания частному лицу, что следует признать еще менее приемлемым.

Все это заставляет прийти к выводу, что при заявлении иска о защите нарушенного владения по основаниям ст. 234 ГК возражения ответчика об отсутствии у позиции истца юридических качеств владения для давности не подлежат обсуждению, а признаки, указанные в ст. 234 ГК, могут быть предметом доказывания только в споре о праве (либо – при отсутствии спора о праве – в соответствующем деле особого производства). Мы вполне согласны с А.А. Рубановым в том, что на основании п. 2 ст. 234 ГК защищается «владение независимо от наличия у него правового основания». При этом владелец «не должен доказывать, что у него имеется какое-либо право на владение. Предшествующее владение защищается как таковое. Необходимо только, чтобы соответствующее лицо владело вещью как своей собственной»¹. Такую же оценку норме п. 2 ст. 234 ГК дает М.Г. Масевич².

Следующий отсюда другой вывод: защита по ст. 234 ГК оказывается тогда доступной не только тем, кто ведет владение для давности, но и другим незаконным владельцам, кажется мне отнюдь не случайным, но, напротив, весьма желательным следствием. Ведь в противном случае мы должны будем признать, что те нарушители, которые завладели имуществом незаконно и недобросовестно, кладут начало бесконечной цепи нарушений: теперь любой может забрать у них имущество так же незаконно и без всяких неблагоприятных для себя частноправовых последствий³. Получается, что наказываются не нарушители, а весь правопорядок, все общество в целом.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 1: Научн.-практ. коммент. / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. С. 389.

² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Отв. ред. О.Н. Садиков. С. 457.

³ Впрочем, вполне возможно, что не наступит и публично-правовая ответственность. Например, В.И. Яковлев ограничивает круг субъектов, против которых направлено хищение только собственником и законным владельцем (см.: *Яковлев В.И.* Гражданско-правовые охранительные отношения, скла-

Предоставление защиты недобросовестному владельцу можно оправдать тем, что это — вполне классический институт. Есть у него и рациональное обоснование: если собственник не нашел нужным воспользоваться предоставленной ему сильной, не ограниченной ничем, кроме срока исковой давности, защитой своего частного права против недобросовестного нарушения его владения, то общество имеет куда меньше оснований передавать любым другим лицам функции преследования и наказания нарушителя, никак от последнего не пострадавшим.

Выше отмеченная ригидность условий о сроке приобретательной давности заставляет хотя бы в общих чертах оценить само значение срока.

Мне не раз приходилось слышать заявления о «непонимании» срока: если уж собственник утратил возможность вернуть вещь, так нужно сразу присваивать ее владельцу и не путать юристов какими-то переходными статусами владения. Именно на почве такого непонимания и получили широкую популярность идеи о немедленном возникновении собственности у добросовестного приобретателя¹. Между тем срок давности сам собой выражает наличие коллизии между нормами, между нормами и принципами, между правами и интересами. Обсуждая английский институт *adverse possession* (длительное неправомерное пользование, ведущее к возникновению права), автор отмечает, что сама длительность срока выражает наличие коллизии, срок «мог бы быть сокращен, если бы это не считалось противоречащим... принципу»². Исковая давность в этом смысле также может быть понята как выражение коллизии между правом истца и стабильностью оборота³.

Стало быть, смысл срока состоит именно в отражении существующей коллизии; соответственно отказ от каких бы то ни было сроков означает либо признание того, что здесь нет никакой коллизии (а это, конечно, не так), либо непонимание того, что коллизия между правами и принципами (интересами) по необходимости приводит к установлению сроков давности, что это присуще праву.

Вопрос о том, является ли позиция владельца для давности до истечения срока субъективным правом, приобретает непосредственное значение при решении проблемы передачи и преемства владения. Конечно, этот вопрос — лишь часть более общей дискуссии о понятии владения (которое иногда понимается не как факт, но как некое право). Хотя сама оценка владения не связана прямо с наличием или отсутствием посессорной защиты, полное ее отсутствие никак не усиливает доводы тех, кто признает владение правом. В этом отношении, кажется, владение для дав-

дывающиеся на рынке ценных бумаг // Вестник ВАС РФ. 2000. № 5. С. 89). Стало быть, хищение у незаконного владельца оказывается за рамками данного состава.

¹ Как уже говорилось выше, в рамках советского права (и в работах, написанных в той же парадигме) речь шла не столько о непонимании механизма приобретательной давности, сколько именно о доктринальном латании системы права. Но после появления ст. 234 ГК цивилисты, не связанные ранее высказанными взглядами, могли отбрасывать срок приобретения по давности уже только в силу отказа понять смысл института, что обычно и делалось.

² Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 116.

³ Если представить, что время — это форма выражения богатства и в этом качестве может служить выражением сущности денег, то придется признать, что приобретатель для давности платит дважды (имеется в виду гипотеза получения вещи по возмездному договору). Более верным для нашего вопроса кажется все же иное: срок давности отличен от иных сроков (которые и на самом деле могут увязываться с обогащением, процентами, деньгами) и выражает исключительно коллизию между правом и иными ценностями, правом не являющимися.

ности, обладая исковой защитой, может дать определенные аргументы для признания его правом, если считать обратимым правило: каждое право имеет иск. Но если учесть, что защита сама по себе не превращает владение в право и что владение для давности имеет те же основные черты, что и вообще владение без основания, то вопрос должен решаться все же в рамках теории владения в целом.

Владение для давности не передаваемо по сделке, а при передаче вещи начинается у нового приобретателя снова, «всякий сингулярный правопреемник может только начать новую давность»¹. Соответственно добросовестность, основание получения владения обсуждаются по личности приобретателя и не могут передаваться. Возможно лишь присоединение срока при правопреемстве (п. 3 ст. 234 ГК).

В любом случае та позиция, которую имеет владелец для давности, не дает ему возможности совершить сделку по передаче вещи с возникновением права на вещь у другой стороны. В терминах, тяготеющих к концепции триады, это можно изложить так: «Не подлежит продаже такое имущественное право, как право пользования вещью в течение срока приобретательной давности»². По строгому смыслу закона любые распорядительные акты до истечения срока приобретательной давности на вещь придется признать ничтожными. В то же время нормы о реституции здесь следует применять, на мой взгляд, достаточно сдержанно, с тем чтобы не причинить вреда нуждам оборота (коль скоро сама узукания — дань исключительно нуждам оборота).

Завершить эту главу уместно судебным делом, которое, непосредственно касаясь приобретательной давности, в то же время подводит и к тем вопросам, которым посвящена следующая глава о природе владения.

Суть спора такова.

Собственница домовладения, приобретенного до вступления в брак, завещала его в равных частях мужу и дочери.

После ее смерти оба наследника — и муж, и дочь — обратились с заявлениями о вступлении в наследство. Однако муж умершей собственницы оспорил права дочери на половину домовладения, ссылаясь на то, что он приобрел имущество по приобретательной давности, начавшейся еще в период брака и продолженной после смерти наследодателя.

При очевидной сомнительности заявленных требований дело имеет определенный интерес уже хотя бы потому, что стало предметом судебного спора, причем в ходе его рассмотрения обозначились затруднения с точной квалификацией ситуации.

Во-первых, поставлен вопрос: может ли начать владение для давности один из супругов относительно имущества другого супруга? Очевидно, что владение для давности исключено, если супруг рассматривает имеющееся домовладение как принадлежащее другому супругу — здесь не может быть владения как своим. Точно так же исключено владение для давности, если супруг полагает имущество только своим по закону, — здесь налицо заблуждение не в факте, а в праве, а оно не ведет к добросовестности. Значит,

¹ Хвостов В.М. Указ. соч. С. 257.

² Порошков В. Специфика имущественных прав // Российская юстиция. 2000. № 5. С. 16. Высказывание автора, впрочем, не вытекает непосредственно из теории триады, которая даже, кажется, может быть и вовсе поставлена здесь под сомнение, если учесть, что В. Порошков полагает, что «в вещных правоотношениях имущественные права как объекты гражданских прав используются только в качестве юридической фикции» (Там же. С. 15); объектом является сама вещь.

остается лишь вопрос о владении в качестве сособственника. Нетрудно заметить, что ситуация равно применима к общей собственности во всех ее видах.

В основе приобретательной давности, затрагивая и добросовестность, лежит, как известно, основание установления владения. Таким основанием, если вспомнить, что приобретательная давность происходит из оборота, является волевой акт владельца, направленный на приобретение вещи. Между тем отношения общей собственности не приводят к созданию юридического лица, позволяющего вырабатывать общую волю через свои органы, и соответственно акт приобретения может быть совершен только кем-либо одним из сособственников. Следовательно, только по его воле и можно обсуждать наличие добросовестности. Значит, тот субъект общей собственности, в том числе и супруг, который своей волей и своими действиями не приобретал вещи, не может ссылаться на свою добросовестность. Впрочем, для общей собственности возможно и совместное приобретение владения, тогда имеется воля нескольких лиц, что, впрочем, не означает презумпции тождественности (не)добросовестности.

И хотя в нашем деле ситуация, по-видимому, значительно проще: истец едва ли сможет привести какие-либо факты, позволяющие допустить даже предположение об общей собственности, — нельзя исключить развертывание иного спора по тому пути, который приведет к обозначенной проблеме.

Во-вторых, поставлен вопрос о владении наследственным имуществом после смерти наследодателя как владении для давности. Очевидно, что положительный ответ приведет к абсурдным следствиям: окажется, что при получении наследства его владелец получит преимущества перед всеми прочими наследниками. Но тем не менее проблема должна получить свою квалификацию.

Понятно, что приобретательная давность возникает из незаконного владения, ведь если вещь получена в законное владение, т.е. по общему правилу от собственника, то получатель всегда знает собственника и всякое заблуждение насчет своего права собственности тем самым исключено. Значит, нужно определить природу владения наследственным имуществом. Здесь прежде всего обращает на себя внимание то, что оно не получено по воле собственника. Но значит ли это, что такое владение — незаконное?

Римскому праву известно владение наследственным имуществом до приобретения наследства по праву — *bonorum possessio*, пользовавшееся преторской защитой. При этом наследник, бывший в доме наследодателя в момент его смерти, тем самым уже оказывался во владении наследством и без получения *bonorum possessio* имел обычную владельческую защиту против внешних посягательств¹.

Впрочем, в древнем праве, когда наследственное имущество рассматривалось как лишенное хозяина, бесхозяйное, считалось возможным захватить имущество и приобрести его спустя год по давности (*usucapio pro herede*). В этом случае, однако, приобретатель (узукапиент) считался получившим все личные качества наследника, в том числе обязанность выполнения семейных культов и обязательства по выплате наследственных долгов. Во времена Адриана такое приобретение утратило силу,

¹ Покровский И.А. История римского права. С. 382.

Одно из объяснений природы этого владения (в качестве провизорного ввода во владение на время спора о наследстве между двумя претендентами) сближает его с другой формой законного владения, получаемого также не от собственника, — с секвестром.

и наследнику был дан иск о возврате имущества от узукапиента¹. Вероятно, имеет смысл иметь в виду эту архаичную конструкцию с такими ее характерными чертами, как представления о бесхозности имущества умершего и включение приобретателя в состав familia, как материал для сопоставления со всеми иными попытками использования usucapio в наследовании. Тогда во всяком случае становится очевидной невозможность применения приобретательной давности в системе права, исключаящей возникновение бесхозности имущества вследствие смерти собственника.

Если принять это во внимание, то, думаю, нет препятствий полагать, что владение наследственным имуществом, полученное без пороков (насилие, обман и пр.), является законным, поскольку его владелец рассматривает имущество именно в качестве такового, т.е. имущества, известный собственник которого скончался, а наследники не вступили в свои права². Любые заблуждения владельца, касающиеся законов о наследстве, никак не могут изменить характер его владения. Такое владение, конечно, не может привести к приобретению по давности, потому что оно объективно является не владением для себя, а владением для других — наследников, даже и в том случае, если наследником вещи станет сам владелец. Именно в этом последнем случае наиболее явственно заметна неприменимость к такому владению приобретательной давности: невозможно считать своим то, что намерен приобрести как наследство, т.е. как чужое, ведь нельзя наследовать собственное имущество³.

Теперь мы можем предложить решение нашего казуса.

Во время совместной жизни истец в любом случае не мог начать владение для давности имуществом, принадлежавшим супруге, так как он не получал ни от нее, ни тем более от третьих лиц это имущество во владение по какому-либо основанию, которое он мог бы, даже допустив извинительные фактические ошибки, считать влекущим возникновение у него собственности на это имущество.

Истец и в качестве наследника не мог осуществлять владение для давности после открытия наследства, поскольку он относился к имуществу как к наследству; при этом осуществляемое им владение наследственным имуществом является законным владением, временным, как это вообще характерно для законного владения, и дающим владельцу средства защиты, предусмотренные ст. 301–305 ГК. Вступление иных лиц в права наследства на это имущество дает им право требовать это имущество от фактического владельца. Известный теоретический интерес представляет только вопрос, является ли это требование виндикационным иском (в том случае, если мы будем считать, что основание владения наследственным имуществом отпадает с момента вступления в наследство иного лица⁴) или это требование является самостоятельным иском о вступлении во владение.

¹ Покровский И.А. История римского права. С. 377, 405.

² Понятно, что титул законного владения позволяет иметь исковую защиту против любых посягательств третьих лиц (ст. 305 ГК). Тем самым обеспечивается всесторонняя частноправовая защита наследственного имущества — обстоятельство весьма важное, но все же само по себе недостаточное для объяснения сути явления. (Охрана наследственного имущества, осуществляемая нотариусом, является публично-правовым средством.)

³ Именно такая логика, впрочем, без достаточно точной квалификации, была применена судом при рассмотрении спора о праве на дом между наследниками, обосновывающими свое право приобретением по давности (Бюллетень ВС РФ. 2000. № 8. С. 4–5).

⁴ В этот момент отпадает законность, но отнюдь не возникает, конечно, добросовестность.

ГЛАВА 17 О ПОНЯТИИ ВЛАДЕНИЯ

Проблема владения, сама по себе непростая, в нашей цивилистике приобрела еще и дополнительную специфику, вызванную общим упрощением юридической картины мира с одновременным разрывом исторических связей, особенно важных именно в теории владения, которая в силу одного только возрождения нормально-го товарного обмена, как это в той или иной мере можно ожидать от иных юридических феноменов, никак не может восстановиться. Утрата владением своей историей приводит к примитивизации основ вещных прав, которые играют главную роль в строении системы права.

Арнольд Гелен писал: «...право, собственность, моногамная семья, определенное распределение труда, — именно они сформировали, возвысили наши инстинкты и склонности до того высокого, требующего исключительности и направленного отбора уровня, который заслуживает названия культуры. Такие институты, как право, моногамная семья, собственность сами ни в коей мере не являются естественными и очень быстро разрушаются. Точно так же не является естественной культура наших инстинктов и склонностей, которые, напротив, нуждаются в постоянных внешних укреплениях, поддержке, воспитании с помощью этих институтов. И если выбить эту опору, мы очень быстро возвращаемся в примитивное состояние»¹.

Поставленный российской историей эксперимент по разрушению культуры (в том числе и путем прекращения воспитания и упражнений в уважении права и собственности, последовавших за эпохой их всемерного разрушения) наглядно проявился в институте владения, который был забыт за несколько десятков лет, хотя имел до того тысячелетнюю историю. На его месте сейчас нет ничего, пустота. Нужны снова многолетние усилия по культурному освоению заброшенных пустошей. Гораздо легче, конечно (ведь культура, как подчеркивает А. Гелен, — это ежедневное усилие, упражнение, труд), объявить, что нет нужды ни в восстановлении владения, ни в обращении к вековой юридической культуре, что и так прекрасно все сгодится. Встречаются и теоретики, охотно объясняющие, почему утрата владения нашим правом и непонимание проблематики владения нашими юристами — это благое следствие крушения культуры, и надобно это замечательное обстоятельство закрепить и увековечить. Не могут не вызывать восхищения и те молодые юристы, которые бодро призывают не предаваться ламентациям по поводу утраты владения и владельческой защиты.

Между тем непонимание феномена владения привело и к незавершенности системы ГК, и к самым невероятным практическим решениям. Приходится признать, что нужно много лет систематических и неослабевающих усилий, чтобы

¹ Цит. по: *Ассман Я.* Культурная память: Письмо, память о прошлом и политическая идентичность в высоких культурах древности / Пер. с нем. М., 2004. С. 156–157.

такой важнейший продукт мировой культуры, как владение, вернулся в наше право. Поэтому первой задачей является восстановление исторического контекста владения.

Определение владения как господства, фактической власти над вещью¹, над ее физической субстанцией важно именно тем, что оно отвлечено от соотношения с правом, что и позволяет оставаться вне системы вещных прав.

Владению в большей мере, чем собственности, предшествует представление о некоем фактическом, доправовом, или неправовом, естественном² состоянии, в котором люди все же владеют вещами; «...предположим, что правовой порядок совершенно упразднен (это фактически невозможно, но мыслимо), — все-таки владение осталось бы»³, — замечает Г. Дернбург.

Это представление, имеющее под собой прочную основу материальности всякого владения, предопределяет большую часть наших взглядов на суть владения в его первоизданном виде, тем более, что нам довелось оказаться свидетелями «фактически невозможного» упразднения правового порядка, и действительно, владение (с такими его бесспорными атрибутами, как охрана, ограда, бункера и пр.) сохранилось, несмотря на почти полное исчезновение собственности и замену ее суррогатами. Как это всегда бывает, неофициальная истина (которой в данном случае является редукция собственности до аморфного владения) лучше доказывается именно косвенными данными. Не случайно, например, законодательство о приватизации в значительной мере было сориентировано на «фактическую» принадлежность имущества как основание его приватизации. Этим была лишь подтверждена незначительность, второстепенность официально-юридических режимов принадлежности. Некоторая знаменательность обнаруживается, впрочем, в том обстоятельстве, что фактическое владение приобрело определенное правовое значение именно в момент замещения его традиционной собственностью.

Характерно в этом смысле и то, что уголовная репрессия вслед за примитивизацией гражданского оборота в описываемый период подверглась решительному упрощению и ограничилась, в отличие от уголовной репрессии достаточно сложного российского уголовного права предреволюционной поры, только пося-

¹ Утверждение, что «фактическое господство лица, а не передача ему движимой вещи — доказательство его права» (*Яковлева А.В.* Споры о государственной регистрации прав на недвижимость // Законодательство. 2005. № 1. С. 74), может служить как раз доказательством смещения владения: именно оно составляет власть (только власть определяется не только тем, у кого она, но и тем, к кому или чему обращена; возможность осуществлять власть по отношению к вещам и позволяет осуществлять переход от вещественности, материальности владения к идеальности права, и стесняться говорить, что власть имеется над вещью, не нужно) — и собственности, что вообще присуще нашей юриспруденции. На самом деле фактическая власть ничего, кроме владения, не доказывает. Но предполагает (презюмирует) право собственности. Статьи, презюмирует право собственности владение именно потому, что предполагает состоявшуюся в прошлом передачу (традицию).

Пример в очередной раз показывает состояние проблемы владения в современной литературе.

² *Possessio naturalis* (естественное владение) в некоторой степени отражает это представление, подчеркивая физическую субстанцию владения, его «материальную основу» (*Бартошек М.* Римское право: Понятия, термины, определения. М., 1989. С. 252), хотя само понятие имеет смысл в системе юридических категорий: оно, в частности, противопоставит «законному» (*iusta*) владению для давности.

³ *Дернбург Г.* Пандекты. Т. 1. Ч. 2: Вещное право. СПб., 1905. С. 2.

гательствами на «конкретные «телесные вещи» и простейшими корыстными преступлениями»¹.

Взяв «фактическое владение» как исходный архетип, мы должны однако сознавать, что это представление не может быть свободным от изрядной доли условности, если иметь в виду, что сам первобытный субъект имущественных отношений представляет собой довольно сложное образование. Кроме того, архаичность и неразвитость обмена до известной поры мало затрагивают вещный мир и вынуждены мириться со слабо расчлененным единством субъекта и объекта владения.

Впрочем, такие черты владения, как невозможность солидарности², скорее говорят в пользу его сравнительно позднего происхождения³.

Владение, конечно, как об этом и говорилось ранее, — феномен культуры и феномен довольно поздний.

Связь владения с публичной сферой, в частности, интердиктной, административной защитой, выразилась в том, что в «результате вторжения публичного в частное, когда акцентируется строго индивидуальная связь с вещью лица, взятого вне корпоративных связей»⁴, владелец в классическом праве в меньшей степени выступает как familia или иная общность, а понимается как отдельный индивид. Это позволяет считать, что юридическое определение владения произошло не сразу.

Согласно классическим взглядам владение определяется как достаточно длительное, укрепившееся, обеспеченное от постороннего вмешательства физическое, реальное господство над вещью, в единстве corpus и animus, т.е. фактического господства, соединенного с намерением владеть⁵. При наличии этих признаков владение получает юридическую защиту⁶.

¹ Клепицкий И.А. Собственность и имущество в уголовном праве // Государство и право. 1997. № 5. С. 82.

² Павел говорил: «Ты так же не можешь владеть тем, чем владею я, как не можешь стать там, где я стою» (Дигесты. 41.2.3.5). Это очевидное обстоятельство, на котором базируются детские, да и взрослые игры, состоящие в том, чтобы занять какое-то место, дабы его не занял другой, самым решительным образом вторгается в теорию владения, противостоя всем правовым, т.е. нематериальным, ее обоснованиям (сравните с положением Саксонского зеркала, интересного тем, что имеется в виду «расщепленная» собственность: «Земельный участок может принадлежать нескольким господам таким образом, чтобы один имел его от другого, но лишь один имеет его во владении» (Ленное право, I, 39 // Саксонское зеркало: Памятник, комментарии, исследования / Отв. ред. В.М. Корешкий. М.: Наука. 1985. С. 123)).

Впрочем, Савиньи отмечал, что владение участком (но не строениями) нескольких лиц возможно, но и только. Солидарное владение иными вещами, в отличие от общей собственности, предметом которой могут быть любые вещи, уже невозможно (см.: Савиньи Ф.К. Обязательственное право / Пер. с нем. СПб., 2004. С. 243). Это обстоятельство, вполне, кстати, вытекающее из высказывания Павла (на одном участке на самом деле могут стоять несколько лиц, тем более, что размер участка может быть любым), создает известные трудности в ряде случаев, например при разграничении негаторного и виндикационного исков, защищающих права собственности на земельный участок.

³ Наиболее распространен взгляд, согласно которому первоначально владение возникло на общественной земле — *ager publicus*. Поскольку ни один из владельцев не мог получить на такой участок квинритское право, были возможны только владельческие отношения, а споры разрешались в рамках интердиктов.

⁴ Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. М., 1996. С. 31–32.

⁵ См., например: Римское частное право / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 1948. С. 169.

⁶ Владение в позитивном праве не опирается на основание. Например, Гражданский кодекс Аргентины 1871 г. воспроизводит в ст. 2363 классическое определение: лицо владеет, потому что владеет (подробнее см.: Медведев С.Н. Гражданский кодекс Аргентины 1871 г. Ставрополь, 1993. С. 48). Для

Господство может отождествляться с властью (нередко сам выбор термина зависит от усмотрения переводчика). О власти мы уже говорили и пришли к выводу, что власть (возможность власти), составляя сердцевину субъективного права, позволяет вычленив в сплошной окружающей нас материи отдельные, дискретные ее части (что само по себе тавтология, извиняемая лишь тем, что она порождается вторжением права в физический мир) в качестве объектов права, *вещей*¹. Взятая уже применительно к этому созданному человеком, человеческим обществом объекту права, власть выступает как владение вещью. Если «в начале была власть»² как условие творения мира, то, даже оставаясь в рамках мифической космогонии, мы можем дать еще одно определение владения — это возможность *преобразования* вещи.

Владение не передается, а каждый раз возникает снова, самостоятельно. При этом «владение есть нечто отличное от права. Но оно тем не менее имеет значение для права». Более того, римскому праву известно понятие *ius possessionis*³. Впрочем, даже его буквальный перевод — «право владения» — не дает оснований для далеко идущих выводов хотя бы потому, что римское право не представляло собой строго согласованную систему понятий. Иными словами, упоминание «права владения» не стоит понимать в том смысле, что юристы, употреблявшие его, ввели тем самым владение в число прав. Во всяком случае гражданского иска о защите «права владения» не имеется⁴, а это гораздо важнее с точки зрения римского права.

сравнения: «Как владелец владеет разбойник, которого спросили, почему он владеет, и который ответил: «Потому что владею»» (Дигесты. 5.3.11–12).

Понятно, что тогда утрачивает смысл различие законного и незаконного владения, известного ГК РФ: в обоих случаях имеется владение. А само различие сохраняет действие только в рамках виндикации (для чего оно и введено ГК).

¹ Еще раз подчеркну, что не только владение предполагает вещь, но и вещь (как объект права, а только такой она и бывает) предполагает владение. Подробнее вопрос рассматривался применительно к проблеме денег.

² *Ассман Я.* Культурная память: Письмо, память о прошлом и политическая идентичность в высоких культурах древности. С. 199. Автор имеет в виду космогонические мифы.

³ *Дернбург Г.* Указ. соч. С. 3.

⁴ Предположение Л. Кофанова о том, что виндикационный иск *legis actio sacramentum in rem* мог использоваться также и для защиты владения (см.: *Кофанов Л.Л.* Владение и собственность в Законах XII таблиц // Древнее право. 2000. № 1 (6). С. 156), не поддерживается классической романистикой. Приведенные автором примеры касаются лишь прав на земельные участки, а земельные отношения, как известно, отличаются большой инерцией, вовлекаются в оборот последними и потому не могут служить достаточно доказательным материалом для иллюстрации развития собственности и владения, равно как и иных юридических институтов. Кроме того, если стороной в споре *legis actio sacramentum in rem* являлся владелец, т.е. лицо, получившее вещь от собственника, то рано или поздно владельцу пришлось бы об этом сказать. Но тогда спор утрачивал смысл, ведь тем самым речь шла о чужой вещи, тогда как формула иска включала утверждение о том, что вещь принадлежит стороне. Если же Л. Кофанов имеет в виду владение общественными землями (не полученными от частного собственника), то это владение защищалось именно интердиктами, а не иском.

Наконец, приведенный Л. Кофановым фрагмент, в котором арендатор прибегает к виндикационному иску по формуле: «Я утверждаю, что это поле за вычетом узуфрукта является моим вплоть до январских календ» (*Кофанов Л.М.* Указ. соч. С. 158), также не представляется убедительным доказательством иска о защите права владения. Во-первых, арендатор считался не владельцем, а держателем (детентором), не имеющим владельческой защиты. Отсюда следует как то, что право арендатора не являлось владением, так и то, что, не имея владельческих интердиктов, арендатор вынужден был пользоваться виндикационным иском. Во-вторых, иск мог быть направлен только против арендодателя (римское право допускало виндикационный иск на почве договора). Ведь защита от третьего лица вовсе не требовала указания окончания срока аренды. В этом случае оправданна формула «поле мое до январских календ»,

М. Бартошек определяет *ius possessionis* как «партикулярное право собственника»¹, т.е. не выводит его за рамки субъективного права собственности.

Владение охранялось преторскими интердиктами, что в любом случае затрудняет включение его в число цивильных прав, защищаемых исками.

Юридическое содержание владения, обнаруживаемое из способов его защиты, заметно расходится с сутью иных правовых отношений, выводимых из логики оборота. Защита владения сводится и, пожалуй, исчерпывается ситуацией насилия, посягательства, вторжения². Исходя из того, что гражданский оборот, защищаемый, конечно, от насилия, не приобрел бы все же известных нам форм исключительно из противостояния силе (в противном случае право пришлось бы считать не средством вытеснения силы, а лишь упорядоченной формой систематического, пусть даже ответного, насилия — само по себе антиправовое представление), мы вынуждены делать исключение для юридической стороны владения, которое, однако, перестает быть исключением, если владение не является правом.

Предлагались разные объяснения сути объекта владельческой защиты, защиты от самоуправства.

Савиньи ограничивал защиту владения только ситуацией деликта, сводя тем самым посессорную защиту к защите личности. Об этом свидетельствуют и слова претора о запрете насилия как основании интердикта. Д.И. Мейер отмечал, что большинство цивилистов следуют за Савиньи³.

«Применение силы против владельца — единственный способ, каким может быть нарушена непосредственная материальная связь лица с вещью»⁴, — полагает и Д. Дождев. Оспаривая это мнение, юристы указывали на то, что слова о насилии остались лишь формальностью при разрешении вопроса о владении. Из посессорных интердиктов лишь *int. unde vi* носит характер деликтного иска, а главный — *int. uti possidetis* — не имеет свойств деликтной защиты (т.е. не следует за насилием, а предупреждает его). Кроме того, теория Савиньи не может объяснить, почему защита не давалась при держании для другого лица или при владении вещами, изъятыми из оборота⁵. Г.Ф. Шершеневич также указывал, что нарушение владения может и не сопровождаться насилием, как, например, при краже⁶.

но видно, что эта формула лишена той абсолютности, которая связана с вещным правом, не ограниченным во времени. Кроме того, защищаемое право, безусловно, — обязательственное (личное).

Для того чтобы уйти с почвы (прошу прощения за каламбур) земельных участков, представим, возможна ли формула: «Этот раб (*homo*) мой до январских календ?» Кажется, не получается. А между тем основные исковые формулы о защите вещи римские юристы давали именно с использованием *homo*.

¹ Бартошек М. Римское право: Понятия, термины, определения. С. 170.

² Не случайно германское право говорит о защите владения против «запрещенного самоуправства» (§ 861 ГГУ).

³ Суждения Шершеневича, Эннеккеруса и других авторов позволяют заметить, что к началу прошлого века авторитет этой позиции, подчеркивающей защиту личности, а не права, снизился в пользу защиты предполагаемого права, как полагал Иеринг, но в последние десятилетия, кажется, подход, обоснованный в свое время Савиньи, вновь становится более адекватным. Хотелось бы видеть в этой тенденции свидетельство общей гуманизации права, которой хорошо соответствует уже приводившееся определение владельческой защиты И.А. Покровского как «кульминационного пункта идеи личности».

⁴ Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник. М., 1996. С. 326.

⁵ Это, однако, не означает, что в момент становления владельческой защиты насилие не было главным поводом для возникновения этого феномена, да и не осталось им впоследствии (см. ГГУ).

⁶ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 153.

Иеринг считал, что владение защищается как фактическое проявление, как видимость собственности (Дернбург указывает на возникновение этого объяснения уже у глоссаторов), поскольку владелец предполагается обычно собственником, в этом смысле владение «является простейшим способом знаковой коммуникации в обществе»¹. Владение, по словам Иеринга, — «форпост собственности»².

Это мнение поддерживается и Г.Ф. Шершеневичем, который в доказательство того, что при защите владения защищается вероятная собственность, ссылаясь и на суждение Сената, согласно которому «владение есть право, по содержанию своему близко подходящее к праву собственности и даже заменяющее его для владельца, доколь не будет доказано, что сильнейшее, лучшее право на ту же вещь, дающее то же право на владение, право собственности, принадлежит другому лицу»³.

Против этой позиции существует тот довод, что владельческая защита дается и против собственника, причем его ссылки на собственность не принимаются во внимание. В то же время такой подход может быть обоснованием защиты одного владельца против другого (как это делается, скажем, в английском праве). К сожалению, в современном российском праве ни одна из позиций не признана законом.

Кроме того, такой подход весьма уязвим с исторической точки зрения, так как он априорно исходит из того, что эти институты развивались в согласованной связи, с опережением собственности (в скрытой форме этот подход содержится уже в понимании владения как стороны, части собственности, ее неполноценного подобия) либо, напротив, с опережением владения, если исходить из достаточно устойчивого представления, что «понятие права собственности обыкновенно развивается из владения. Первоначальное понятие о юридическом господстве над вещью связывается с господством фактическим: без фактического господства не признается господство юридическое»⁴.

Здесь, пожалуй, и обнаруживается труднейший вопрос теории владения — о характере, формах генетической связи владения и собственности, который достигает крайней степени остроты в тот момент, когда приходится исходить из того, что в момент происхождения этих институтов их связь была не большей, а, может быть, и меньшей, чем любых других произвольно взятых правовых феноменов. У. Маттеи замечает, что «владение относится к категории сложных для уяснения правовых явлений отчасти в силу шизофренического характера своего сосуществования с правом собственности»⁵.

Чаще всего в истории права противопоставление владения и собственности идет путем либо выявления их параллелизма, либо установления их эволюционной несовместимости, когда ограниченное во времени владение предшествует собственности как владению неограниченному. Оба подхода критикуются, особенно при

¹ Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. М., 1999. С. 120.

² Подробнее см.: Иеринг Р. ф. Об основании защиты владения: Пересмотр учения о владении / Пер. с нем. М., 1883.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 153.

⁴ Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. М., 1997. С. 5. Впрочем, историческая последовательность вполне может пониматься просто как логическая, поскольку речь все же идет о «понятиях» как указание приоритетов, не претендующее на изображение действительного генезиса.

⁵ Маттеи У., Суханов Е.А. Указ. соч. С. 119.

их абсолютизации¹. Понятно, что в любом случае трактовать владение только как обслуживание нужд собственности было бы неверно.

Согласно «абсолютной» теории (Брунс и др.) «выражающаяся во владении воля, хотя она имеет чисто фактический характер и может даже быть резко противопоставлена праву, должна быть, тем не менее защищаемая согласно общей природе воли. Ибо воля сама по себе и по своему существу свободна; в признании и проведении этой свободы заключается вся правовая система». Соответственно появляется владение как безобъектное право.

Эта теория оспаривается с тех позиций, что она никак не объясняет, почему воле получившего владение дается преимущество перед волей того, кто добивается владения.

Дернбург, изложив основные концепции, предлагает «разрешение проблемы» следующим образом: «...владение есть фактический общественный строй, существующее распределение вещественных благ. Произвольное нарушение этого фактического отношения могло бы вызвать непоправимое расстройство. Поэтому неприкосновенность нашего фактического имущественного положения является одним из условий упорядоченного общежития»².

В. Хвостов, следуя мудрому правилу Ларошфуко — «все правы», считает, что «все эти теории содержат долю правды. В пользу защиты владения говорят все приведенные соображения». А то, что ни одно из них не в состоянии объяснить всех юридических проявлений владения, стало следствием того, что «некоторые нормы, регулирующие владение, сложились под преобладающим влиянием одной идеи, другие — под влиянием другой»³.

Пытается примирить существующие концепции и У. Маттеи, избегающий высказывания в своей работе каких-либо взглядов, кроме общеизвестных. Он указывает, что, во-первых, право пытается исключить «возможность физического столкновения», «государство не может позволить себе такую роскошь, как разрешить индивидам осуществлять самозащиту своих прав», поэтому действует принцип «*ne cives ad arma veniant* (государство защищает недобросовестного владельца, дабы граждане не прибегали к оружию в отношениях друг с другом)». Во-вторых, владелец, как правило, является собственником вещи. В-третьих, «в отсутствие собственника владелец, в конечном счете, оберегает экономическую ценность не-

¹ Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. С. 8–9. Д.И. Мейер отмечает, что «многие осуждают изложение учения о юридическом владении по поводу права собственности» (Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. С. 7). Это лишний раз подчеркивает неясность характера связи этих двух явлений права.

² Дернбург Г. Указ. соч. С. 5–7. Л. Мизес показывает, что практика неожиданных набегов, повторяемых викингами через несколько лет на поселения крестьян, каждый раз восстанавливающих свое производство после грабежа, становится не совместимой с капитализмом, предполагающим длительное планирование производства: оно в ожидании конфискаций просто не происходит, а капитал проедается (Мизес Л.ф. Человеческая деятельность: трактат по экономической теории / Пер. с англ. Челябинск, 2005. С. 754).

Вытекающие отсюда параллели между отсутствием в российском праве владельческой защиты (да и неприкосновенность собственности не провозглашена прямо законодателем) и популярностью идей периодических конфискаций наталкивает на мысли о все еще живущем в России духе опричнины. Реальность этого явления подтверждает практика проедания капитала или его нарастающего экспорта в периоды ожидания набегов (а такие ожидания имеются почти всегда) в их российских формах, в обстановке прочно устоявшегося неупорядоченного общежития.

³ Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996. С. 274–276.

движимого имущества в интересах первого». Защита владения, включает автор, «гораздо более целесообразна, чем нескончаемый поиск фактов, подтверждающих правовой титул владельца, равно как и непрерывная борьба за установление физического контроля над недвижимостью»¹.

Упрощение нашего права, прежде всего утрата им владельческой защиты, казалось бы, сохраняет актуальность лишь за одним объяснением: защита владения — это защита собственности (или иного законного титула, включающего владение). Однако внутренние правовые связи не могут исчезнуть полностью даже при отмене ряда норм или институтов. Поэтому нам приходится углубляться и в суть владения, поскольку без этого оказываются утраченными существенные черты собственности и едва ли могут быть объяснены основы вещных прав в целом.

Возвращаясь к указанным теориям обоснования защиты владения, мы можем видеть, что они зависят от понимания права (на это обращал внимание В. Хвостов) и от представлений о степени нормированности, регулирования правом действительных отношений (что также тесно связано с пониманием сути права, особенно имея в виду присущий нашему правовому сознанию позитивизм, причем явно не классического свойства).

Очевидно, что мнение Дернбурга, признающего защиту неправовых фактических отношений по соображениям их общественной важности, основано на том, что право имеет определенное социальное, «служебное» или функциональное назначение, позволяющее ему выйти за собственные пределы. Вытекающее из такого понимания возможное превращение права из цели в средство не может не представляться с учетом отечественного печального опыта достаточно опасным, да и римское право не дает, кажется, оснований для таких подходов. Поэтому больше оснований считать, что владение защищается постольку, поскольку тем самым защищается личность владельца. То, что эта защита может носить превентивный характер, т.е. не следовать в ответ на насилие, а предупреждать его, конечно, едва ли может лишить этот взгляд обоснования.

Два общих вопроса, несомненно системного значения, должны быть поставлены в первую очередь: имеет владение юридический или фактический характер и предшествует ли становление владения собственности или следует за ней?

По мнению Г.Ф. Шершеневича (обоснованному только отечественным материалом), «в развитии вещных прав право собственности должно предшествовать владению», вопреки уже упомянутому мнению Мейера, а также К.А. Неволина и К.П. Победоносцева², которые вслед за римскими юристами считали, что «в историческом развитии владение, как отношение фактическое, предшествует праву собственности, как отношению юридическому»³. Некоторым образом к этой позиции примыкают и взгляды Л. Кофанова, полагающего, что «римское право собственности проделало длительную эволюцию от законного неотчуждаемого и ненаследуемого владения к квинтскому праву собственности»⁴, хотя, как можно видеть, он считает при этом владение правом.

¹ Маттеи У., Суханов Е.А. Указ. соч. С. 161—162.

² О взглядах русских цивилистов на природу владения см.: Казаков В.Б. Владение — факт или право? (Из истории русской дореволюционной цивилистики) // Правоведение. 1988. № 2. С. 73—76.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 154.

⁴ Кофанов Л.Л. Указ. соч. С. 158.

Римское право, однако, не дает достаточного материала для столь однозначных противопоставлений. Древнейшей формой вещного спора принято считать *legis actio sacramentum in rem*. Но он имеет несомненные черты спора о праве принадлежности, а не о владении, во-первых, по своему содержанию, во-вторых, потому, что истцом может быть как невладельческое лицо, так и владелец вещи. Это может служить доводом в пользу мнения Шершеневича. Однако, право, которое устанавливалось в этом процессе, еще мало походило на то абсолютное, высшее право, которым стала собственность. М. Казер применительно к *legis actio sacramentum in rem* говорил, как известно, об «относительном праве собственности»¹.

Есть основания принять предположение, что владение имело, конечно, доправовое бытие, никак не связанное, в отличие от других юридических архетипов, с циркуляцией вещей, которое сводилось лишь к защите от внешних посягательств (оставим в стороне очень важный в архаике вопрос о разграничении внутреннего и внешнего вещного мира). Это владение не затрагивало право и, главное, оставаясь чисто материальным, и не могло его затронуть. Вовлечение владения в сферу права могло произойти лишь с углублением тех идеальных связей, которые возникли вокруг вещей.

Ведущей архаичной формой вещно-личного единства была в римском праве, как известно, семья, *familia*. Однако в ее рамках владение вещами как отдельный объект защиты не выделялось, а устанавливаемые на почве перехода вещей связи приводили к правам личного, относительного характера. Заслуживал бы внимания, конечно, вопрос, могло ли так же установиться и владение по праву, которое всегда считалось «по природе» неспособным к существованию *in solidum*, а тем более — в форме относительной связи (невозможно представить относительность *corpus`a* владения), если бы попытки рассмотрения этого вопроса не приводили к рассуждениям, неизбежно включающим за посылки результаты последующего исторического развития, а оно дает такое понимание фактического владения, которое всегда подразумевает существование где-то собственника и тем самым прочно связывает владение с собственностью, пусть и в форме оппозиции². Например, такие важнейшие свойства владения, как добросовестность и недобросовестность, характеризуют отношения владельца с собственником. О том же говорит и такая характеристика владения, как *possessio ad usucapionem*: приобрести собственность по давности значит лишить этого права другое лицо, собственника.

Д. Дождев показал, что первоначально владение сформировалось в отличной от частной семейной, публичной сфере (проявленной, например, в статусе вои-

¹ Д. Дождев говорит, что в процессе *legis actio sacramentum in rem* «каждый из претендентов доказывал не абсолютное право на вещь, а лучшее, чем у противника, реальное полномочие» (Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник. С. 208); см. также работу: *Diosdi G. Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*. Budapest, 1970, в которой большое внимание уделено концепции относительной собственности М. Казера.

² Есть определенные основания для высказывания: фактическое (незаконное) владение существует, поскольку существует собственность, хотя между ними и «нет ничего общего»; при установлении факта исчезновения собственника частное право стремится восстановить собственность на стороне владельца, если только не имеется публично-правовых препятствий. Тогда утрата владением большей части юридического содержания в условиях неразвитого или разрушенного права и прежде всего права собственности может объясняться именно отсутствием другого члена оппозиции: ведь явление, получающее свое бытие как сторона противоположности, деградирует, когда противная сторона исчезает.

на), где «существуют только отдельные личности», и это фиксируется позитивным правом, закрепляющим «непосредственную связь вещи с ее конкретным распорядителем». Юридическое признание исключительности этой связи приводит к возможности устранить любое другое лицо, включая прежнего распорядителя и семейную группу. Такая защита приводит к возникновению вещного права — владения — «первое нормативное признание индивидуальной принадлежности вещи в прямом смысле этого слова»¹.

Очень упрощая картину, можно предложить весьма условную схему, объясняющую расхождение собственности и владения тем, что первая развивалась на почве *familia*, усложняясь и углубляясь по мере признания правом автономии лица, а второе, будучи сразу признано публичным правом, и дальше существовало преимущественно в этой сфере, тем более, что внешний характер владения вполне соответствовал «простым и надежным» инструментам публичного права.

В римском праве мы обнаруживаем защиту владения независимо от права посредством владельческих интердиктов. Сами по себе эти формы, в наибольшей степени отражающие «чистое бытие» владения (вспомним знаменитое высказывание: «...между владением и собственностью нет ничего общего»), не могли привести к устойчивому состоянию, поскольку принципиально исключали выяснение вопроса о праве и сосредоточивались на временной защите фактически существующего положения.

Нетрудно, конечно, заметить, что отрицание общего между владением и собственностью на самом деле знаменует тот этап, когда эти явления уже находятся в тесном взаимодействии и их общность дает о себе знать, заставляя юристов проводить указанные разграничения, решительно провозглашая их нетождество.

Речь идет о связи между владельческим интердиктом, который именно в контексте упомянутого высказывания Ульпиана рассматривается не в своем самостоятельном значении, а как предваряющий виндикацию этап: решение спора о владении предоставляло благоприятную позицию ответчику (им был владелец, установленный интердиктным производством) и соответственно затрудняло задачи истца, на которого в силу известного процессуального правила возлагалось бремя доказывания собственности уже не в посессорном, а в петиторном процессе². На этой почве и появляются основания считать владение «предвестником собственности»³.

Тот момент, когда подчинение владения собственности привело к изменению и упрощению его первоначального содержания, можно заметить в упомянутом высказывании Ульпиана, которое следовало бы обсудить подробнее. Речь идет о виндикации, когда собственник доказал, что вещь его, и требует ее от владельца. Ульпиан оспаривает ранее высказанные суждения: «Некоторые, как, например, Пегас, считали, что этим иском объемлется лишь такое владение, которое имеется при интердиктах *uti possidetis* и *utribi*. Наконец, он говорит, что нельзя виндцировать от того, кому вещь дана на хранение, или предоставлена в ссуду, или сдана

¹ Дождев Д. В. Основание защиты владения в римском праве. С. 134.

² Кажется, именно в этом контексте приобретает смысл заявление: «Источник теории юридического владения следует искать в распределении роли сторон в *rei vindicatio*» (*Сальковский К.* Основы системы и истории римского гражданского права. Киев, 1910. С. 218).

³ Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник. С. 334.

внаем, или кто вступил во владение для исполнения легатов или вследствие предоставления приданого либо для охраны (интересов) ребенка, находящегося во чреве, или от того, кому не предоставлено обеспечения вследствие угрожающего ему вреда (*cautio damni infecti*), так как все эти лица не владеют¹. Я же думаю, что можно требовать (вещь) от всех, кто держит вещь и имеет возможность ее отдать»². Здесь видно, как разнообразие владельческих отношений, их сложное юридическое содержание нивелируются перед правом собственности, сохраняя, пожалуй, только качество факта, уступающего праву.

Начавшееся тесное взаимодействие владения и собственности резко обостряет проблему этого их качественного различия³, которая в то же время — проблема понятия владения.

Во всяком случае владение, если оставить в стороне его историю в праве, относится к сфере актуального, вещественного⁴, оно существует во времени и как право, и как факт⁵, владение — это «действительность собственности», по словам Иеринга, тогда как в развитии собственности можно заметить движение в сфере идеального, спиритуального, в той сфере, где вообще существуют права.

Собственность (впрочем, как и любое субъективное право) сама по себе лишена не только вещественности, но и материальности, не выступает как физическое усилие или даже состояние, чего нельзя, конечно, сказать о владении. Собственность со времен классики не может быть ограничена во времени⁶ (из-за чего приходится прибегать к иным формам, например, узуфрукту, для установления «временной собственности»), она не ограничена и в пространстве, ибо не может быть такой столь малой либо великой вещи, относительно которой не могла бы быть установлена собственность по причинам пространственного характера. В то время как владение, первоначально охватывающее лишь движимые вещи, которые можно было схватить, только позже, когда источником правового развития уже была собственность, смогло идеально распространиться и на недвижимость. Соотношение их как материального явления и идеального содержания возникающего абсолютного права в какой-то мере позволяет понять некоторые начальные моменты развития (например, по мере возрастания значения сознания и воли лица возрастало и понимание идеальности права и т.д.).

В этой динамике строго однонаправленное, а значит, и параллельное движение было невозможно, так как сами источники права были лишены монизма: вместе с отделением личности от общности (причем и от племени, и от семьи) происходило отделение вещей от лиц. Все эти процессы шли в разных плоскостях и с разным ускорением.

¹ Не владеют в классическом смысле, держат вещь для другого.

² Дигесты. 6.1.9. С. 130.

³ Определение Дигест: *possessio* — это то, на что нет собственности, при всей категоричности противопоставления выражает, конечно, и наличие общей почвы, на которой и возможно противопоставление.

⁴ Известно, что владение не могло устанавливаться на бестелесные вещи, например сервитуты (Дигесты. 8.1.14; 8.2.32 и др. С. 159, 163).

⁵ В этом плане можно указать на выведение Дернбургом владения из precariousного, т.е. по определению временного, отношения, хотя эта теория и не была поддержана другими юристами.

⁶ На раннем этапе допускалось право собственности на время (см.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. Ч. 2. С. 6 и др.), что, по-видимому, можно считать реликтом еще более раннего сходства по ряду признаков между продажей и арендой.

Применительно к ранним этапам римского права затруднительно говорить о четком противопоставлении владения и собственности. В иных архаичных системах такое разделение, насколько известно, проводилось еще слабее или не проводилось вовсе. Например, довольно глубокая догматическая разработка оснований собственности в древнеиндийском праве, сменившая период, когда «понятия «собственность» и «владение» не дифференцированы», привела к выделению трех оснований (процессуальных «праманов») собственности: документа, свидетельских показаний и пользования, — причем последнее, имея сходство с древним римским *usus* и так же порождая приобретение по давности, учитывает волю прежнего собственника, отказавшегося от вещи. Можно, однако, заметить, что при этом владение никак не выделяется, будучи поглощено либо собственностью, либо использованием¹.

Утрата манципацией универсального значения и вытеснение ее традицией через становление бонитарной собственности, сыгравшей роль переходной формы², придает владению новое качество перехода к собственности, которое оно уже не утрачивает в дальнейшем. Владение начинает играть роль знака, вестника собственности³, заняв центральное место в ритуале традиции (это нужно специально подчеркнуть, ибо передача вещи вне системы традиции не порождает юридического эффекта, соответственно и владение остается юридически бессодержательным, «бесцветным», по словам Казера).

Обозначив переход собственности, владение и после совершения традиции продолжает, конечно, служить знаком собственности (ведь нахождение вещи у данного лица — следствие того, что она им получена по традиции). В результате юридическое значение (постоянное употребление слов с корнем «знак» — не самый лучший стиль, но здесь это несет и дополнительный смысл, подчеркивая, что знаковость владения — способ обретения им правовых, т.е. идеальных качеств) владения надстраивается над его материальностью, а их связанность, состоящая в важности для собственника материальной субстанции вещи, не столько проясняет юридическую ситуацию, сколько вводит в нее новые усложняющие элементы⁴.

Но продолжает существовать и отдельная владельческая защита, никак не увязанная с каким-либо правом и прямо противопоставленная ему.

¹ Самозванцев А.М. Система юридической аргументации в древнеиндийском праве // Древняя Индия: Язык, культура, текст. М.: Наука, 1985. С. 260—263.

² Само название «бонитарная (преторская) собственность» уже выводит явление за пределы владения, в то же время это еще и не собственность. Эннекперус придает этому праву промежуточное положение между владением и собственностью: «оно сильнее владения, но слабее собственности» (*Эннекперус Л.* Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 1. М., 1949. С. 271).

³ Именно реальность, материальность владения приводит к установлению «принципа публичности», состоящего в том, что «для передачи права собственности на вещь недостаточно наличия договора: дополнительно требуется соблюдение открытости (публичности) процесса» (*Венкштерн М.* Основы вещного права // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / Пер. с нем. М., 2001. С. 169). Здесь не только иная форма высказывания о традиции (для возникновения собственности пригодна не только традиция), но и связь владения и собственности.

⁴ Например, вполне тривиальное замечание Д.И. Мейера о том, что владение значительными вещами, в частности недвижимостью, само по себе доставляет собственнику выгоды, укрепляя его кредитоспособность, привлекает внимание к ситуации окончательного смешивания материальной и знаковой сути владения.

Такая множественность явлений владения приводит к различным попыткам их разграничения.

Можно указать, например, на владение для давности, владение, не приводящее к приобретению по давности, но дающее владельческую защиту, владение для другого (*detentio*, держание, опосредованное владение, владение слуги), не дающее никакой защиты детентору, но предоставляющее такую защиту номинальному владельцу.

Средневековым правом было создано понятие «сейзины», сохраняющее значение в современном англосаксонском праве. Сейзина защищалась независимо от собственности на земельный участок. В этом понятии «переплелись правовые и фактические элементы. Она означала не просто — и даже не обязательно — фактическое пребывание на земле или физический контроль над ней. В этом сейзина отличалась от римского понятия владения. Например, человек мог сохранять сейзину на землю, находясь в крестовом походе или паломничестве. Однако сейзина означала не просто — и даже не обязательно — право собственности. Так, наследник или пожалованный леном, но еще не вступивший на свою землю, не имел и сейзины на нее. По сути, сейзина была юридическим правом на сохранение фактической ситуации, а это право проистекало из предшествующего пребывания в этой фактической ситуации»¹.

Германскому средневековому праву было известно аналогичное сейзине понятие «*gewere*», которое обычно переводится как «владение». Однако *gewere*, как это свойственно большинству средневековых прав на вещь, хотя и не являлось правом собственности, но не было и простым владением, т.е. только фактическим обладанием вещью, оно занимало переходное положение². А.К. Митюков полагает, что *gewere*, *saisine* отличалось от собственности тем, что являлось не абсолютным, а относительным правом, давая защиту только от продавца (давшего в силу купли-продажи обязательство не нарушать владение покупателя и помогать ему в споре с третьими лицами), но не от третьих лиц³ (здесь уместно вспомнить об относительной собственности М. Казера). *Gewere* включало в себя определенные правовые возможности, не всегда одни и те же, но это было все же именно право. В дальнейшем *gewere* послужило основанием для некоторых построений немецких пандектистов, а также для формирования такого феномена, как право владения в германском праве. Понятно, что перенесение этого феномена в иные системы прав, в том числе российского, лишено оснований.

¹ Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М.: Изд-во МГУ, 1998. С. 297. Автор ссылается на работу классика общего права Ф. Мейтланда с характерным названием «Тайна сейзины».

Различались *seisin animo* и *seisin corpore*. Очень важно, что, как только было выработано понятие сейзины и ее защиты посредством writ of novel disseisin (восстановление сейзины), появилась возможность «держать» и защищать также сейзины на должность, на свободу, на права. Отмечается, что стимулом защиты сейзины независимо от собственности являлось стремление короны вторгнуться в юрисдикцию феодальных судов, рассматривавших споры о праве собственности, и «вырвать власть у баронов» (Там же. С. 426–427).

² Венедиктов А.В. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. М., 2004. С. 340.

³ Митюков А.К. Ответственность продавца за эвикцию в историко-сравнительном освещении. Киев, 1906. С. 149.

Кроме того, сейзина — не право, а, как точно выразился С.П. Никонов, «внешняя форма, в которой проявлялось вещное право в средние века»¹. Иными словами, и на почве сейзины нет оснований для недопустимого отождествления права (идеального по своей сути) с владением как материальной формой его проявления, что является пороком, присущим всем концепциям «права владения».

Отдельно стоит владение как материальная сторона собственности, которое во все не имеет значения, пока не противопоставлено собственности в качестве объекта защиты. При этом владение как материальное явление права в той же мере присуще и другим правам на вещи, в том числе основанным на обязательстве.

Наконец, в российской системе права многими выделяется еще и «правомочие владения», которое, как можно заключить из высказываний некоторых авторов, может передаваться собственником третьим лицам.

На этом весьма пестром фоне продолжается старая дискуссия о том, является ли владение правом или фактом². (Е.А. Суханов, ссылаясь на В.М. Хвостова, справедливо отмечает, что в том виде, как эта дискуссия представлена в отечественной литературе, она идет от спора о природе владения между Иерингом и Савиньи³.)

Признание владения правом (или фактом) в современном праве имеет главным образом системные последствия, что предопределяет обострение этой проблемы в периоды кодификации. В наших условиях этот вопрос связан, кроме того, с проблемой «триады», а также с техническими аспектами прежде всего судебной практики. Но рассмотрение его крайне затруднено, если учесть, что классическая постановка проблемы имеет в виду незаконное владение⁴ (в понятиях российского права), владение без основания, а в текущей отечественной юридической практике чаще всего подразумевается владение, полученное по действительной сделке от собственника, т.е. законное. Но найти общую почву незаконному и законному владению невозможно, а применительно к дискуссии о сути владения их отождествлять просто бессмысленно.

Когда мы говорим о владении, следует все же иметь в виду скорее незаконное владение. Сам этот термин, калька с латинского *iniusta possessio*, является безусловно неудачным, что отмечалось еще Д.И. Мейером, предлагавшим называть его

¹ Никонов С.П. Развитие защиты владения в средневековой Европе. Харьков, 1905. С. 38 (так высказывался исследователь сейзины Альбрехт, полагая, что за «внешним юридическим нормальным признаком вещных правомочий» может быть любое право — от «простой прекарной детенции» до «абсолютного права собственника» (Там же. С. 50–51). С.П. Никонов не соглашался с иными выводами Альбрехта, о том, что сейзина может быть одновременно и правом, и фактом (Там же. С. 52)

Не вступая в эту дискуссию по существу, все же замечу, что признание возможности существования просто *possessio* в форме сейзины (а таких взглядов, кажется, не был чужд Альбрехт) естественно приводит к суждению о фактической природе сейзины в этом случае; спор, стало быть, сводится к тому, всегда ли за сейзиной скрывается то или иное право или нет.

² См., например, приведенные Дербургом суждения Павла и Папиниана по этому поводу (*Дербург Г. Указ. соч.* С. 2).

³ Суханов Е.А. К понятию вещного права // *Гражданское право.* 2004. № 1. С. 11–12. Автор здесь же (как и в других своих работах) показывает, что владение не может считаться вещным правом.

⁴ «В отношении сущности владения не много значит, владеет кто правомерно или неправомерно» (Дигесты. 41.2.3.5). Это абсолютно точное замечание игнорируется всеми отечественными поклонниками идеи «права владения». А без понимания смысла этого классического суждения вообще нельзя понять, что такое владение.

не незаконным, но юридическим¹. Во-первых, этот термин отражает совсем не то, что имелось в виду в римском праве, где под *iniusta possessio* понималось порочное владение, полученное от прежнего владельца силой, или тайно, или до востребования, и потому не защищаемое от него. При этом оно все же защищалось от третьих лиц, нарушающих владение. Беспорочное владение (*iusta possessio*) защищалось не только от третьих лиц, но и от прежнего владельца. Таким образом, само противопоставление «законного» и «незаконного» владения имеет смысл лишь в рамках владельческой защиты, т.е. защиты от посягательств на владение вещью *независимо от права* на нее.

Но в российском праве обычная владельческая защита долгое время не признавалась вовсе, а нынешний ГК РФ допустил ее в усеченном виде, на основании п. 2 ст. 234 ГК, как об этом уже говорилось. При отсутствии традиционной владельческой защиты выделение законного и незаконного владения утрачивает связь с классическими понятиями и не может не приобретать собственного смысла. Этот смысл мы можем вывести только из ст. 301 ГК, противопоставляющей незаконное владение уже не прежнему владельцу, как это было свойственно *iniusta possessio*, но собственнику. Теперь незаконный владелец – это такой владелец вещи, который не может сослаться на свой титул, т.е. на то, что получил вещь по воле собственника. Ведь если он может указать, что получил вещь по воле истца, то в иске по ст. 301 ГК должно быть отказано и будет рассматриваться спор, вытекающий из личных отношений истца и ответчика.

Владелец, владеющий на основании волеизъявления собственника, договора с ним, – это законный владелец². Впрочем, идея жесткого противопоставления, заложенная в том понятии незаконного владения, которое дано в ст. 301, 305 ГК, позволяет ограничиться точным определением одного вида владения, отнеся к другому все прочее. Поэтому можно сказать, что законным является владение, не являющееся незаконным.

Законное владение имеет в своей основе тот или иной частноправовой титул арендатора, хранителя, подрядчика. Этим титулом, дающим право, обязанность, определяются границы владения, его условия. Например, арендатор пользуется вещью, а хранитель нет. Законное владение защищается по тому праву, которое имеется у владельца, – по праву арендатора, подрядчика и т.д. Никакого отдельного и одинакового для всех «права владения», как считают некоторые наши цивилисты, не существует, и никакой нужды придумывать его, конечно, нет. Более того, владение защищается и без всякого права на вещь, как это происходит, когда защищается нарушенное третьими лицами владение хранителем или перевозчиком, владеющими в силу субъективной обязанности, а не права.

¹ В дореволюционном праве термин «незаконное владение» употреблялся наряду с упоминанием такого владения как «неправильное», «самовольное», «неправое» (см.: *Трепещин И.Н.* Приобретение движимостей в собственность от лиц, не имеющих права на их отчуждение. Варшава, 1907. С. 417 и сл.). Автор показывает, что добросовестное владение, также упоминаемое в законе, было владением незаконным, что соответствовало «господствующему мнению» (Там же. С. 422).

² Небольшие отличия имеет владение в силу вещного права, которое незаконным, конечно, не является. Хотя вещные права возникают, как правило, по воле собственника, переходят к другим лицам они в силу присущего им права следования уже без учета воли собственника. Впрочем, остается возможность возвести владение по вещному праву к когда-то выраженной воле собственника.

Суть права, конечно, не в способе его защиты, а в способе его осуществления (иначе у нас было бы столько прав, сколько способов защиты указано в ст. 12 ГК; но их, как известно, в сотни раз больше). Как верно заметил применительно к виндикационному иску Савиньи, способ защиты является «явлением случайным», а потому, на мой взгляд, не пригоден для квалификации защищаемого феномена. Владение как способ осуществления права (но не как само право — ведь нельзя смешивать право с его осуществлением, как нельзя смешивать возможность и действительность) предполагает во всяком случае то или иное пользование именно для получения тех полезных свойств вещи, которые недоступны субъекту права без физического доступа к вещи, без обладания вещью и дается ему возможность вещь овладеть. Интерес в пользовании вещью приводит к возникновению права, реализующегося во владении.

В неразвитых системах права (а именно такие служат историческими образцами для права российского) «различные вещные права проявлялись в однообразном виде, являясь как бы различными лишь степенями одного общего выражения, которое можно назвать правом пользования вещью»¹. Похвальное с исторической точки зрения стремление к однообразию, проявляемое в современной концепции владения как разновидности неведомого и безымянного вещного права, наталкивается, однако, на тот непреодолимый факт, что хранителям, перевозчикам и некоторым другим законным владельцам никакого пользования вещью не дозволено и тем самым — никакого основания для возникновения у них права не вещь, конечно, нет. Они в отношении вещи — лица, безусловно прав лишённые и имеющие только обязанности, ибо **без пользования вещью не может быть права на вещь, реализуемого посредством владения**, хотя вполне может быть законное владение как условие надлежащего исполнения обязательства.

Дернбург, считающий владение фактом², подчеркивал именно этот момент: если полагать правом «участие в житейских благах», то владение, не являясь само по себе таковым, правом не становится³.

Если бы владение было вещным правом, то оно было бы всегда одинаковым, так как все вещные права одного названия имеют одинаковое содержание, тождественны. Но владельцами по ГК РФ выступают настолько различающиеся по отношению к собственнику лица, что никак невозможно обнаружить у них не только тождества в имущественных правах, но и даже приблизительного сходства; более того, часто они вообще никаких прав не имеют.

Впрочем, когда говорится о владении, то речь идет прежде всего о незаконном владении, по терминологии ГК РФ, а законное владение вовсе не относится к собственно владельческой проблематике.

В. Хвостов с его счастливой способностью находить примирительные решения полагает, что «юридическое владение, т.е. владение, защищаемое владельческими интердиктами, есть право, но право с довольно скудным содержанием»⁴. Такая де-

¹ Никонов С.П. Развитие защиты владения в средневековой Европе. С. 26.

² Бартошек, также определяя владение как факт, не отмечает даже дискуссионности вопроса. При этом он ссылается на то, что владение не наследуется и не восстанавливается после возвращения из плена (см.: Бартошек М. Римское право: Понятия, термины, определения. С. 252).

³ Дернбург Г. Указ. соч. С. 2.

⁴ Хвостов В.М. Указ. соч. С. 273.

финиция не только не отличается определенностью, но и довольно явственно обнаруживает заключенную в ней тенденцию сравнения с правом «нескудного» содержания, поэтому она тяготеет к парному анализу. Впрочем, из данного В. Хвостовым определения вытекает и другое: владение, не защищаемое интердиктами, правом не является.

Заметим также, что В.М. Хвостов, следуя рекомендации Д.И. Мейера, заменяет термин «незаконное» владение термином «юридическое».

Г.Ф. Шершеневич вопреки Д.И. Мейеру, уверенно полагавшему, что нет «никакой надобности отступать от воззрения на владение как на факт»¹, считал, что «владение охраняется против всех сограждан, потому что нарушителем его может быть каждый; владение возникает независимо от воли пассивных субъектов; владение имеет своим объектом вещь, а потому оно имеет полное основание занять место среди вещных прав», это «существенная часть права собственности», «владение есть право, как по приведенным общим соображениям, так и по наименованию его «правом владения» (т. X, ч. I, кн. II отд. V-заглавие)².

Критикуя подход Шершеневича к понятию владения в русском праве, И.Н. Трепицын отмечал, что Шершеневич ошибочно увязывает владение с неперменным отношением к вещи как к своей (*cum animo domini*). Между тем русское право (и именно т. X Свода законов) в ряде норм прямо относило к владельцам и тех лиц, которые владеют для другого (в понятиях классического права это держание): нанимателей, хранителей и т.д.³ Это суждение И.Н. Трепицына справедливо и для действующего российского законодательства, не требующего от владельцев отношения к вещи как к своей и вообще не обращающего внимания на наличие или отсутствие интереса в вещи. В законе остается одно только физическое господство как достаточный признак владения.

Отсюда следует, что без отношения к вещи как к своей права владения возникнуть не может (что было вполне очевидно для Шершеневича, но что упускается из виду современными сторонниками «права владения»). Может возникнуть вопрос: отношение к вещи как к чужой характерно для вещного права, но не будет ли тогда владение вещным правом? Заметим, что вещные права элементарны, они не включают в себя иные вещные права. Для собственника вещные права, кроме того, невозможны, так как он вообще не может относиться к своей вещи как к чужой, не может иметь права на чужую вещь, если эта вещь его. Отсюда ясно, что владение как вещное право не входит в состав иных вещных, а тем более обязательственных прав (впрочем, подобных невозможных взглядов ни один культурный цивилист прошлого никогда не высказывал).

Вопрос приобретает дополнительный интерес в связи с тем, что в судебной практике мы весьма часто сталкиваемся с формулировками «право владения», «право законного владения»⁴. Поскольку эти понятия составляют нередко предмет судеб-

¹ Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. С. 9.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 142, 152–153. Сама ссылка автора вместо нормы на ее название не может не вызвать сомнений, конечно.

³ Трепицын И.Н. Приобретение движимостей в собственность от лиц, не имеющих права на их отчуждение. С. 428–429.

⁴ Вестник ВАС РФ. 1996. № 10. С. 63; 1997. № 2. С. 51, и др.

ного спора, их едва ли можно считать не имеющими юридического значения. Впрочем, во многих случаях употребление таких терминов объясняется нежеланием суда предрешать вопрос о титуле, поскольку споры разворачиваются на почве незавершенной или оспоренной приватизации (таким образом мы неожиданно получаем известную из интердиктов защиту временного состояния).

Например, был заявлен иск о признании *права на владение* зданием. Суд в иске отказал, указав, что истцы занимали помещения на основании договоров аренды, заключенных с жилищно-коммунальной конторой, причем арендные отношения прекращены. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ решение отменил в связи с тем, что передача здания на баланс ЖКК не является основанием для признания балансодержателя единственным «законным владельцем помещений», которые ранее были предоставлены другим предприятиям в установленном порядке¹.

Очевидно, однако, что сформулированное истцом таким образом требование не означает, что и суд допускает существование владения как права, тем более, что судом употреблен термин «законный владелец», подразумевающий наличие титула (договора). Но видно и то, что сами титулы, упоминаемые в деле (хозяйственное ведение, аренда, собственность) не являются предметом спора, хотя им и «должна быть дана оценка». Интерес этого дела состоит в том, что подразумевая то или иное вещное или обязательственное право, обсуждают только владение зданием.

Аналогичный подход можно обнаружить и в деле по иску АО «Запсибтрубопроводстройсервис», созданного путем приватизации государственного объединения (ГПСМО «Запсибтрубопроводстрой»). Надзорная инстанция признала за истцом «право законного владения» частью спорного здания, учитывая, что оно было построено для правопродшественника — госпредприятия за счет централизованного финансирования.

В данном случае, если учесть, что ранее на спорную недвижимость существовало право хозяйственного ведения, а акционерное общество, являясь собственником, такого права иметь не может, употребление термина «право законного владения» становится, пожалуй, неизбежным, поскольку оно позволяет завершить доводы суда таким образом: «...истец является правопреемником всех прав и обязанностей» ГПСМО².

Понятно, что такого нельзя сказать о праве хозяйственного ведения, но, кажется, можно о «законном владении». Очевидно, что это не дает оснований усматривать возникновение владения как права из судебной практики. Ведь достаточно установить, что истец не имеет никакого права (титула), и его иск сразу же утратит основания. При этом суд не вправе отказаться обсуждать сделанное любой стороной заявление о таком праве (титуле) или о его отсутствии. Значит, даже если иск сформулирован и принят судом как иск о «признании права владения», процесс не становится посессорным, а владение не отделяется от того права, стороной которого оно является.

Можно заметить противоположную тенденцию: при обнаружении пригодного к защите добросовестного владения без титула суды стремятся развить такое владение до титульного. Так, при рассмотрении дела, суд, установив начало владения на

¹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 3. С. 38.

² Закон. 1997. № 5. С. 92. Постановление Президиума ВАС РФ от 12 ноября 1996 г. № 3218/96.

титуле хозяйственного ведения (который затем был утрачен) и проверив его правомерные передачи, признал возможность заявления петиторного иска владельцем к номинальному собственнику о лишении последнего права собственности¹.

На первый взгляд такой парадоксальный подход кажется обремененным некоторым излишеством защиты. Однако более внимательное рассмотрение позволяет обнаружить здесь уже отмеченную настороженность к неосновательному (незаконному) владению как таковому и стремление превратить защищаемое владение в собственность, поскольку иной основанный на договоре титул невозможен. Именно поэтому и допущен петиторный иск, вообще недоступный владельцу.

По другому делу в резолютивную часть решения включено обязательство ответчика «оформить» с определенными решением суда организациями, созданными на базе арендных предприятий, «право владения и пользования фактически занимаемыми ими помещениями на момент приватизации»². Несмотря на столь определенные выражения, и здесь нет оснований полагать, что суд оперирует «правом владения» как отдельным правом. Сложившаяся ситуация позволяет «оформить» право как аренды, так и собственности путем выкупа ранее занимаемых помещений, причем выбор зависит от самих бывших арендных предприятий, а соответствующие требования в суде, как видно, не заявлялись. Соответственно и суд не может предопределить, какое именно право будет избрано, и ограничивается выделением общей этим правам стороны — владения помещениями. Надо, впрочем, отметить, что заложенная в решении вариативность, а значит и неопределенность, ставит под вопрос его исполнимость. Видимо, в данном случае решение будет иметь ценность в качестве преюдиции. Но преюдиция, т.е. предустановление фактов (в том числе и фактического владения/пользования, которое упоминается законодательством о приватизации), подтверждает, что речь идет именно о факте, а не о праве.

Вопрос о «праве владения» считался достаточно ясным и решался советскими цивилистами в том смысле, что «советское право не знает особого права владения, а знает лишь правомочие владения, входящее в содержание различных субъективных прав»³. Однако, учитывая упомянутые высказывания Г. Шершеневича, следует все же вернуться к ним уже на почве нового законодательства.

Итак, мнение Г. Шершеневича в пользу права владения основано на том, что, во-первых, оно в таком качестве упомянуто законодателем (в названии нормы),

¹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 5. С. 53.

² Вестник ВАС РФ. 1996. № 11. С. 43. Уже отмечалось, что законодательство о приватизации увязывает определенные юридические последствия с фактическим владением. Например, из п. 11 Указа Президента РФ от 14 октября 1992 г. № 1230 «О регулировании арендных отношений и приватизации имущества государственных и муниципальных предприятий, сданного в аренду» следует, что в известных случаях организации имеют преимущественное право приобретения в собственность наряду с арендованным имуществом также зданий и сооружений, «которыми они фактически владели, пользовались в процессе своей производственно-хозяйственной деятельности». Нетрудно заметить связь с формулировкой процитированного судебного решения. Но сходство здесь только внешнее. Норма п. 11 Указа, как и другие аналогичные нормы, не дает оснований сомневаться, что законодатель уверенно отделяет юридическую принадлежность от фактического пользования и тем самым устраняет возможность конструирования «права владения» из такого фактического пользования.

³ Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М., 1961. С. 181–182. Обнаруживаемая здесь приверженность концепции «триады» не меняет смысла высказывания даже для ее сторонников: отдельного права владения не существует.

и во-вторых, налицо посессорная защита (т.е. защита «независимо от вопроса о праве собственности»)!. Даже при наличии этих обстоятельств Г. Шершеневич не свободен, кажется, от колебаний, а ряд авторов (он указывает Виндшейда) отвергают правовую суть владения.

Есть смысл сопроводить взгляды Г. Шершеневича изложением ситуации в германском правоведении, которую он, как и другие русские цивилисты, обычно учитывал.

Л. Эннекцерус отмечал, что несмотря на то, что Савиньи «резко оспаривал» положение, согласно которому «владение есть не только факт, но и право», после принятия ГГУ преобладающее большинство авторов признают владение правом, ибо, во-первых, владелец охраняется в случаях нарушения и лишения владения, во-вторых, владение переходит по наследству, причем без получения фактического господства, и в-третьих, владение может быть перенесено путем уступки прирращения на выдачу вещи².

Я. Шапп, напротив, утверждает, что владение «является фактом, но не правом», уточняя при этом, что «различие между владением и собственностью, между фактом и правом... не обходится без особого оценочного процесса»³. Я. Шапп исходит из того, что владелец может иметь или не иметь право владения: «Наниматель, арендатор и узуфруктуарий обладают таким правом, вор — нет»⁴. Право владения обычно охватывается правом собственности, хотя в силу обязательственных или «ограниченных вещных прав» право владения и право собственности могут не принадлежать одному и тому же лицу⁵.

В таком изложении «право владения»⁶ оказывается близким, если не совпадающим с известным российскому праву законным (титულным)⁷ владением (ст. 305 ГК). При этом современное законодательство России дает куда больше оснований, препятствующих считать владение правом. Хотя ст. 209 ГК и говорит о «праве владения», но лишь применительно к содержанию права собственности, т.е. владение не может быть при этом извлечено из права собственности и ни противопоставле-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 152.

² Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 271.

³ Шапп Я. Основы гражданского права Германии. М.: БЕК, 1996. С. 61.

⁴ Там же. С. 57. Высказывание весьма близко к описанию владения (в виде сейзины), данному некогда Альбрехтом.

⁵ Там же. С. 58.

⁶ Аналогично и понимание В. Хвостовым «права владения» (*ius possidendi*) как вопроса, подлежащего выяснению в споре о праве на вещь (Хвостов В.М. Указ. соч. С. 272).

⁷ И. Фаршатов применяет термин «титулное владение» к «должнику», у которого имущество оставлено после отказа собственнику в иске. Если бы автор имел в виду случаи споров между собственником как кредитором и владельцем как должником, то такое употребление имело бы некоторые основания, хотя заданное владение вещами, переданными по договору, никогда не являлось практической проблемой. Такой проблемой является заданное имущество, находящееся у незаконных владельцев (ст. 301, 234 ГК). Однако дальше автор рассуждает именно о норме ст. 234 ГК, полагая, что такие владельцы получают «фактическую» собственность (Фаршатов И. Последствия истечения срока исковой давности // Хозяйство и право. 2005. № 12. С. 79). Употребление автором кавычек наводит на мысль, что он не настаивает на точности своей терминологии. Эта осторожность весьма уместна: должник никогда не сможет быть владельцем по давности, так как владелец, получивший вещь по договору с собственником, никогда не имеет доброй совести. А титульный владелец, т.е. владелец, основывающий свое владение на действительном договоре (титуле), не является незаконным. Таким образом, оснований к изменению сложившейся терминологии и системы понятий все же не усматривается.

но, ни даже сопоставлено с ним как право; об этом говорит и оспариваемый Шершеневичем Виндшейд, подчеркивающий, что если владелец относится к вещи так, как имеет право относиться собственник¹, то при противопоставлении владения праву собственности владение становится фактом, а не правом².

Это верное и важное суждение. Если исходить из того, что «намерение господствовать над вещью подобно собственнику, т.е. не признавая никакой высшей власти над вещью, является необходимым условием юридического владения»³, то очевидно, что невозможно сосуществование двух равно исключительных прав, поэтому владение не может считаться правом: ведь в качестве права, подчиненного собственности, оно никогда и не рассматривалось, а двух собственников быть не может. Тогда в ходе рассмотрения спора о вещи выяснится то, что уже имело место ранее: одна из сторон (возможно, владелец) права на вещь не имеет.

У этого рассуждения есть и другой аспект: отношение к вещи как к чужой во все исключает право на нее, кроме производного от права собственности. Но такое право — это обязательственное право (обязанность) к собственнику, а не право на чужую вещь, не вещное право. На основании такого права (обязанности) возникает только законное владение в понятиях российского права.

Вещные права на чужую вещь, соединенные с владением (право хозяйственного ведения, оперативного управления), как любые вещные права, элементарны, не расщепляются на несколько разных вещных прав и не могут включать в себя какое-либо скрытое или подразумеваемое право, в том числе право владения, да в этом и нет никакой практической нужды.

Можно напомнить достаточно часто приводимое соображение о том, что предмет субъективного права сам по себе не приобретает юридического качества права: например, право арендатора на отделение улучшений не превращает сам фактический процесс такого отделения в еще одно право (в известном смысле и при известных условиях он может стать не более чем юридическим фактом). Поэтому и конструкция «права на право» никогда не считалась адекватно отражающей действительность⁴ (что не мешает успешному существованию соответствующей фик-

¹ «Юридический владелец есть лицо, которое желает господствовать над вещью, подобно собственнику», — цитирует В. Хвостов Кунце (*Хвостов В.М. Указ. соч. С. 277*).

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 152.

³ Хвостов В.М. Указ. соч. С. 277.

⁴ Л. Василевская, как уже говорилось, отстаивает адекватность конструкции права на право, ссылаясь на то, что эта конструкция указывается в любом германском учебнике. Взгляды негерманских цивилистов о неадекватности конструкции права на право, хотя эти выводы высказываются в течение ряда столетий, автор расценивает все еще как «поспешные» (*Василевская Л.Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. М., 2004. С. 62*. Автор высказывала эту позицию и в других работах). Не вполне ясно, впрочем, как эти не лишённые категоричности суждения Л. Василевской сочетаются с разделяемым автором выводом германских юристов о том, что «адекватное отражение сути общественных явлений в понятии невозможно» в принципе (*Василевская Л.Ю. Вещные сделки по германскому праву: методология гражданско-правового регулирования: Автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2004. С. 12*).

Дело в том, что адекватность — это точное отражение реального явления в понятии. Вообще для юридических понятий это трудно достижимо, о чем и говорят немецкие авторы, на которых ссылается Л. Василевская. Можно говорить лишь об определенной степени точности, соответствия. Например, право — это власть (распространяемая на вещь или на лицо). А вот власть на власть — это уже нечто за рамками логики этого понятия (которая, видимо, и остается единственным критерием для выявления неадекватности).

ции, например, в германском праве); в отношении же владения она, насколько известно, не применялась.

Проблема владения в российском праве не может быть, конечно, сведена к возникшей достаточно случайно и находящейся вне системы юридических понятий «триады правомочий», хотя по необходимости понятие владения и увязывается обычно именно с ней, несмотря на то, что при этом во многом утрачивается история и суть понятия, но ведь закон и не дает для этого другого повода.

Право существует, поскольку оно способно к защите (хотя право и не сводится к защите и не выводится из защиты, как об этом уже говорилось), что следует из ст. 11 ГК. Именно факт владельческой (посессорной) защиты был всегда главным внешним признаком, но не решающим доводом в пользу выделения самостоятельного права владения. Владельческая защита возможна постольку, поскольку истец не обязан доказывать свой титул, а лишь приводит основание получения владения, показывая, что в нем нет против другой стороны пороков (по римскому праву это была известная формула «ни силой, ни тайно, ни прекарно (до востребования»).

Если же основой искового требования становится титул (собственника, арендатора, залогодержателя и т.д.), то защита превращается из посессорной в петиторную (титульную), т.е. защищается не владение, а соответствующее право — вещное или обязательственное.

Д. Дождев, кроме того, полагает, что отсутствие посессорной защиты означает, что мы не можем найти у третьих лиц «определенных обязанностей, налагаемых» на них по отношению к владельцу в силу владения¹. Это соображение не кажется мне верным: ни собственность, ни тем более владение не налагают на треть-

Но адекватность, по-видимому, исключена для абстрактных моделей и фикций, которые по определению неадекватны и производятся путем логического допущения, т.е. сознательного нарушения логических связей. Между тем Л. Василевская говорит о праве на право именно как об абстрактной модели: «...требование в силу принципа абстракции может быть отделено от обязательственного отношения» (Василевская Л.Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. С. 62). Это отделение производится вопреки логике понятия обязательственного права — требование от обязательства неотделимо. Тем самым адекватность исключается, остается лишь место для фикций и абстракций. И хотя эти фикции излагаются в учебниках, своих качеств они уже изменить не могут, если только не придерживаться счастливого убеждения, что все, что попало в немецкие учебники, тем самым навечно приобрело свойства адекватности и более не подвержено каким-либо логическим оценкам. Однако одним из следствий этого счастливого исхода окажется то, что в немецких учебниках никогда не излагаются фикции, а немецким юристам приходится изучать это популярное юридическое средство, прибегая к иным немецким учебникам.

¹ Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. С. 7. Автор указанием на эту обязанность возражает против понимания владения как факта. Далее он отмечает: «Управомочение владельца на восстановительные интердикты, применимые именно в случае утраты фактического обладания вещью (держания), выставляет владельца субъектом правового, а не просто фактического отношения» (Там же. С. 25). Д. Дождев приводит и другие доводы в поддержку своих взглядов, в частности, он подчеркивает, что именно держание воспринималось классиками как фактическая позиция; владение, стало быть, имело черты права.

Учитывая, что по поводу этой концепции Д. Дождева имеется полемика (см., например: Савельев В.А. Владение *solo animo* в римском классическом праве // Древнее право. 1999. № 2 (5); Кофанов Л.Л. Владение и собственность в Законах XII таблиц // Древнее право. 2000. № 1 (6); впрочем, Л. Кофанов по другим основаниям, в частности, предполагая, что имелась исковая защита владения, также считает владение правом), должен отметить, что я не склонен считать владение правом (не поддерживая в этом вопросе ни Д. Дождева, ни Л. Кофанова), как это видно из всего изложения, не претендуя, впрочем, на распространение своих суждений на римское право, как и вся моя книга ни в коей мере не претендует на вторжение в романистику.

их лиц каких-либо обязанностей. Абсолютное право не доказывается наличием обязанностей у третьих лиц, равно как и отсутствие таких обязанностей не доказывает отсутствия права.

Характер связи права и его защиты, кажется, недооценивает С.В. Моргунов, полагающий, что и титульная защита лица, владеющего в силу договора с собственником, является вещно-правовой, «ибо ответчик не может нарушить обязательственные права титульного владельца потому, что ответчик не является стороной в обязательственном правоотношении». Поэтому автор предлагает «ввести в гражданское законодательство право владения как отдельный вещноправовой институт с присущими ему средствами защиты»¹.

Такое предложение означает, что законное владение будет представлять собой смешение вещного и обязательственного права, а ведь С. Моргунов, оспаривая неверное понимание владения, вытекающее из пресловутой теории «триады», справедливо замечает, что придание «триаде» правомочий того смысла, что право владения переходит от обладателя вещного права – собственника к обладателю обязательственного права – законному владельцу, глубоко ошибочно, «поскольку юридическая природа вещных и обязательственных прав различна»². Кроме того, автор не обращает внимания на то, что защита титульного владельца против собственника в любом случае приобретает характер не вещной, а личной защиты: суд не сможет отвлечься от личных взаимоотношений законного владельца и собственника и будет обязательно их обсуждать. На этот очевидный факт обращал внимание Д.М. Генкин, и он, насколько известно, никем сколько-нибудь убедительно не был опровергнут. А из этого следует, что защита законного владельца, имея обязательственно-правовые черты, не может считаться безусловно вещной, причем некоторые вещные черты владельческой виндикации, направленной против третьих лиц, вполне могут выводиться из прав собственника, ведь иск законного владельца о возврате владения не может не иметь цели защиты не только прав владельца, но и прав собственника.

Вытекающая из предложения С. Моргунова считать право законного владельца и вещным, и обязательственным угроза системе частного права, строящейся именно на строгом делении всех прав на вещные и обязательственные, совершенно очевидна. Дело в том, что любое дополнение абсолютного права иными правами, зависимость его от действия (бездействия) иных лиц, кроме субъекта права, означает, что абсолютное право само по себе оказывается недостаточным для пользования вещью. Но тогда оно утрачивает свою абсолютность. Абсолютное право по определению не может дополняться и не может иметь смешанную природу. Поэтому любое смешение вещного права с иным невозможно.

Но дело даже не в этом. С. Моргунов оставляет без всякой оценки важнейшие суждения И. Покровского, которого он, впрочем, цитирует в своей статье; а эти суждения, в свою очередь базирующиеся на прочном классическом фундаменте,

¹ Моргунов С. Кого и что защищает виндикация // *Хозяйство и право*. 2000. № 11. С. 32. В целом автор повторяет ход рассуждений всех сторонников «вещного права владения», которые безосновательно делают далеко идущие выводы из такого случайного, по словам Савиной, факта, как способ защиты, полагая, что тождественными средствами защищаются тождественные явления. А это не так.

² Там же. С. 31.

приводят к известному выводу: *защита владения от посягательств третьих лиц — это не защита частного права, а защита лица.*

Нет никакой необходимости конструировать особое вещное право владения, чтобы обосновать право лица на защиту от внешнего, главным образом насильственного посягательства. Другое дело, что в отсутствие нормальной владельческой защиты эти функции частично возложены на виндикацию. В результате потерпевшему мало доказать, что у него силой или обманом забрали имущество (как будто этого мало для защиты), а еще и нужно доказывать, что имущество находилось у него на законном основании. Если бы именно на этом пункте С. Моргунов сосредоточил свою критику, его следовало бы всячески поддержать. Остается надеяться, что автор еще уточнит и углубит свои взгляды.

Гораздо более корректным представляется исследование того же вопроса Ю.А. Тарасенко, который показывает непригодность вещной защиты арендатора против собственника. Автор затрагивает и проблему отобрания вещи у арендатора собственником в течение договора аренды и, правильно полагая, что в этом случае арендатор лишен иска по ст. 398 ГК, приходит к выводу, что тем не менее защита арендатора остается не вещной, а основанной на договоре и является защитой от нарушения арендодателем его обязанностей¹.

Конечно, отобрание вещи у арендатора — это типичное самоуправство, и против него должна бы применяться владельческая защита, которой нет в ГК РФ². Именно ее отсутствие и создает проблему, которую, конечно, никак нельзя решить конструированием вещных или вещно-обязательственных прав.

Некоторые цивилисты, понимая невозможность причисления владения к правам смешанного, вещно-обязательственного типа ввиду невозможности самих таких смешанных прав, вынуждены причислить титульное владение к вещным правам³. При этом, однако, не удается избежать иных системных противоречий.

Вещное право должно положительно быть указано в законе под своим именем в силу прямого предписания ст. 216 ГК. Однако в этой норме ни о праве владения, ни о праве пользования не говорится. О таких правах упоминает лишь п. 1 ст. 209 ГК. Но — именно упоминает. А ведь смысл того принципа, что любое вещное право должно быть описано в законе, состоит в том, что содержание права, если оно не может быть определено сторонами в договоре (как это происходит обычно с правами обязательственными), приходится определить в законе. Поэтому закон не только и не столько *упоминает* вещное право, сколько определяет его *содержание*.

Применительно же к праву владения, пользования или распоряжения ничего подобного сказать невозможно. Нигде в законе нет их описания. Более того, то, что именуется правом владения некоторыми юристами, имеет очевидно изменчивое содержание. Так, права арендатора (владельца) гораздо шире прав подрядчика

¹ Тарасенко Ю.А. О выборе способа защиты прав арендатора // Вестник ВАС РФ. 2005. № 5. С. 167.

² Для защиты арендатора против самоуправства арендодателя при отсутствии владельческих средств пригодны иски, основанные на общих способах защиты права, например, о восстановлении положения, существовавшего до нарушения права (ст. 12 ГК); нет необходимости отыскивать исковую формулу исключительно в главе об аренде: тщетность этих поисков показана в статье Ю.А. Тарасенко.

³ См., например: Латыев А.Н. Проблема вещных прав в гражданском праве. Екатеринбург, 2003. С. 84.

(тоже владельца), а у хранителя (владельца) вовсе нет никаких прав, а есть только обязанности, и т.д. Вообще говоря, закону и практике не известны хотя бы два вида владельцев с идентичным содержанием прав на вещь. Но вещное право не может иметь постоянно меняющееся содержание¹.

Кроме того, любое вещное право, не совпадающее с собственностью, имеет свойства ограниченного права на чужую вещь. По этой причине собственник не может обладать вещным правом на собственную вещь, ведь она для него не чужая (я здесь не обсуждаю не известных нашему праву условных конструкций типа германского залога на собственную вещь). Поэтому можно уверенно сказать, что *в рамках российского ГК собственник не имеет ограниченного вещного права на свою вещь*. Следовательно, указанное в ст. 209 ГК право владения не может быть описанием ограниченного вещного права по той причине, что собственник (а только о нем и идет речь в этой норме) не может иметь такого права в принципе.

Поскольку в другой норме закона (ст. 218 АПК (ст. 264 ГПК)) о владении говорится как о факте, мы должны понять, как же соотносятся эти нормы с формулировкой ст. 209 ГК с технической точки зрения; закон содержит общее предположение, что одним термином описывается одно юридическое понятие. На мой взгляд, «право владения» в ст. 209 ГК — это описание не права в собственном смысле, т.е. не указание на права к другому лицу (и описание соответствующей обязанности), а описание способа осуществления права, т.е. фактического, внешне-го поведения субъекта права. В этом смысле между нормами ст. 209 ГК и 218 АПК нет противоречий: в обоих случаях имеется в виду явление, относящееся к числу внешних, фактических.

Других норм, кроме ст. 209 ГК, упоминающих право владения, не имеется. Но вещное право таким способом в закон вводится не может.

Право следования, присущее вещному праву, состоит в том, что при переходе права на вещь вещное право в неизменном виде сохраняется у его обладателя. Но если, скажем, собственник передаст вещь на хранение, а затем продаст вещь другому лицу, то хранитель не имеет никакого права по отношению к новому собственнику, но в то же время сохраняет все свои права и обязанности перед прежним собственником (поклажедателем). Можно говорить, что хранитель вправе отразить требование нового собственника² о выдаче вещи. Но у хранителя нет никакого права на хранение — это его обязанность, влекущая для него лишь издержки и расходы. Поэтому интерес хранителя в сохранении вещи основан только на обязанности перед прежним собственником из договора хранения; иными словами, в этом случае хранитель действует скорее в чужом интересе (как детентор), отражая самоуправство собственника (как, впрочем, и насилие любого иного третьего лица), а также для того, чтобы избежать ответственности за ненадлежащее хране-

¹ Если кому-то покажется, что иное можно сказать о сервитуте, то нужно вспомнить, что именно по причине необходимости определения вещного права законом имеются различные виды сервитутов. В этом смысле недостатком нормы ст. 274 ГК РФ является слишком краткое описание содержания сервитутов (при том, что закон (ч. 2 п. 1 ст. 274 ГК) определенно исходит из того, что нет просто сервитута, но есть разные сервитуты).

² Новый собственник имеет иск о выдаче вещи от продавца (но не хранителя) из договора купли-продажи. Продавец может указать хранителю выдать вещь покупателю: это указание обязательно для хранителя в силу договора хранения.

ние вещи. Никакого следования за вещью и никакого вещного права здесь усмотреть невозможно. Налицо только личная связь из договора хранения, описывающая суть отношения хранителя к вещи. Стало быть, титульное владение само по себе никакого вещного права не создает, и поведение сторон вполне удовлетворительно регулируется договором.

Наконец (хотя этот аргумент и не главный), право владения (пользования) не известно системе вещных прав, сформированной в пандектном праве и отсюда воспринятой европейскими кодексами с некоторыми вариациями, во всех разновидностях право владения (пользования) не предусматривающими¹. В Проекте Гражданского уложения России раздел о владении предшествовал разделу о вотчинных (т.е. вещных) правах в чужом имуществе. В прилагаемых объяснениях подчеркивалось, что «новейшая наука отвергает значение владения как особого права»².

Как можно видеть, «особость» права владения, во всяком случае, исключает причисление его к вещным (вотчинным) правам, т.е. к известному и традиционному, а не особому, виду прав (точно так же особость владения не позволяла бы отнести его и к числу прав обязательственных). Полагаю, что только в этих рамках (т.е. в рамках владения как особого права, отличного от права вещного или обязательственного) и могла бы вестись дискуссия о природе владения, если бы наш ГК признавал владельческую защиту. Впрочем, как известно, любое открытие явлений особого рода, в том числе — особых прав, хотя и дается легко, но создает всегда больше проблем, чем разрешает, и потому является наименее практически полезным видом теории.

Вывод о возникновении вещного права владения чаще всего делается для того, чтобы обосновать защиту владения иного владельца, кроме собственника. Сама по себе необходимость обосновать защиту владения исключительно наличием права на стороне потерпевшего — свидетельство глубокого упадка нашего правопорядка. Цивилизованная система права предусматривает не только защиту прав, но и защиту иных ценностей. Защита против посягательств возможна не только как защита права, но и как защита независимо от права и даже как защита *против права*. В последнем случае речь идет о защите от самоуправства. Именно так и защищается владение — как защита независимо от права и независимо от наличия права на вещь на стороне нарушителя.

Приведу знаменитое высказывание Иеринга (к нему имеются отсылки и в других частях книги): «Я не могу вообразить себе практически возможным состояние, которое было бы основано исключительно на римской собственности без

¹ Известная германской цивилистике многолетняя и тем не менее далекая от завершения в пользу признания владения правом (скорее, наоборот) дискуссия о юридической или фактической природе владения связана с обоснованием владельческой защиты и, во-первых, не вытекает из теории вещных прав, а во-вторых, пока не может быть перенесена в наше право из-за отсутствия в нем владельческой защиты. Видимо, есть смысл также заметить, что никакой связи с дроблением права собственности на владение-пользование-распоряжение эта дискуссия не имеет, поскольку такое деление вовсе не известно Германскому гражданскому уложению (а потому сторонникам концепции триады приходится волей-неволей разделять тревожное мнение, что российское право собственности имеет содержание, совершенно отличное от германского).

² См.: Гражданское уложение: Проект. Книга третья: Вотчинное право / Под ред. И.М. Тютрюмова. М., 2008. С. 224 (репринт).

защиты владения, иными словами, где всякое вторжение в область отношения к вещи пришлось бы отражать доказыванием собственности»¹. Между тем именно современный российский правопорядок и практически, и законодательно заставляет всякое вторжение в отношения к вещи защищать исключительно доказыванием права собственности или иного права на вещь. Это удручающее, действительно немислимое положение должно вызывать у тех цивилистов, которым небезразлично дело, которым они заняты, глубокое чувство сожаления и горячее стремление цивилизовать наше частное право, прежде всего установлением защиты от самоуправства, вместо того, чтобы создавать этому немислимому положению всякие теоретические оправдания в виде весьма жалкого (нужно честно признать) «права владения».

Надо полагать, что по мере того, как самоуправство станет расцениваться в качестве нетерпимого нарушения (а иначе быть не может), отпадет и нужда в обосновании защиты владения правом, а вместе с ней и концепция права владения.

Насколько можно судить, сама идея владения как вещного права позаимствована (даже если не все отечественные авторы о том ведают) из некоторых германских конструкций, которые определяли титульное добросовестное владение как «сходное с правом собственности» «вещное право», «правда, только относительное»; оно же — публицианское право². Вспомним, что публицианское право возникло у добросовестного титульного владельца на основании договора (отсюда наличие титула) с лицом, которое не имело права на отчуждение вещи, но при этом приобретатель действовал добросовестно (с тем пониманием доброй совести, которое имелось в виду классическим правом). В этом случае приобретатель получал защиту от собственника, но был связан договором с тем лицом, от которого получил вещь (потому это относительное право). Как хорошо известно, сама формула Публицианова иска (*actio Publiciana*) была основана на фикции истекшей приобретательной давности. Понятно, что поскольку публицианское право может быть сопоставлено с правом российским, оно, конечно, отсылает к фигуре владельца для давности, т.е. незаконного и добросовестного. Однако отличия между двумя этими конструкциями, в частности, невозможность владельцу для давности эффективно распорядиться судьбой вещи, заставляют все же признать, что владение для давности субъективным правом не является.

В то же время нет никаких оснований каким угодно образом соотнести публицианское право с титульным законным владением в праве российском, так как ГК РФ исходит только из того, что законное владение возникло по воле собственника, отсылает, *относит себя к воле собственника*, т.е. именно в отношениях с собственником оно и *относительно*. А это значит, что оно никак не может быть вещным.

Насколько известно, те цивилисты, которые выводят вещный характер владения из ст. 305 ГК, упоминающей защиту от собственника наряду с защитой от

¹ Иеринг Р. ф. Об основании защиты владения. С. 39.

² См., например: Дернбург Г. Пандекты. Т. 1. Ч. 2: Вещное право. С. 69. Аналогичные высказывания можно найти и у других германских цивилистов. Выше уже говорилось о влиянии на пандектистику средневековой формы *gewere*, сейзины — некоего права, имеющего разное содержание, но внешне выступающего как владение.

третьих лиц, не обсуждали, как будет разворачиваться эта вещная защита применительно к тому или иному титулу. Обычно речь идет об аренде, а иные титулы подразумеваются по аналогии.

Думаю, что имеет смысл снова обратиться к этой практической стороне критикуемого нами суждения.

Легко заметить, что титулы владения охватывают самые разные позиции. Кроме обычно упоминаемой аренды можно указать и хранение, перевозку, подряд, доверительное управление, комиссию, поручение и др. Для всех этих случаев возможна ситуация нарушения владения (не права, конечно) как третьими лицами, так и собственником.

Защита от нарушения владения третьими лицами, очевидно, не требует права на стороне потерпевшего. Достаточно общей посылки о том, что вещь не может быть отобрана посредством насилия, угроз, обмана, кражи (именно эти действия являются нарушением владения). Защита против таких посягательств дается независимо от права на вещь на стороне потерпевшего. Не нужно доказывать, что иной подход, требующий от потерпевшего доказывания права на вещь, ставшую объектом посягательства, ведет к крушению всякого правопорядка не только в сфере гражданского оборота и частных прав, но и в сфере публичного права. Кстати, публичное право устанавливает ответственность за хищение и насилие с корыстными целями независимо от прав потерпевшего на объект посягательства. Едва ли кто-то возьмет на себя риск утверждать, что частное право в сфере владения не должно защищать то, что защищает право публичное.

Дополнительным аргументом в пользу того, что частное право, как и публичное, защищает владение независимо от права на вещь, может служить норма п. 2 ст. 234 ГК. Эта норма прямо говорит о защите владельца для давности, т.е. добросовестного незаконного владельца, от посягательств на вещь третьих лиц.

Есть основания для распространения действия этой нормы на все случаи защиты лица от внешнего насилия за неимением специальной защиты от самоуправства, как об этом уже говорилось.

Выводы из содержания ст. 305 ГК в пользу возникновения «вещного права владения» делаются его сторонниками не столько из того, что любое владение подлежит защите от третьих лиц, сколько именно из того, что титульное владение защищается от собственника по правилам гл. 20 ГК, т.е. можно предположить, по правилам о защите вещных прав. Это предположение при ближайшем рассмотрении оказывается, однако, лишенным достаточных оснований.

Предположим, возвращаясь к нашему примеру, что вещь отобрана собственником у хранителя. Очевидно, что титульный владелец не может в этом случае выступить как потерпевший, так как он не понес от этих действий никакого ущерба. Спор может затрагивать лишь право на оплату хранения, убытки от нарушения договора, но этот спор, конечно, не является спором о вещи и находится полностью в рамках обязательственных отношений с поклажедателем. У суда не будет никакого основания вернуть вещь хранителю, как только выяснится наличие между сторонами именно отношений хранения.

Если имущество отобрано собственником у комиссионера или поверенного, то наступают те же последствия. Никакие ссылки владельца на норму ст. 305 ГК и здесь

не приведут в действие механизм виндикации просто потому, что у титульного владельца нет интереса в вещи и потому отсутствует объект защиты, нет права на иск.

Совсем иная ситуация при нарушении собственником владения арендатора (именно она обычно и моделируется сторонниками концепции вещного права титульного владельца). Арендатор, конечно, может требовать выдачи вещи.

На мой взгляд, ориентиром, по которому в одних случаях будет даваться защита владения от собственника, а в других не будет, может послужить правило ст. 398 ГК: в тех случаях, когда вещь передается в пользование, она может быть истребована у собственника. Следовательно, если у титульного владельца нет интереса в вещи, он не сможет прибегнуть к защите по ст. 305 ГК. Но для того, чтобы выяснить, имеется ли такой интерес, нужно, конечно, положить в основу спора конкретные взаимоотношения сторон, а они являются обязательственными. Таким образом, и защита превращается из вещной в обязательственную, что само по себе является совершенно правильным, так как позволяет титульному владельцу наряду с требованием о защите владения выдвигать также требования о взыскании убытков, что в случаях подряда, комиссии, доверительного управления, перевозки и других договоров, отличных от аренды, гораздо в большей степени отвечает интересам истца. Вещь для него, как правило, — лишь средство получения денежного дохода.

Защита вещного права, дающего владение (хозяйственного ведения, оперативного управления и др.), от собственника не вызывает сомнения, поскольку именно в этом состоит ограничение права собственности. Но такая защита, как уже говорилось выше, не создает у владельца еще одного дополнительного вещного права — права владения, тем более, что такое право полностью было бы поглощено «основным» правом и не давало бы ничего такого, чего бы не было в этом «основном» праве.

Мы можем теперь сказать, что защита титульного владельца против собственника во всяком случае лишена универсальности и автоматизма. Не во всех случаях имеется интерес, дающий право на защиту владения, а для проверки этого интереса, для выяснения того, нарушено ли право истца, каждый раз приходится прибегать к выяснению личных отношений сторон. Спор, таким образом, *всегда* имеет черты не вещного, а обязательственного спора. Это позволяет прийти к выводу, что титульный владелец, основывающий свой титул на договоре с собственником, никакого вещного права владения не получает.

Как уже говорилось, основным классическим признаком владения как правового института в любом случае является владельческая (посессорная) защита, в рамках которой иногда выделяют и защиту владения, осуществляемого по приобретательной давности (*usucapio*), в которой владение явственно выступает в противопоставлении собственности и собственнику.

Возрождение в нашем законодательстве приобретательной давности (ст. 234 ГК) заставляет, следовательно, обсудить вопрос о том, не возникло ли здесь право владения, ведь имеется и исковая защита. В отличие от общей владельческой защиты в основе защиты владения для давности лежит не только сам факт владения, а также наличие совокупности условий, характеризующих владение само по себе, а не отношения владельца с нарушителем, как это было в рамках интердиктной защиты: владение должно быть добросовестным и открытым.

Главное, однако, не в этом. Владение для приобретательной давности не защищается ни от собственника, ни от титульного владельца. Следовательно, такое владение не может быть противопоставлено этим правам, как другое право, а в сопоставлении с ними опять выступает как факт. Если полагать, что право на иск само по себе позволяет считать отношения из ст. 234 ГК правом, то это право в любом случае не имеет таких черт, которые позволяют считать его абсолютным (поскольку оно не защищается от любого лица) и вещным (поскольку оно не передается вместе с вещью).

Между тем обычно говорят, что если владение – право, то это право может быть только вещным.

Вполне уместно напоминание высказывания Д.И. Мейера о приобретательной давности: «...пока давность не привела к этому праву, нет никакого имущественного права»¹.

Л. Эннексерус, обосновывая существование права владения в германском праве (повторю, что эта позиция разделяется далеко не всеми германскими цивилистами), кроме владельческой защиты ссылаясь также на наследование владения без физического вступления во владение.

Современное российское наследственное право не позволяет обнаружить аналогичного института. Хотя в ст. 1112 ГК и указаны в составе наследства вещи, но имеются в виду вещи, *принадлежащие* наследодателю. Традиционным для российского права является понимание наследственного имущества как совокупности прав и обязанностей, а не материальных объектов. При таком понимании вещи, не принадлежавшие наследодателю, должны быть специально указаны. Без такого указания они в состав наследственной массы войти не могут.

Предположим, что наследник стал собственником, не вступая во владение. Это вполне возможно. При этом у третьего лица оказалась вещь, которая ранее имела во владении наследодателя без какого-либо права на нее, т.е. в незаконном владении. Очевидно, что наследник не сможет истребовать эту вещь у третьего лица ни виндикационным иском, так как не является собственником вещи, и она не указана в свидетельстве о праве на наследство, ни иском по ст. 234 ГК, так как защита по этому основанию дается в силу нарушения владения, а наследник не владел вещью и, стало быть, его владение не могло быть нарушено. Но других средств защиты владения ГК РФ не предоставляет. Следовательно, фактическое (незаконное) владение не входит в состав наследственного имущества подобно праву. Наследнику непременно нужно фактически завладеть вещью, чтобы считаться ее владельцем. Но это характеризует как раз не право, а фактическую позицию.

Несколько более сложным (хотя и менее вероятным) представляется случай нарушения незаконного владения наследодателя. Может ли наследник заявить требование по ст. 234 ГК, ссылаясь на то, что нарушение имело место в отношении его правопредшественника? Здесь, видимо, можно было бы говорить о наследовании права на иск. Но право на иск само по себе не может входить в состав имущества. Имуществом являются материальные, а не процессуальные права. Владение для давности признаками материального права не обладает.

¹ Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 1. М., 1997. С. 76.

На мой взгляд, можно было бы обсуждать правопреемство в уже возбужденном наследодателем деле по иску о защите владения, если полагать, что в состав наследственного имущества входят также и имеющиеся иски¹.

Наконец, последний аргумент, приведенный Л. Эннекцерусом в обоснование наличия у владения свойств права, состоит в том, что владение может быть передано посредством уступки соответствующего притязания, т.е., видимо, виндикационного или обязательственного требования о выдаче вещи (§ 931 ГГУ). Применительно к российскому праву речь может вестись соответственно о цессии права на виндикацию (ст. 301 ГК) или о выдаче вещи в силу обязательства (ст. 398 ГК). Очевидно, что цессия права на виндикацию недопустима в силу ограничительного характера ст. 382 ГК, прямо исключаящей вещные права из сферы цессии. Обязательственное требование (ст. 398 ГК) по определению всегда основано не на вещном праве, а на праве, вытекающем из обязательства. Тем самым фактическое (незаконное) владение заведомо не может защищаться иском по ст. 398 ГК.

Невозможна и цессия права на защиту владения в силу ст. 234 ГК, в том числе и в рамках возбужденного дела, поскольку нет права (требования), которое могло бы быть предметом уступки в силу ст. 382 ГК. (Сомнения могут быть только в части универсального правопреемства, как об этом уже говорилось.)

Видно, что ГК РФ не предусматривает ни одного из тех известных ГГУ фактов, совокупность которых, по мнению некоторых германских цивилистов, позволяет обнаружить у владения свойства права.

Стало быть, система современного российского законодательства не позволяет обнаружить право владения. Следовательно, такое словоупотребление не может считаться сколько-нибудь корректным и во всяком случае должно включать возможность указания на то, стороной какого действительного права является в данном случае владение.

Владение, взятое само по себе, в совокупности его известных фактических признаков, не влечет в российском праве никаких юридических последствий частно-

¹ Отдельный интерес, замыкающийся на проблематике наследственного права, представляет казус завладения наследником вещью, бывшей в незаконном владении наследодателя, с точки зрения фактического принятия наследства. Имеется в виду, видимо, достаточно редкая ситуация, когда никакого иного имущества в фактическое владение наследника не поступило. В этом случае, на мой взгляд, наследство может считаться принятым, если наследник полагал, что вещь принадлежала наследодателю на праве собственности. Если же он не мог не знать, что права на вещь у наследодателя не было, то у владельца никакой позиции, даже позиции владельца для давности, не возникает, если он в конечном счете не приобрел права на наследство. Если же право на наследство по иным основаниям все же возникло, то позиция владения для давности возникает как дополнительный эффект универсального правопреемства.

Конечно, здесь мы вновь обнаруживаем, что поступление во владение наследника вещи, заведомо для него бывшей у наследодателя в незаконном владении (не принадлежавшей ему), если в конечном счете наследник так и не приобрел права наследства, создает ситуацию незаконного владения без всякой защиты и без перспективы возврата вещи в оборот. Остается констатировать, что и в части третьей ГК РФ незаконное владение все так же находится на периферии внимания законодателя и чаще всего вовсе оказывается вне поля его зрения. Никак не урегулирован и вопрос о способах раздела вещи, находящейся в незаконном владении наследодателя, между несколькими наследниками. Видимо, наиболее приемлемым было бы установление какого-либо соглашения наследников о способе владения этой вещью, исходя из равного (пропорционального) доле в праве наследства) права на приобретение для давности и равных (пропорциональных) обязанностей по содержанию вещи.

правового характера, пока не дается оценка отношениям владельца и собственника. Но эта оценка немедленно выводит нас из области владения в то или иное право, стороной которого выступает владение, и в дальнейшем речь идет уже об этом праве. Иными словами, владение скрывает право (или неправое), но само правом не является.

Ю.К. Толстой выражает сожаление о том, что наше законодательство не определяет, «кого можно считать владельцем вещи», и не использует известное римскому праву разграничение владения и держания и не присоединяется к закрепленному германским правом «институту двойного владения с выделением фигуры владеющего слуги»¹.

Результатом упрощения конструкции владения стало возникновение ряда практических проблем, среди которых такие, например, как невозможность заказчику передать право на объект строительства, пока объект занимает подрядчик (этот вопрос будет подробнее рассмотрен ниже), или выведение из сферы договора хранения такого предмета, как недвижимость, поскольку, как полагают, недвижимость нельзя «передать» хранителю².

Укажем также на возникшую сразу после введения в ГК РФ института удержания вещи кредитором дискуссию о природе владения удерживаемой вещью, осуществляемого кредитором.

А.А. Рубанов считает, что «по существу, п. 1 ст. 359 ГК юридически санкционирует незаконное владение вещью»³.

Оспаривая это суждение, М. Брагинский и В. Витрянский замечают, что никак нельзя «признавать незаконным владение вещью, если право кредитора ее удерживать прямо предусмотрено Кодексом»⁴.

Проблема, однако, не может быть решена так просто, ведь и владение для давности предусмотрено законом — ст. 234 ГК, но не перестает от этого быть незаконным владением. Возможно, источник такого подхода, согласно которому за-

¹ Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. Ч. 1. СПб., 1996. С. 297. О понятиях непосредственного и посредственного владельца по ГГУ см.: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. С. 233–234. Беглая оценка проблеме дана Е. Скрипилевым в его выступлении в защиту работ Д. Дождева. См.: *Скрипилев Е.А.* Недопустимый тон (по поводу двух рецензий в журнале «Зерцало») // Журнал российского права. 1998. № 6. С. 171.

На мой взгляд, для целей защиты владения в современной России, во всяком случае на первом этапе, возможно ограничиться простейшим пониманием владения, исключив из него опосредованное владение и владение слуги. Нельзя ведь игнорировать тот факт, что фигура владельца как объект защиты без права на вещь с громадным трудом воспринимается отечественными юристами, и усложнять эту конструкцию представляется слишком рискованным для судьбы самой владельческой защиты.

² Подробнее см.: *Суворова С.* Договор хранения // Российская юстиция. 1998. № 6. С. 13. М.Ф. Казанцев высказывается более осторожно. Хотя, как он указывает, «для договора хранения характерно, что хранение вещи осуществляется хранителем, по общему правилу, в помещении или ином месте, находящемся в сфере деятельности (контроля) хранителя, который фактически владеет вещью», возможно и хранение недвижимости, например, в ситуации секвестра (ст. 926 ГК) (*Казанцев М.Ф.* Хранение // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 481–482).

³ Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 1: Научн.-практ. коммент. / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. М., 1996. С. 565.

⁴ *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая. М., 1999. С. 446.

конность права определяется указанием его в законе, коренится в представлениях о даровании прав законодателем, государством, но такие взгляды с большим трудом могут найти основания в частном праве: здесь права все же являются продуктом воли частного лица. Если же считать законным владение потому лишь, что оно разрешено законом, то тогда придется вывести владение из системы частного права и переместить его в право публичное. Поэтому следует, конечно, исходить из того, что законными (титульными) владельцами считаются «временные владельцы имущества, обладающие им в силу договора с собственником»¹. Это — совершенно естественное следствие такого качества собственности, которое делает ее высшим, исключительным правом на вещь: в силу этого никто не может получить вещь помимо и вопреки воле собственника; не может обеспечить это и государство (публичная власть).

Такое определение основано на том, что любое владение, полученное иначе, чем по воле собственника, не может дать обладателю частного права на вещь (вспомним, что в римском праве завладение вещью помимо воли собственника рассматривалось как кража, *furtum*). Но в таком случае возникает сфера отношений, в которой владение осуществляется без воли собственника и потому должно считаться незаконным. Прежде всего это, конечно, владение для давности (ст. 234 ГК). К нему примыкают владение, осуществляемое вещами, от которых собственник отказался, владение найденной вещью, безнадзорным скотом, кладом, бесхозными вещами. Общим для случаев, указанных в п. 2 ст. 225 ГК, является то, что в отличие от законного (титульного) владения здесь владение везде получено не по воле собственника. Соответственно эти виды владения не могут считаться законным (титульным) владением и потому не защищены от виндикационного иска собственника (законного владельца).

Сложнее решается вопрос с защитой от посягательств третьих лиц. Если бы ГК РФ предусматривал владельческую защиту, то, без сомнения, такое владение защищалось бы именно этими средствами², да и вся острота проблемы разграничения законного и незаконного владения была бы в значительной мере снята при наличии обычной владельческой защиты.

Теперь, надо полагать, понятно, что проблема удержания не может быть решена вне контекста квалификации владения как такового.

Если кредитор удерживает вещь вопреки воле собственника (должника) и без всякой его санкции, мы лишены права считать такое владение законным в том смысле, как его определяет, например, Е.А. Суханов, несмотря на то, что удержан-

¹ Суханов Е.А. Лекции о праве собственности. М., 1991. С. 225; Гражданское право: Учебник. В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1. М., 1993. С. 311. В другом месте было показано, что имеются случаи возникновения законного владения не по воле собственника, например владение наследственным имуществом до приобретения наследства (сюда же следует отнести владение секвестрария; аналогично секвестру владение, осуществляемое лицом, которому имущество передано на хранение судебным приставом-исполнителем в процессе исполнительного производства). Но эти исключения скорее подтверждают правило, ведь здесь собственник заведомо для владельца отсутствует либо, что то же самое, его воля не способна оказать влияния на владение, а само владение осуществляется для будущего собственника.

² Здесь весьма затруднена аналогия, ведь трудно квалифицировать ситуацию как пробел. Но если судебная практика все же будет искать пути защиты такого владения, то допустимо в крайнем случае использование механизма ст. 234 ГК, как об этом говорилось в предыдущей главе.

ние законом разрешено. Действительно, когда вещь выбывает из владения (держания) кредитора, в том числе и попадает к третьим лицам, он не имеет виндикационного иска об истребовании вещи для продолжения удержания или реализации своего права удержания: «... субъект права удержания, в отличие от залогодержателя при закладе, не наделен правом истребовать предмет удержания у третьих лиц»¹. Но ведь законный владелец всегда имеет виндикационный иск, в том числе и против собственника вещи, действующего самоуправно (ст. 305 ГК). Значит, по этому главному признаку субъект удержания не может быть отнесен к числу законных владельцев.

Остается, правда, аргумент, приводящий, как может показаться на первый взгляд, к противоположному выводу: собственник вправе истребовать имущество из чужого незаконного владения (ст. 301 ГК), но нет сомнений, что такой иск против кредитора, удерживающего вещь неисправного должника, никак не может быть удовлетворен. Означает ли это, что держание вещи кредитора не является незаконным владением? Надо полагать, нет. Суть вопроса в том, что здесь виндикационный иск вообще не имеет места. Можно вспомнить, что именно такой пример (с прекращенным договором аренды и иском об истребовании арендованного имущества) приводил Д.М. Генкин, чтобы показать, как личный иск вытесняет вещный². Действительно, если между сторонами существовали обязательственные (личные) отношения, то и после утраты кредитором права владеть чужой вещью тип этих отношений не меняется, и все требования сторон сохраняют обязательственный, относительный характер. Поэтому вещный иск здесь исключается. Вследствие этого все попытки должника (собственника) истребовать вещь по основаниям ст. 301 ГК будут тщетными, пока не будут удовлетворены претензии кредитора и пока, стало быть, не будет исчерпана личная (относительная) связь сторон.

Значит, и основание защиты детентора от притязаний на вещь — не в вещном, а в личном, относительном праве.

Едва ли есть основания говорить и о наличии «специфически «вещного» признака» — возможности кредитора удерживать вещь и в том случае, если она становится объектом прав третьего лица, но уже после передачи кредитору, понимая его как право следования³. Ведь пока вещь удерживается кредитором, третьи лица, не получив владения от должника, не могут стать собственниками (ст. 223 ГК)⁴,

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. С. 449.

² Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М., 1961. С. 197.

³ Сарбаш С.В. Некоторые аспекты применения права удержания // Вестник ВАС РФ. 1997. № 11. С. 93, 98.

⁴ Для преодоления этого препятствия, состоящего в необходимости совершения традиции для возникновения собственности у приобретателя, казалось бы, можно употребить известный прием: переносить собственность до передачи вещи, когда прежний собственник по соглашению продолжает держать вещь у себя (*constitutum possessorium*). Но для этого нужно расширить понятие владения, понимая под ним не только физическое обладание вещью, власть над материальной субстанцией вещи, но и такую связь с иными лицами, несамостоятельно владеющими (держателями вещь), которая позволяет давать им указания по поводу держания. Об этом, кстати, пишет и С.В. Сарбаш, ограничиваясь, однако, ссылкой на владение через товарораспорядительные документы (коносамент, накладная, складская расписка) (см.: Сарбаш С.В. Указ. соч. С. 99).

До такого изменения и до тех пор, пока владение в нашем праве отождествляется с непосредственным господством, исключая всякое опосредование (держание и т.п.), приходится признать невозмож-

а приобретают лишь права требования, предметом которых является вещь. Поэтому можно говорить о преимуществе относительных прав детентора перед обязательственными правами третьих лиц. Кстати, если выяснится, что третье лицо приобрело вещное (а также, надо полагать, и обязательственное) право на вещь до передачи ее кредитору, последний не приобретает никакой защиты против этого лица, а такая слабость никак не свойственна законному владению и характеризует скорее обязательственное (личное) право с его старшинством требований.

По изложенным причинам трудно согласиться и с Е.А. Сухановым, который относит удержание к числу вещных прав, обеспечивающих исполнение обязательства наряду с залогом¹. Ведь здесь отсутствуют едва ли не все юридические признаки вещных прав и прежде всего право следования². У субъекта этого права, как уже было сказано, при потере владения нет иска для его защиты ни против третьих лиц, ни против собственника. А ведь все другие вещные права имеют исковую защиту.

Разграничение всех владельческих позиций на законное и незаконное владение, само по себе непосредственно вытекающее из норм ст. 301 и 305 ГК РФ, является довольно простым разделением. Это подразделение позволяет, с одной стороны, описать распорядительные возможности владельца: для незаконного — это предусмотренные законом действия; для законного — предусмотренные соглашением с собственником (а в тех исключительных случаях, когда законное владение возникает без договора, поведение законного владельца достаточно определенно описывается соответствующими нормами (об управлении наследственным имуществом и т.д.)). С другой стороны, мы можем уверенно определиться с формами и условиями защиты законного и незаконного владения.

В то же время нельзя не заметить, что такая классификация не учитывает иных отношений владельца к вещи. В частности, в составе законного владения не проведена грань между теми владельцами, которые имеют право на использование вещи, и теми, кому это запрещено. Не позволяет эта классификация и увязать условия одновременного участия в виндикации вещи от третьего лица собственника и законного владельца (не всегда понятно, когда такое участие создает конкуренцию двух лиц, а когда допускается соучастие).

Как уже говорилось, выступая внешне как физическое господство над вещью, владение может скрывать то или иное отношение владельца к собственнику. Именно выявление этого отношения и позволяет выделить различные виды владения. Снова повторю, что юридическое отношение владельца к собственнику, выступая, конечно, как право или обязанность, не превращает, однако, владение в право. Владение остается явлением фактическим, материальным и по своей природе правом быть не может. Точно так же отсутствие прав или обязанностей по отношению к собственнику не означает, что владение не имеет юридического значения и безразлично для права.

ным соглашением об изменении момента переноса собственности, если собственник в момент такого соглашения не имеет непосредственного владения (этот вопрос подробнее рассматривается применительно к проблемам традиции).

¹ Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд. Т. I. М., 1998. С. 596.

² См. там же. С. 590.

Законное владение, как уже говорилось, означает наличие частноправового отношения владельца с собственником по поводу вещи. Законное владение производно от права собственности и подчинено ему. Оно так или иначе ограничено сроком, установленным собственником (вещные права юридического лица на имущество, полученное от собственника, ограничены сроком существования юридического лица, которое зависит в конечном счете от воли собственника). В тех исключительных случаях, когда законное владение не определяется волей собственника, оно определено по срокам и порядку осуществления законом. Делается это потому, что собственника еще нет (либо его воля отсутствует по иным причинам), поэтому это владение ведется все же *для* собственника, но никак не против него.

Незаконное владение отлично от законного владения во всех отношениях. Это понятие не имеет прямых аналогов в истории права и является в значительной части продуктом отечественного права.

В современном ГК РФ незаконное владение характеризует владение ответчика по виндикационному иску (ст. 301, 302 ГК), а также иных владельцев, получивших владение не по воле собственника. Незаконное владение, как, впрочем, и законное, предполагает существование собственника.

Наиболее распространенным случаем возникновения незаконного владения является получение вещи по недействительной сделке. Поскольку недействительность сделки означает отсутствие юридического основания передачи вещи, получатель оказывается незаконным владельцем (приобретателем) вещи.

Незаконным владельцем является, конечно, и вор или иной похититель вещи, но в гражданском обороте подобные владельцы сколько-нибудь заметной роли не играют, хотя для правильной квалификации владения понимать статус лица, похитившего вещь, необходимо.

Незаконное владение ведется не по воле собственника и тем самым противопоставляется праву собственности. Именно по этому признаку и различается законное и незаконное владение: если законное владение осуществляется по воле собственника или для будущего собственника, то незаконное владение ведется против воли собственника.

Незаконное владение противопоставлено собственнику, отрицает его право. Незаконное владение не ограничено сроком. В то же время незаконный владелец не является субъектом ответственности и лицом, обязанным чем-либо собственнику, в том числе у незаконного владельца нет обязанности вернуть вещь собственнику. Отсутствие у незаконного владельца обязанностей перед собственником — частное проявление того обстоятельства, что право собственности не является относительным и не дает собственнику прав к иным лицам, если собственник не установил с ними обязательственных отношений (подобно тому, как он установил отношения с законными владельцами, передав им вещь).

Фактически вещь, находящаяся в незаконном владении, не может легально вернуться в оборот, хотя она и не является изъятой из оборота.

Законное и незаконное владение — это два разных типа частных отношений владельца с собственником. Но в том случае, когда вовсе нет собственника, владение не может считаться незаконным; это определение лишается юридического

значения, которое дано незаконному владению в ГК РФ (ст. 301, 302). Так, самовольный застройщик является, конечно, фактическим владельцем, но не является владельцем незаконным, так как у самовольной постройки не может быть собственника (и потому она не может быть предметом виндикации), а следовательно, не имеет смысла и любое обозначение, предназначенное для описания гражданско-правовых отношений собственника и владельца.

Если отношения владельца и собственника не являются частными, то такое владение также выступает только как фактическое владение, лишенное гражданско-правовых качеств. Например, таможенный орган, судебный пристав, следователь, изъяв у собственника те или иные вещи в силу своей административной компетенции, не становятся ни законными, ни незаконными их владельцами. Спора о праве с публичным органом, изъявшим вещь при осуществлении своей компетенции, быть не может. Само по себе такое изъятие не означает оспаривания права собственности должника (или иного лица); напротив, оно производится именно потому, что право собственности на объект взыскания предполагается.

Невозможность частного спора о праве с административным органом, изъявшим вещь, не позволяет квалифицировать позицию такого владельца в понятиях имущественных взаимоотношений с собственником.

Однако если владение вещами продолжается после отпадения основания для изъятия (скажем, уголовное дело, в рамках которого были изъяты вещи как вещественные доказательства, прекращено), владение становится незаконным. Не возвращая имущество, административный орган тем самым противопоставляет себя собственнику в частноправовой сфере, отрицает его право, так как оснований удерживать имущество в силу норм публичного права больше не имеется.

В этом случае собственник получает право на истребование вещи по правилам ст. 301 ГК. Ответчик не может являться приобретателем, так как получил вещь не по сделке и потому лишен защиты по ст. 302 ГК¹.

Градация незаконного владения на добросовестное и недобросовестное оказывается недостаточной и в других отношениях.

В этом плане интересно, кроме сопоставления с германским правом, различающим прямое и опосредованное владение, сравнение российского права также с английским правом, которое оперирует понятием «владельческий титул», совсем не совпадающим с нашим пониманием титула как договорного основания. В английском праве владельческий титул дает любое получение владения и не только по договору, но и в результате противоправных действий. Но владельческие титулы относительны, действует правило: владелец уступает более сильному титулу. В качестве примера приводится такое дело, которое является ведущим современным прецедентом получения владельческого титула в результате находки.

Мистер Паркер, находясь в качестве пассажира в здании аэропорта Хитроу, управляемого компанией British Airways, нашел золотой браслет на полу в зале. Он отдал браслет служащему компании, сказав, что хочет, чтобы браслет был ему возвращен, если не будет найден собственник. Однако компания продала браслет за 850 фунтов.

¹ Подробнее защита владения от действий административных органов излагается в отдельной главе.

Паркер возбудил судебный спор, требуя вернуть ему 850 фунтов и проценты. В обоснование иска Паркер указал, что имеет владельческий титул, который имеет приоритет перед титулом компании. Ответчик ссылался на то, что, управляя аэропортом, доступ публики в который ограничен, он должен тем самым признаваться владельцем зданий и находящихся в нем вещей. Этот аргумент был отвергнут судом на том основании, что British Airways явным для всех образом не проявлял своего намерения осуществлять контроль над всеми помещениями и зданиями и всеми вещами, которые могут быть в них найдены¹. Решение было вынесено в пользу Паркера.

Обсуждая этот казус (*Parker v. British Airways Board*), Г. Беттерсби квалифицирует Паркера как совершенно добросовестного (*honest*) владельца находки. Автор, однако, задается вопросом: а как изменится решение, если владелец будет недобросовестным (*dishonest*)?

И здесь именно формулируются те правила, которые характеризуют основы владельческой защиты в английском праве.

Автор пишет, что, даже если владелец находки является правонарушителем, он тем не менее имеет владельческий титул, и этот титул, как бы слаб он ни был, является все же титулом, *чтобы избежать ситуации вещи, доступной всем, что фактически означает, что физически слабейший должен уступить*².

Здесь выявляется почва защиты незаконного, в том числе основанного на противоправном поведении, владения. Этой почвой является прежде всего недопущение насилия (самоуправства). В этом отношении защита незаконного владения в российском праве, к сожалению, весьма неразвита и очень часто не понимаемая юристами, имеет то же основание, что и защита владения в праве германском (где она представляет собой вполне работающий механизм) и в праве английском, как, впрочем, и в праве других цивилизованных стран.

Анализ дела Паркера показывает, однако, что кроме собственно защиты владельческий титул (понимаемый английским правом как *относительный*, отсюда и такое его описание (применительно к вору или иному правонарушителю) как слабейшего либо некоторого (*some*)) дает также возможность позитивного регулирования. Имеется в виду, что кроме защиты от внешнего посягательства, обеспечиваемой тезисом, что любое владение дает признаваемую правом позицию³, возникает и возможность регулирования имущественных споров, в которых ни одна из сторон не может сослаться на свое право на вещь. Тем не менее эти споры получают разрешения.

Г. Беттерсби, продолжая анализ казуса, отмечает, что владелец находки имеет обязанности, «очень ограниченные»: заботиться о вещи, в том числе принимать ме-

¹ В этом аргументе затронут постоянно сопровождающий владение мотив явности, видимости владения, вытекающий из его материальной сущности. Сравнение этого, конечно, частного вывода с правилом п. 1 ст. 227 ГК позволяет отметить, что российское право вводит презумпцию контроля за всеми потерянными вещами владельца транспорта или помещения. Эта презумпция, видимо, может оспариваться лишь постольку, поскольку в действительности владелец помещения или транспорта не осуществлял в момент находки контроль за этим имуществом (транспорт не имел персонала, помещение заброшено и т.п.).

² *Battersby G. Acquiring Title by Theft // The Modern Law Review. 2002. July. P. 603.*

³ Сама конструкция относительной защиты владения имеет основания и в классическом праве: «В отношении третьих лиц порочное владение обычно дает преимущество» (Дигесты. 41.2.53).

ры от незаконных посягательств на нее¹. Имеется также обязанность добросовестного владельца принимать меры к установлению действительного собственника.

В целом автор характеризует позицию владельца находки как фиктивное зависимое держание² до востребования. Однако хотя исправное выполнение этих обязанностей и гарантирует защиту владельца находки от требований, вытекающих из неправомерного использования имущества либо обращения его в свою собственность, эта добросовестность ничего не дает владельцу в его отношениях с собственником: тот в любом случае побеждает в споре о самой вещи. Поэтому автор называет обязанности владельца находки «беззубыми»³.

В то же время в отношениях с иными владельцами действует правило сопоставления владельческого титула, и если это сопоставление дает преимущество, то вещь присуждается обладателю более сильного титула. В отсутствие действительного собственника и при том, что ни один из владельцев не может сослаться на какое-либо право на вещь, приоритет имеет тот, кто завладел раньше, перед теми, чей титул является производным от его титула. Приоритет может получить только тот, чьи длящиеся права⁴ возникли прежде, чем права данного владельца⁵.

Как результат этих норм, выработанных современным английским правом, доктрина *ex turpi causa non oritur actio*⁶ уступила признанию возможности владельческой защиты правонарушителя, в том числе против полиции⁷.

Сопоставление понятийного аппарата, описывающего владение в российском праве с теми нормами права английского, которые приведены выше, позволяет заметить, что понимание владения в российском праве нуждается в углублении. Нужно подумать над тем, как обозначить позиции владельцев, спорящих о вещи или о ее использовании, если ни один из них не может доказать свое право⁸. До сих пор российское право не имеет инструментов для регулирования спора двух владельцев, выступающих именно как фактические владельцы.

¹ Сопоставляя эти «обязанности» с позицией владельца находки по ГК РФ, которая также должна быть определена как незаконное владение, мы можем заметить, что ГК РФ не упоминает права незаконных владельцев, указанных в ст. 225–231, на защиту владения. Вполне понятно, что они не могут защищаться по ст. 305 ГК, так как, во-первых, не являются законными владельцами, а во-вторых, не имеют никакой защиты против собственника. Здесь, по-видимому, применима лишь защита по ст. 234 ГК. Однако открыт вопрос, являются ли попустительство владельца находки посторонним нарушителем его владения, отказ его от защиты владения той грубой неосторожностью, за которую он несет ответственность по п. 4 ст. 227 ГК. На мой взгляд, такая ответственность не исключена.

² Буквально — *bailment*. Под такое определение попадают (при наличии договора) также хранение, ссуда, аренда, залог, подряд, поручение.

³ *Battersby G. Op. cit. P. 604.*

⁴ Права владения, как и владельческий титул, о которых пишет Г. Беттерсби, в понятийном аппарате российского права должны интерпретироваться в качестве владельческой позиции, не опирающейся на субъективное право.

⁵ *Battersby G. Op. cit. P. 609.*

⁶ Из противозаконного (бесчестного, позорящего) основания не может возникать иска.

⁷ *Battersby G. Op. cit. P. 607* и сл. В главе, посвященной защите владения от изъятия административным порядком, этот аспект статьи Беттерсби освещается подробнее.

⁸ На самом деле право на вещь может быть у стороны или у обеих сторон в споре. Но заставлять их каждый раз преодолевать трудности с доказыванием — это совершенно ненужная дань несовершенствам системы права, выплачиваемая за счет тех издержек, которые ложатся на гражданский оборот и за которые, следовательно, должно расплачиваться все общество.

Нужно также подумать над обозначением позиции владельца противоправного, противозаконного (это отнюдь не тождественно незаконности и недобросовестности ни вместе, ни по отдельности), т.е. получившего владение в результате виновного нарушения публичного закона, и либо приравнять эту позицию к позиции незаконного владельца, либо установить норму о приоритетах владения.

Приоритеты владения должны также квалифицироваться по признаку производности владения.

Из квалификации противозаконного владения вытекает и иное следствие — эффект распорядительных сделок, совершенных владельцем незаконным и владельцем противозаконным. На мой взгляд, этот эффект все же должен быть различным. Мне кажется, что противоправный владелец (вор, мошенник, грабитель) не сможет создать права собственности приобретателю, кроме, конечно, приобретательной давности в порядке ст. 234 ГК.

Поскольку отечественное право сводится только к фактической (физической) власти над вещью, следует признать возможным владение, осуществляемое недееспособными, от которых не требуется наличия *animus possidendi*. Это не вызывает сомнений в тех случаях, когда дети или душевнобольные пользуются собственными вещами. Но применительно к незаконному владению признать недееспособных владельцами — значит допустить их пассивную легитимацию по виндикационному иску, что может вызвать сомнения.

На самом деле в большинстве случаев владение недееспособных представляется сомнительным не столько в силу отсутствия у них физической способности владеть, сколько в силу того факта, что они находятся под надзором других лиц, в их фактической власти. Вот эта власть и создает презумпцию владения в лице родителей, опекунов, воспитательных и медицинских учреждений, куда более основательную, чем презумпция владения всеми вещами, находящимися в аэропорту, как это пытался обосновать ответчик — компания *British Airways* в деле о находке браслета в аэропорту Хитроу. Ведь компания не осуществляет необходимой власти над пассажирами, тогда как недееспособные обычно поставлены с опекунами в иные отношения, предполагающие достаточно полный и постоянный контроль над их поведением, включая и действия с вещами. Поэтому в большинстве случаев отвечать по виндикационному иску будут все же родители, опекуны, учреждения, надзирающие над недееспособными, так как именно они осуществляют полную власть над вещами, оказавшимися у подопечных. Однако категорически исключить возможность привлечения недееспособных в качестве ответчиков по виндикационному иску все же невозможно.

Например, дети остались жить в доме, купленном по сомнительной сделке их умершим отцом. Простое их переселение административными средствами для помещения под надзор (что более вероятно практически) не является альтернативой виндикации на самом деле. Кроме того, вполне возможно, что дом куплен добросовестно, и тогда их административное выселение — это лишение имущества.

Конечно, для участия в процессе необходимо обеспечить процессуальное представительство через учреждение опеки, что само по себе вполне понятно. Но такую опеку нельзя будет считать установлением владения, тем более, что для целей виндикации получение владения осуществляется применительно к приобре-

тению, и именно такое владение приобретателя имеет и наследник независимо от своей дееспособности. Владение же опекуна не может быть владением приобретателя, поэтому он не должен в этой ситуации отвечать по виндикационному иску.

Выше обсуждались доводы, из которых видно, что владение не может быть вещным правом. Но мы уже говорили, что владение по своей природе вообще не может быть правом. Владение всецело принадлежит к явлениям материального (фактического) порядка. Владение — это протекающий во времени и в пространстве процесс физического господства над вещью, тогда как право как явление идеальное не локализовано в пространстве, лишено качеств процедуры (процесса), т.е. деятельности, и потому не течет, т.е. находится, как и прочие идеальные феномены, вне времени¹ и пространства. Если право собственности на дом, находящийся в Ярославле, существует в Москве, Афинах, Лондоне, как и в любом другом месте, то владение этим домом возможно только в Ярославле.

Право осуществляется в действии, но в момент действия оно перестает быть правом, и вместо него возникает исполнение (осуществление, реализация права).

Владение — это всегда действие, и оно не может быть идеальным, *не может быть правом*. Если владение не осуществлено, значит, его нет (тогда как право есть, пока оно не осуществлено). Право владения, стало быть, не может иметь иного смысла, кроме указания на способ осуществления какого-либо права. В этом же смысле посетитель ресторана имеет право вкушения салата, а постоялец гостиницы — право передвижения на лифте. При всей содержательной бедности этих определяемых через их будущее осуществление прав, обнаружение которых столь же способно принести лавры открывателю, как и обнаружение права владения, у них все же есть такая интересная общая черта, как способность быть нарушенными любым третьим лицом в процессе (а только процесс здесь везде и обнаруживается, ведь мы находимся в сфере материального) реализации. Точно так же, как любой может нарушать владение, так любой может и грубо вмешаться в процесс употребления салата или мирной элевации с помощью лифта (на случай усталости воображения можно обратиться к широкой гамме соответствующих действий, представленных в фильмах Ч. Чаплина).

Здесь обнаруживается тот факт, что уязвимость владения заключается не в особых качествах владения, способных оправдать и все несуразности «права владения», но только в его *материальности*. А потому любое право, перешедшее в стадию осуществления, материализации (и тем самым уже прекратившее свое идеальное бытие), оказывается столь же уязвимым, столь же доступным вторжению третьих лиц. Способность быть нарушенным третьими лицами — это общее свойство всех прав в момент их осуществления. Другое дело, что третьим лицам довольно редко может оказаться интересно мешать, скажем, работе подрядчика или перевозчика. Но вот чужие вещи представляют собой постоянный объект чужого интереса, и только потому нарушения владения являются делом обычным, тогда как осуществление прав не в виде владения нарушается гораздо реже и потому внимание цивилистов не привлекает.

Повторяемость нарушений владения и привела к возникновению самой проблемы. Если владение — это процесс осуществления власти, господства, т.е. прило-

¹ Я не буду здесь обсуждать соотношение времени как одной из характеристик материи и сроков (юридических фактов). Достаточно сказать, что они не тождественны.

жения силы к вещи, то и прерван, нарушен этот процесс может быть только силой. Таким образом, **в центре проблемы владения всегда находится вопрос силы и отражения насилия**. Понятно, что этот вопрос приобретает юридический характер, если учесть, что право возникает для устранения, исключения насилия частных лиц по отношению к другим частным лицам.

Применительно к владению уже в классическом праве был провозглашен принцип недопущения насилия **независимо от права** на вещь. Впоследствии тестом на цивилизованность общества стало уважение этого принципа.

Понятно, что если мотивом насилия является интерес к вещи, то объектом насилия оказывается владелец, так как именно в его физической власти находится вещь. Речь идет, стало быть, о защите личности в сфере частных отношений. Именно поэтому цивилисты уже несколько веков говорят о том, что защита владения представляет собой самое важное условие цивилизованности, кульминацию частного права. Но советское право являло собой не сферу исключения силы, сферу частной свободы, а сферу более или менее упорядоченного тотального насилия над частными лицами, в том числе в экономике. Вероятно, поэтому и защита владения была ему чужда.

Нынешняя ситуация в юридическом усвоении владения курьезна тем, что при заметном пренебрежении самой идеей владения (высказываются даже не лишённые умиления взгляды об особенной ценности, заключенной в невинности правосознания практикующих юристов, в том числе судей, не различающих вообще владения) разработка идет по совершенно бессмысленному пути втискивания владения в систему субъективных прав¹, к числу которых оно относиться не может и не должно, вместо включения владения как объекта защиты в текст ГК РФ по примеру любого европейского права, по примеру русского права дореволюционного времени.

Квалификация **владения как явления фактического, а значит, в известных случаях (когда его упоминает закон) как юридического факта** предполагает ряд естественных уточнений.

Конечно, владение не является каким-либо одним юридическим фактом, ведь закон упоминает этот факт в самых разных нормах и тем самым придает ему самые разные качества.

Для возникновения права собственности значение имеет способ получения владения, действия сторон при переходе владения. Если передача права собственности — метафора и такое действие на самом деле не совершается², то передача владения — это вполне реальные действия прежнего и будущего владельца. Применительно к исполнению обязательства об отчуждении вещи они могут выступать как поступок или сделка в зависимости от того, как будет квалифицироваться исполнение обязательства³. В любом случае только такая передача владения, которая выступает как надлежащее исполнение обязательства, порождает у приобретателя

¹ Нужно еще и еще раз отметить, что ограничение владения одной только ст. 305 ГК оставляет без всякого внимания (а по существу санкционирует) то, что незаконное фактическое владение никак не защищено от самоуправства, что личность в частных отношениях по-прежнему лишена самоценности.

² Подробнее этот вопрос был рассмотрен выше.

³ Подробнее см.: *Сарбаш С.В.* Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 27 и сл.

право собственности, а в случае недействительности сделки создает возможность добросовестного (незаконного) владения.

Нужно отметить, что передача вещи не является «соглашением» о передаче владения, как полагает Г.С. Васильев¹. Соглашение, т.е. сделка, направлено на возникновение, изменение, прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК). Но владение — это не право или обязанность, и по его поводу соглашение не может быть заключено. Владение — это факт. А для возникновения фактов соглашения не заключаются.

Передача владения — это исполнение обязательства и, стало быть, способ его прекращения. Только в этом смысле его и можно считать сделкой (причем это мнение отнюдь не бесспорно). В этой сделке воля в любом случае направлена не на передачу владения, а на прекращение обязанности. А главное, само обязательство передать вещь возникло из соглашения, которое уже имело место в прошлом, и нового соглашения для передачи владения, конечно, не требуется (вообще эта фигура бессмысленного удвоения непременно возникает всякий раз, когда исполнению придаются не свойственные ему качества. И. Трепицын говорил не только о бессмысленности, но и о скучности удвоения)².

Здесь имеет смысл обсудить и ту ситуацию, когда право собственности по условиям договора купли-продажи (или иного договора об отчуждении вещи) переходит ранее, чем исполняется договор в части передачи вещи. Сохраняет ли здесь юридическое значение надлежащее исполнение договора (и является ли передача владения юридическим фактом)? Полагаю, что сохраняет. Если переход права собственности состоялся раньше исполнения договора об отчуждении вещи в части ее передачи, то до передачи продавец (будем ориентироваться на куплю-продажу, что предполагает, конечно, распространение наших выводов и на иные договоры об отчуждении/приобретении) становится законным владельцем. Если у законного владельца вещь отбирается против его воли, то он приобретает право на истребование вещи, в том числе и от собственника. В этой ситуации нужно уточнить, является ли тогда собственник незаконным владельцем своей вещи.

Мы исходим из смысла ст. 301 ГК и считаем, что незаконный владелец владеет против воли собственника. Понятно, что этот вывод не может распространяться на самого собственника. И дело не в том, что презюмируется воля лица на все его действия. Более точно иное соображение: собственник не может вступать с собой в соглашения, в том числе в соглашения по поводу получения права на вещь.

Для первоначальных способов приобретения права собственности производность владения (а незаконное владение — это производное от воли собственника понятие) и вовсе утрачивается. Поэтому для владения самого собственника теряют смысл понятия законного и незаконного владения постольку, поскольку эти понятия созданы законом для квалификации позиций сторон в процессе об истребовании вещи. Иногда, впрочем, законодатель употребляет термин «законный владелец», «законное владение», не имея в виду спор о вещи, а скорее для обозначения какого-либо права на вещь без его точного указания (например, в подп. «б» п. 1 ч. 2 ст. 82 УПК РФ говорится о том, что вещественные доказательства возвра-

¹ Васильев Г.С. Передача движимой вещи // Вестник ВАС РФ. 2006. № 12. С. 21.

² Подробнее вопрос рассматривался выше.

щаются их «законному владельцу»). В подобных случаях к законным владельцам может быть отнесен и собственник. Пожалуй, не будет ошибкой сказать, что собственник может рассматриваться среди законных владельцев, упоминаемых соответствующей нормой закона, тогда, когда не имеется в виду спор об истребовании вещи или по крайней мере о принадлежности вещи¹ с самим собственником; в последнем случае он должен именоваться только собственником.

По этим же причинам в сфере виндикации иск законного владельца к собственнику не позволяет квалифицировать ответчика как незаконного владельца, т.е. буквально отождествлять его с лицом, описанным как ответчик в ст. 301, 302 ГК (понятно, что к собственнику не могут применяться и нормы о добросовестности, в том числе о добросовестном приобретении права собственности).

Частным выводом из этих суждений, имеющих более широкое значение, является тот, что в любом случае передача владения как исполнение договора об отчуждении вещи является юридическим фактом, влекущим определенные юридические последствия: если с передачей связывается возникновение права собственности, то передача создает право собственности; если право собственности возникает независимо от передачи, то у законного владельца возникает право на виндикацию вещи, поскольку передачи не было, а владение получено покупателем самоуправно.

Это право, впрочем, не затрагивает третьих лиц, и они не могут ссылаться на порочность владения собственника либо на порочность его титула. Соответственно собственник, даже самоуправно получивший владение, поскольку он может распорядиться вещью (например, не имеется ареста или судебного притязания), создает полноценное право собственности у следующего приобретателя. Это обнаруживающееся ограничение виндикации договорной связью — вообще обычная особенность применения нормы ст. 305 ГК, — в силу которой относительные отношения между сторонами не могут быть отброшены, и спор о вещи замыкается в рамки договора. В нашем случае право истца на истребование вещи не может опираться на один только факт самоуправного завладения ею собственником, но должен быть обоснован также наличием вытекающего из договора интереса — например, отношениями залога неоплаченной вещи (п. 5 ст. 488 ГК). Вообще, во всех случаях истребования вещи в порядке ст. 305 ГК законным владельцем истец обязан доказывать интерес во владении, тогда как интерес собственника во владении предполагается и в доказывании не нуждается.

Если вещь передается не в порядке исполнения договора об отчуждении/приобретении, то передача владения утрачивает самостоятельное значение юридического факта (полностью совпадая с исполнением договора) и не влечет юридических последствий сама по себе. Законное владение, как уже говорилось, правом не является, и получение вещи по договору аренды, хранения и т.д. ничего не добавляет к правам и обязанностям сторон, возникших в силу договора (и в тех случаях, когда договор является реальным, его эффект возникает все же из самого договора, а не из передачи вещи). Получатель вещи не является приобретателем и в случае недействительности сделки не получает защиту в виде ссылки на добрую совесть, предоставляемую приобретателю нормой ст. 302 ГК.

¹ Например, когда возбуждается спор об исключении имущества из описи.

Но может получить юридическое значение длительность владения (для распределения плодов и доходов), способ владения, т.е. характер отношений владельца к вещи. Если вещь используется, то последствия будут иные, чем тогда, когда она не используется. В частности, пользование вещью тогда, когда это запрещено по смыслу договора (при перевозке, хранении, залоге с запретом пользования), будет выступать как правонарушение. Мы, кстати, видим, что пользование — это одна из характеристик владения (кроме редких случаев, когда пользование без власти над вещью осуществляется с разрешения владельца). Впрочем, эти градации не имеют большого практического смысла и сохраняют интерес только для все еще встречающихся поклонников химеры триады правомочий собственника.

Длительность незаконного владения имеет значение для приобретения права собственности по приобретательной давности.

Утрата владения, поскольку она имеет юридическое значение, отлична от утраты права собственности. В частности, отказ от владения не имеет природы сделки. Утрата владения не может быть действительной или недействительной¹. Если на владельце лежит обязанность сохранности вещи, он будет отвечать за утрату владения в рамках норм об ответственности, т.е. значение имеет только вина (скажем, нашедший вещь отвечает за ее утрату в силу п. 4 ст. 227 ГК в случае умысла или грубой неосторожности; законные владельцы отвечают за утрату вещи на условиях договора с собственником), но не воля на отказ от владения. Если же такой обязанности нет, то обстоятельства утраты владения и вовсе не имеют никакого значения. Так, ответчику по виндикационному иску достаточно доказать отсутствие у него владения (либо убедить суд, что доказательства истца, подтверждающие владение им вещью, несостоятельны), чтобы добиться отказа в иске. Каким образом утрачено владение, значения не имеет. Если вещь повреждена, то может возникнуть обсуждение вины владельца за деликт, которое находится за рамками собственно владения.

Владелец может неоднократно возвращать себе владение после его утраты, такие действия сами по себе также не являются сделками, так как ничего не меняют в правах владельца на вещь либо в его правах и обязанностях по отношению к собственнику.

Передача находки хозяину помещения, транспортного средства, милиции, органу местного самоуправления (ст. 227 ГК) не может квалифицироваться как сделка, и на такую передачу не распространяются нормы гл. 9 ГК. Налицо фактические действия незаконного владельца, не являющиеся распорядительными. Последствия такой передачи — освобождение от ответственности за утрату или повреждение вещи (ч. 4 ст. 227 ГК), что не является возникновением или прекращением гражданского права или обязанности. Ответственность за деликт вообще не предполагает предварительного совершения сделки, все равно прекращающей или устанавливающей обязанность.

Владение как материальное явление имеет вытекающие из его материальности свойства, некоторые из них проявляются и в праве собственности. Прежде всего, возможность установления владения объектом материального мира превращает его

¹ Этот тезис имеет более широкое значение, проявляющееся, в частности, при обсуждении возражения о доброй совести ответчика по виндикационному иску, как это будет показано далее.

в вещь (объект права) — дискретную, отграниченную от природы часть внешнего мира. При определении пространственных параметров вещи учитывается возможность владения ею единой волей одного субъекта частного права. В собственности может быть только тот объект, который может быть во владении. Отсюда — проблемы, возникающие при распространении собственности на объекты, не способные попасть во владение или владение которыми затруднительно («интеллектуальная собственность», собственность на природные ресурсы), а также расхождения между собственностью в точном, юридическом смысле и широким употреблением собственности для описания любых форм социальной власти (собственность на средства производства, капитал и т.п.), лишающие это понятие определенности и, как можно заметить, связи с человеком (ибо именно в человеке заложена та мера, которая позволяет установить возможности и границы владения).

Владение всегда подчинено воле одного лица. Если это невозможно либо если ни одно лицо не подчинило вещь своему исключительному господству¹, то владения этой вещью еще нет: владение возможно лишь как спокойное: власть — это не борьба. Физическое противостояние (как и физическое отсутствие, понимаемое, впрочем, довольно своеобразно²) означает, что владение вещью не установлено.

Совместное владение сособственников предполагает фикцию единой воли; кроме того, владение любого из совладельцев рассматривается как владение всех. В то же время между совладельцами возможны споры о владении, в том числе виндикационные иски, показывающие неполноценность совладения (как и общая собственность не может считаться полноценной частной собственностью).

Еще более условно владение арендатора объектом, на котором находится собственник. Имеющаяся зависимость от поведения собственника (в строгом смысле налицо, конечно, обязательственное право, обеспеченное поведением должника-собственника) исключает квалификацию такого владения как господства. Иными словами — это не владение. Но для практических целей некоторые допущения, вероятно, возможны. Достаточно существенным представляется, например, возможность аренды части вещи: жесткость ст. 607 ГК, говорящей об аренде только вещи, не кажется мне оправданной (использование для аренды части вещи конструкции пользования без владения не всегда возможно³). Такое

¹ В хозяйственной практике бывают, например, ситуации, когда одним подъездом или этажом здания владеет одно лицо, а другим — другое, причем они пытаются безуспешно изгнать друг друга.

² Известно определение владения как возможности в любой момент беспрепятственно установить контроль над вещью; что такое момент и какие препятствия имеются в виду, зависит от конкретной ситуации.

³ Мне не кажется отвечающим нуждам хозяйственной жизни категорическое предписание на передачу в аренду исключительно вещи целиком, равно как не кажутся убедительными и рассуждения в поддержку запрета иных соглашений, основанные, тем более, на крайне сомнительном концепте «правомочия владения», якобы входящего в состав других прав (см., например: *Белов В.* Права пользования чужой вещью // *Вестник ВАС РФ.* 2010. № 1. С. 11–12).

Очевидно, что представлениям об абсолютности владения арендатора, из которых исходят В. Белов и многие другие авторы, противятся многочисленные случаи, когда сохраняется постоянное присутствие арендодателя в арендованном объекте, что бывает весьма часто, учитывая сложность эксплуатации многих современных объектов и сохраняющуюся ответственность собственника за безопасность объекта, которая обычно имеет публичную природу и не может перелagаться на арендатора. В этих случаях повседневное осуществление прав арендатора возможно лишь постольку, поскольку арендодатель обеспечивает его своим поведением. Читатель легко убедится в иллюзорности представлений, исходящих

соподчиненное владение (отличное от совладения при общей собственности) — конечно, суррогат. Но при неразвитости владельческого инструментария в российском праве я не вижу, к каким серьезным практическим противоречиям он мог бы привести. Можно вспомнить и мнение Савиньи, полагавшего возможным совместное владение участком.

Хотя владение — это действия владельца, и в этом качестве оно выступает как тот или иной юридический факт этого вида (т.е. действия), мы можем видеть, что его проявления в праве могут быть и иными, как это вообще свойственно взаимодействию права с внешним, неюридическим бытием общества.

А владение имеет, конечно, и собственное, находящееся за рамками права, существование (впрочем, это не значит, конечно, что бывает экономическое владение, как иногда еще пишут экономисты).

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА УТРАТЫ ВЛАДЕНИЯ В СОСТАВЕ ВИНДИКАЦИИ

Незначительный вопрос (хотя для судьбы спора он имел немалое значение), возникший в конкретном деле, показал не только некоторые неясности в понимании механизма действия п. 2 ст. 302 ГК, но и послужил хорошим примером для разграничения права собственности (и вообще права) и владения.

В 1998 г. постановлением главы района земельный участок площадью 5,0 га, находившийся в государственной собственности, был изъят из земель оздоровительного комплекса «Сосны» (учреждения, учрежденного федеральным органом власти) с письменного согласия последнего и передан ЗАО «ЮВИ ПЛЮС» для индивидуального жилищного строительства. В период с 1999 по 2000 г. указанный земельный участок был по частям предоставлен постановлениями главы Одинцовского района гражданам для индивидуального жилищного строительства. На основании этих актов гражданами были заключены договоры купли-продажи предоставленных земельных участков. Затем земельные участки отчуждались третьим лицам, на них производилось в установленном порядке строительство.

В 2005 г. решением арбитражного суда по иску федерального органа власти акт о передаче земельного участка был признан незаконным, поскольку учреждение не имело права на отчуждение земельного участка в частную собственность.

После этого федеральный орган власти заявил виндикационный иск к владельцам об изъятии земельных участков.

Сразу можно сказать, что раздел участка — это способ прекращения юридического существования вещи, что влечет утрату права собственности и тем самым утрату возможности виндцировать вещь. (Этот вопрос подробно рассматривался выше).

Но в данном деле интересно следующее обстоятельство.

из абсолютного «правомочия владения», как только столкнется с технической невозможность проехать к арендованному складу (или стеллажу на складе; ибо предприниматели, не читающие теоретической литературы, не знают, что они всегда обязаны арендовать весь склад целиком, даже если им достаточно небольшой площадки, где они поставят свой контейнер), или если откажет грузовой лифт в здании, где находятся арендованные площади, или возникнут трудности в подводке кабеля, и т.д., и т.п. Во всех этих случаях без арендодателя право арендатора не может быть реализовано. Бесспорно, конечно, что арендатор никакого вещного права не имеет; его право — обязательственное.

Вполне очевидно, что ответчики, купившие земельные участки не у бывшего собственника и даже не у тех, кто получил землю от бывшего собственника, защищены возражением о доброй совести. Ведь права на участки значились за продавцами по данным ЕГРП, и мерами разумной осмотрительности было никак невозможно установить, что имелся порочный акт о передаче земли для последующего отчуждения частным лицам.

Понимая это, истец сослался на суждение, содержащееся в арбитражном решении, в котором говорилось о том, что учреждение ОК «Сосны» не имело права на отчуждение земельного участка, находившегося в федеральной собственности и не подлежащего приватизации. Тем самым, утверждал истец, преюдициально установлен факт того, что владение утрачено помимо воли собственника.

Обсудим этот аргумент.

Во-первых, никакое суждение о *праве*, в том числе об отсутствии права, не может считаться утверждением о факте и, следовательно, находится за рамками доказывания. Соответственно к таким суждениям не применимы нормы об освобождении от доказывания, как, впрочем, и нормы о возложении бремени доказывания. (Попутно заметим, что добрая совесть – хотя и не факт, но фактическое обстоятельство, одна из характеристик, сторона недействительной сделки (как вина – сторона деликта) и является предметом доказывания, подпадает под нормы о доказывании.) Непосредственный вывод из этого следующий: любое суждение о правах и обязанностях, содержащееся в судебном акте, не может освобождать суд и стороны от необходимости обоснования (а доказывание – только часть обоснования) прав и обязанностей тех же лиц в другом споре, хотя бы и связанном с первым. Впрочем, вывод суда, содержащийся в резолютивной части решения, вступившего в законную силу, обязателен для всех и, в частности, исключает иное решение об уже определенных правах и обязанностях в том же правоотношении (на этом основании и не допускается спор о том же предмете при том же основании).

Во-вторых, истец смешивает здесь два существенных обстоятельства. Закон предусматривает только один случай, когда имущество может быть изъято от добросовестного приобретателя: если оно похищено у собственника *или* лица, которому было передано во владение, утрачено ими либо выбыло из их владения иным образом помимо их воли. Очень важно, что закон указывает на собственника, а также на лицо, которое получило владение от собственника (т.е. законного владельца), четко противопоставляя их. Дело в том, что если права на имущество могут быть так или иначе распределены между несколькими лицами (у одного – право собственности, у другого – оперативного управления, у третьего – обязательственные права, скажем, аренды), то владение никогда не распределяется между несколькими владельцами, что отмечал еще Павел в известном фрагменте¹, упомянутом в начале главы. **Владение всегда только у одного.** Это и отражено в правиле ст. 302 ГК, где говорится об обстоятельствах утраты владения. Именно в этом смысл противопоставления: собственник или владелец. И то, что мы нередко не обращаем на это внимания, объясняется только тем, что обычно сам собственник и осуществляет владение. Но вот тогда, когда собственность имеется у одного лица (органа),

¹ Дигесты. 41.2.3.5. Оговорки относительно мнения Савиньи о возможности совместного владения земельным участком сделаны выше.

а владение без распорядительных прав находится у другого, это противопоставление выходит на первый план. Между тем так всегда бывает с публичным имуществом, да и частное имущество, как только передается собственником иным лицам, также оказывается в том же состоянии.

В нашем деле земельный участок находился во владении не собственника, а государственного учреждения ОК «Сосны». Значит, только применительно к воле законного владельца — ОК «Сосны» — и следует обсуждать обстоятельства передачи земельного участка в том смысле, как об этом говорится в ст. 302 ГК. По обстоятельствам дела было видно, что владение, осуществлявшееся ОК «Сосны», велось этим учреждением беспрепятственно, хищения у него земельного участка не было, как и иных актов по самоуправной «заимке» земли.

Передача владения земельным участком была осуществлена по воле ОК «Сосны», что подтверждалось многочисленными письмами и изданными органами учреждения актами. В них прямо выражена воля на передачу владения земельным участком иному органу.

Передача владения отличается от сделки или иного юридического акта именно тем, что является действием фактическим, направленным на передачу имущества от одного лица другому независимо от юридического основания такой передачи.

Все аргументы, опирающиеся на действительность или недействительность сделок¹ об отчуждении, не могут повлиять на то, что владение передано законным владельцем — ОК «Сосны» — по своей воле, поскольку передача владения сама по себе является не сделкой, а фактическим действием, в данном случае исполнением сделки, и потому не может с ней отождествляться. *Передача владения вообще по смыслу ст. 302 ГК РФ не имеет таких качеств, как действительность или недействительность*². В рамках нормы ст. 302 ГК обсуждается только одно качество передачи — по воле законного владельца или помимо его воли³.

¹ Недействительность сделки, по которой получено владение, как об этом говорилось выше, необходима для обоснования незаконности владения. Если оспаривается та сделка, по которой истец передал вещь, то лишь для того, чтобы аннулировать и последнюю сделку, по которой ответчик получил владение (в силу действующего в российском праве принципа каузальности при передаче собственности). Доказывание недействительности получения необходимо, так как иначе сами нормы ст. 301, 302 ГК оказываются неприменимыми. Поэтому при обсуждении обстоятельств утраты владения истцом недействительность сделки уже предполагается, и отсылки к ней, даже в том случае, когда была недействительна не только последняя, но и первая сделка, не могут заменить выяснения того, как было утрачено владение.

² В тех случаях, когда в теории допускается квалификация исполнения обязательства как сделки, понимается, что такие сделки не могут признаваться недействительными: квалификация их юридического эффекта зависит от иных качеств — является ли такое исполнение надлежащим. Впрочем, для целей п. 2 ст. 302 ГК принятие ненадлежащего исполнения скорее опорочит добрую совесть, чем повлечет вывод, что владение передано против воли владельца. Нужно иметь в виду, что для добросовестного получения владения требуется получение его в порядке надлежащего исполнения. Однако для целей виндикации добрая совесть первого незаконного приобретателя важна лишь тогда, когда он — последний владелец, к которому предъявлен иск, что бывает далеко не всегда; при «цепочке» ничтожных сделок ответчиком будет не то лицо, которое получило вещь от законного владельца (получение владения от собственника по договору, хотя бы и недействительному, и вовсе исключает виндикацию; об этом подробнее будет сказано в главе о реституции).

³ В истории права обсуждаются такие виды утраты владения против воли владельца, кроме кражи и потери, как, скажем, ошибочная замена одних вещей другими. Упомянулся и казус, когда вещи унесены водой. Передача вещи по ошибке, впрочем, иногда рассматривалась все же как добровольная

Если очевидно, что владение передано по воле законного владельца, то любые ссылки на арбитражное решение утрачивают смысл.

В нашем случае в судебном акте, на который ссылался истец, утверждается лишь то, что акт о правах на земельный участок был вынесен без наличия на то права, в то же время ничего не говорится о фактических обстоятельствах утраты владения, тогда как для применения п. 2 ст. 302 ГК необходимо доказать именно то, что владение было утрачено против воли законного владельца.

В этом деле довольно ясно вырисовывается значение различия между правом собственности, явлением идеальным, и вытекающими из него распорядительными действиями — актами и сделками, и владением как фактическим явлением, и вытекающим из него фактическими действиями по передаче владения.

Для того, чтобы отразить возражение о добросовестности, нужно обратиться только к внешней стороне отношений, только к фактическим обстоятельствам передачи. Имеются в виду как акты насилия, так и иное самоуправство, исключающие волю законного владельца на передачу. Но законность волеизъявления при этом значение утрачивает. Даже установленная незаконность (и недействительность) сделок, совершенных владельцем, не исключает (а чаще предполагает), что владение им передавалось, причем вполне сознательно и мирно.

Как мне кажется, так нужно понимать и высказанное Президиумом ВАС РФ в постановлении от 7 февраля 2006 г. по делу № 10101/05 положение о том, что имущество выбыло по воле общества, хотя условия продажи не были согласованы с советом директоров общества. Впрочем, в данном деле суд сослался на то, что имелось решение общего собрания общества об одобрении крупной сделки.

В связи с этим Д. Дедов задает вопрос: можно ли считать одобрением согласие общества на продажу без понимания существенных условий этой продажи? На самом деле даже при вполне очевидном отсутствии правового основания для сделки об отчуждении имущество все равно будет считаться выбывшим по воле владельца, если передача осуществлялась владельцем. Для акционерного общества воля владельца на передачу обсуждается по воле исполнительного органа общества, хотя бы он и не был уполномочен на распоряжение имуществом.

О РЕГИСТРАЦИИ ВЛАДЕНИЯ

Мы уже убедились, что вещного права владения не существует. Поэтому не нужно еще и доказывать, что его не существует как объекта регистрации, это вполне очевидно. Сторонникам же этой идеи полезно поразмышлять, почему бы это придуманное ими вещное право решительно ускользает от всякой возможности регистрации, тогда как любое вещное право обязательно должно быть зарегистрировано.

Между тем призывы регистрировать владение вообще, владение по давности (т.е. незаконное владение) в частности, приходится слышать достаточно часто. Иногда возникает впечатление, что авторы этих призывов полагают, что здесь вообще нет почвы для сомнений и речь идет лишь о техническом вопросе.

утрата владения (см.: *Трепицын И.Н.* Приобретение движимостей в собственность от лиц, не имеющих права на их отчуждение. С. 47, 311).

¹ *Дедов Д.* Некоторые проблемы виндикации и пути их решения // Вестник ВАС РФ. 2006. № 11. С. 9.

На мой взгляд, эти призывы достаточно сомнительны. Но прежде, чем обсудить этот вопрос, имеет смысл уже не в первый раз заметить, что сам по себе ответ на вопрос о сфере действия государственной регистрации прав является довольно верным тестом на отношение того или иного автора к частному праву. Очевидно, что идеология целительности неограниченного вмешательства государства в экономику очень мало отвечает духу права в целом и основам частного права во всяком случае. Пагубность администрирования в сфере гражданского права давно доказана и жизнью, и теорией, а возвращение к этому вопросу вызвано печальной закономерностью, в силу которой очевидность истины ничего не значит для невежества или частного (увы!) интереса. В нашем случае этот частный интерес — интерес чиновничества (отнюдь не всегда выражаемый лично чиновниками, которые имеют много возможностей найти ретивых исполнителей среди лиц, использующих науку в виде промысла), как и любой частный интерес, вступающий в конфликт с общими интересами.

С позиций частного права и с позиций интересов оборота (которые в данном случае совпадают) вмешательство государства в оборот имущества — это вынужденное зло. Терпеть это зло, и в частности замедление и усложнение оборота, издержки по противостоянию коррумпированным и неквалифицированным регистраторам, приходится потому, что в противном случае возникнут иные трудности и проблемы, например, снизится кредитоспособность участников оборота, станет фактически невозможной ипотека, что выведет весь сектор недвижимости из числа кредитных ресурсов и тем самым приведет к примитивизации и натурализации хозяйственных связей, повлечет повышение издержек и решительно ухудшит конкурентоспособность экономики.

Понимание этого и заставляет допустить вмешательство государства в лице органов регистрации прав на недвижимость в оборот объектов недвижимости. Но при этом следует исходить из того, что это вмешательство должно быть предельно ограничено. Иными словами, должен действовать принцип: *все, что можно не регистрировать, не следует регистрировать*. Между тем множество активистов придерживаются иного принципа: все, что можно зарегистрировать, следует зарегистрировать. Высказывается это иногда в виде солидной фразы о том, что ресурсы регистрации далеко не исчерпаны. Конечно, не исчерпаны, ведь экономика еще вроде бы жива. Когда они будут исчерпаны, это сразу будет видно — наступит полный ступор.

Я прекрасно знаю, что этих аргументов для «государственников», от которых столько натерпелось наше гражданское право, никогда не было достаточно, как не могли их убедить и самые печальные сравнения огосударственной экономики с процветающей. Поэтому придется оценить тезис о необходимости регистрации владения с точки зрения возможности его регистрации.

Начнем с того, что владение — не право, а закон говорит о регистрации прав. Регистрация права подчинена механизму возникновения прав. А права, как известно, возникают из юридических фактов. Поэтому непосредственным предметом регистрации являются юридические факты, указанные в гражданском законодательстве и воспроизведенные в законодательстве о регистрации, которое, как закон публичного права, создавать новых юридических фактов, не известных праву частному, не может, но может указывать на процессуальные аспекты обоснования фактов, в силу которых этот закон говорит, например, о «документах».

Даже если считать владение правом, нужно все же ответить на вопрос: каким юридическим фактом оно порождается?

Для того чтобы уточнить этот ключевой тезис, вернемся к ситуации, когда владение существует в силу соглашения с собственником (законное, титульное владение). Например, арендатор регистрирует свое право, предъявив договор аренды. Поскольку аренда не создает вещного права, в том числе «права владения», арендатору достаточно предъявить договор аренды с собственником или иным уполномоченным им лицом; во втором случае необходимо предъявить и доказательства наличия полномочия (доверенность и т.д.). *Законное владение регистрируется не как владение, а как соответствующее, определенное законом право по отношению к собственнику* (аренды, залога, оперативного управления и пр.)

Не буду развивать этот сюжет ввиду его ясности. Но эта ясная ситуация позволяет прояснить и предмет регистрации владения, не основанного на каком-либо праве по отношению к собственнику — ни на праве требования, ни на вещном праве. Только в этом случае и возникает проблема регистрации владения, лишенного какого-либо титула. Это вполне понятно, если учесть, что титул владения дает только собственник в договоре с владельцем. Можно, следовательно, сделать обратное суждение: если владелец не может указать свой титул, то у него отсутствует договор с собственником.

Все эти принципы владения преломляются в регистрации самым естественным образом: основанием регистрации законного владения становится договор с собственником или (для вещных прав) иной юридический факт, в котором выражена воля собственника на передачу вещи законному владельцу. В случае судебного спора об основании законного владения, т.е. о том, имелась ли законным образом выраженная воля собственника на передачу вещи, основанием регистрации будет судебное решение.

А какой документ может быть основанием регистрации незаконного владения или, переходя в сферу частного права, какой юридический факт порождает незаконное владение?

Известно, что наиболее освоенный российским ГК вариант незаконного владения — владение для давности (ст. 234 ГК) возникает из недействительной сделки или цепочки сделок.

Исходя из того, что владение для давности порождается недействительной сделкой, мы, однако, не можем считать, что именно такая недействительная сделка и является основанием регистрации владения. Прежде всего следует сказать, что хотя чаще всего речь идет о сделках ничтожных (отчуждение чужого имущества), эта ничтожность неочевидна, так как связана с выяснением фактов, лишаящих продавца (иного отчуждателя) права на отчуждение вещи. Вспомним, что именно извинительное заблуждение в факте создает добросовестность владельца. Извинительность заблуждения как раз и является следствием неочевидности фактов. Значит, необходимо судебное решение, устанавливающее эти факты и признающее соответствующую сделку недействительной.

Кажется, что именно это решение и является тем основанием (документом), которое может быть предъявлено для регистрации владения для давности. Я бы мог согласиться с этим, но с рядом оговорок.

Во-первых, очевидно, что такое судебное решение — это решение не о наличии права, а об отсутствии права у приобретателя, причем само по себе оно отнюдь не означает наличия права у истца по иску о признании сделки недействительной. Трудно согласиться с тем, что этот случай предусмотрен ст. 17 Закона о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, хотя, как уже говорилось, этот Закон не может создавать или отменять юридические факты, действующие в частном праве.

Во-вторых, само по себе данное решение свидетельствует о том, что собственником является не приобретатель имущества, а иное лицо — возможно, «прежний»¹ собственник. Таким образом, судебное решение о признании недействительным договора об отчуждении вещи (не обязательно по мотивам продажи чужой вещи, но и по любым иным причинам) не только является основанием для аннулирования регистрации права за приобретателем вещи, но и дает почву для регистрации права за иным лицом (обычно прежним собственником), хотя для этого должны быть проведены дополнительные процедуры. Только после этого и можно зарегистрировать владение для давности за добросовестным приобретателем.

Мы видим, что *владение для давности может быть зарегистрировано только при одновременной регистрации права на ту же вещь (объект недвижимости) за невладеющим собственником*. Поэтому и не всякое решение о признании недействительной сделки об отчуждении объекта недвижимости сможет выполнять функции основания для регистрации владения для давности.

Но еще важнее другое. Само по себе решение о признании сделки недействительной может служить основанием только для регистрации незаконного владения без квалификации его как добросовестного или недобросовестного. Добросовестность может быть установлена не иначе как в рамках виндикационного процесса между собственником и незаконным владельцем либо в специальном процессе о приобретении имущества в силу давности, в том числе в порядке особого производства. Но во втором случае судебное решение создаст на стороне заявителя право собственности; варианты, практическая значимость которых едва ли велика, по крайней мере сегодня, возникнут только при отказе в заявлении.

В рамках спора о признании сделки недействительной добрая совесть не может быть установлена, хотя бы на нее и ссылались стороны, так как это обстоятельство не влияет на признание сделки недействительной и применение реституции и, стало быть, не входит в основание иска и предмет доказывания. Поэтому можно говорить только о регистрации незаконного владения без выделения добросовестного и недобросовестного. Кстати, для участников оборота (а именно для них, а не для регистраторов создана система регистрации) важен именно факт незаконного владения, а не его добросовестность, тем более что с момента подобной регистрации добрая совесть сохраняется только для целей приобретательной давности; во всех

¹ «Прежний» собственник — термин условный, так как по конструкции недействительности сделки и в условиях действующей в нашем праве каузальной традиции считается, что право собственности собственником не утрачивалось; он все время им оставался, а прежним был лишь постольку, поскольку не была выяснена ошибочность этого представления. Однако в этот период могут произойти изменения самой вещи, ее утрата, что не исключает права на реституцию по п. 2 ст. 167 ГК, но исключает право собственности прежнего собственника. Поэтому об автоматизме «восстановления» права говорить следует достаточно осторожно.

иных отношениях, а значит, в отношениях со всеми третьими лицами, добросовестность владельца утрачивается. Остается только незаконное владение, возможно, и начатое добросовестно.

Рассмотрев техническую сторону вопроса, мы должны, наконец, затронуть обычно упускаемый из виду смысл регистрации владения.

Совершенно неочевидны мотивы, которые могут заставить владельца зарегистрировать за собой владение для давности. Ведь позиция незаконного владельца не дает ему права ни на отчуждение вещи, ни на иное распоряжение ею, поскольку эти сделки не направлены на физическое сохранение вещи.

Конечно, такая регистрация может быть проведена по тем же правилам, как и обременение имущества, хотя незаконное владение ни обременением, ни ограничением права, конечно, не является. В этом случае интерес в регистрации, наличие которого, кстати, также вызывает сомнения, может иметь собственник. Например, собственник может сослаться на свой интерес предупредить добросовестное приобретение третьими лицами вещи от незаконного владельца. Но если право собственника на объект недвижимости зарегистрировано (а это должно быть так), то все третьи лица, приобретающие недвижимость не у собственника, а у иного лица, не имеющего от собственника полномочия, и без отметки о факте незаконного владения, уже тем самым становятся недобросовестными.

Можно, кажется, указать для этого случая и на публичный интерес, состоящий в предупреждении участников оборота о факте незаконного владения. Тогда придется возложить функции регистрации на органы власти, в том числе судебной. Однако в этом случае непонятно, как регистрировать право собственности, которое обязательно должно регистрироваться одновременно с регистрацией незаконного владения. Ведь, как уже говорилось, право собственности на вещь, отчужденную по недействительной сделке, не восстанавливается, если вещь существенно изменена или утрачена, а выяснение этих вопросов не вытекает автоматически из решения о признании сделки недействительной.

По моему мнению, импульсом могли бы стать изменения правил о налогообложении. Например, возложение на незаконного владельца налоговых обременений, связанных с имуществом, могло бы заставить и невладельца собственника принять меры к регистрации владения, и владельца обдумать вопрос о целесообразности продолжения владения. (Вспомним, что незаконное владение в любой момент может быть возвращено собственнику, хотя такой обязанности у владельца и нет.)

Но пока таких изменений в налоговом и вообще в публичном праве нет, трудно понять, зачем должно регистрироваться незаконное владение.

На мой взгляд, если и можно признавать такую возможность, то только как факультативную. Это неизбежно и потому, что во многих случаях, когда совершены недействительные сделки об отчуждении имущества, судебные решения об их недействительности не выносятся. Поэтому в любом случае все факты незаконного владения все равно не будут зарегистрированы, а точнее, могут быть зарегистрированы случаи, заведомо составляющие меньшинство таких фактов.

Кроме того, не видно стимулов, заставляющих незаконного владельца регистрировать за собой незаконное владение. Не вписывается эта процедура и в общий механизм правопреемства. Ведь в отличие от регистрации права, которое возни-

кает вместе с регистрацией, здесь регистрируется отсутствие права, а отсутствие права налицо и без всякой регистрации, в силу одного судебного решения (а для ничтожных сделок и без решения, хотя относительность этого тезиса для споров о владении очевидна).

ПРАВА ВЛАДЕНИЯ И ПОЛЬЗОВАНИЯ В УСТАВНОМ КАПИТАЛЕ ХОЗЯЙСТВЕННОГО ОБЩЕСТВА

В 1992 г. органом управления, выступающим в качестве публичного собственника, и иностранным инвестором было создано закрытое акционерное общество сроком на 20 лет. Орган управления внес в уставный капитал право пользования зданием, находившимся в муниципальной собственности.

Получив в счет своего вклада акции, орган управления впоследствии продал их иным лицам. В то же время земельный участок, занятый зданием, был передан в аренду ЗАО на срок существования ЗАО, предусмотренный уставом и соглашением учредителей.

Затем, через несколько лет в устав внесены изменения и, в частности, устранен тот его пункт, который ограничивал деятельность ЗАО сроком в 20 лет.

В 2007 г. здание было продано в порядке приватизации полномочным органом третьему лицу. В договоре о приватизации указывалось, что здание имеет обременения. Суть обременений не указывалась.

Покупатель, став собственником, потребовал выселения общества из здания. Общество отказалось, полагая, что отчуждение здания не затрагивает его прав.

Возникли вопросы о природе этих прав, сроке их действия. И, пожалуй, главный вопрос — о том, сохраняется ли у акционерного общества право на имущество после отчуждения здания, т.е. имеется ли в данном случае право следования, присущее вещным правам, либо это право утрачивается и остается только требование к должнику, как это присуще правам обязательственным.

На эти вопросы невозможно ответить, если предварительно не разобраться в таких широко употребляемых и достаточно запутанных понятиях, как «право пользования», «право владения».

В настоящее время в связи с обсуждением предложения о введении в ГК РФ института владельческой защиты актуальность этих понятий, прежде всего, конечно, права владения, дополнительно обострилась. Наряду с теми, кто просто возражает против владельческой защиты в принципе, понимая при этом, что владение может защищаться независимо от права на вещь¹, имеется критика механизма владельческой защиты, сосредоточенная в отрицании за владением фактического характера и понимании владения как права. При этом вполне понятно, что нет нужды вводить владельческую защиту как защиту права владения, поскольку в этом случае будет попросту продублирована норма ст. 305 ГК РФ (на этой норме сторонники идеи «права владения» обычно и строят свою аргументацию).

Не вдаваясь далее в вопросы владельческой защиты, замечу лишь, что никогда не вызывавшая сомнений необходимость в более точном понимании владения

¹ См., например: Рудоквас А.Д. Владение и владельческая защита в Концепции развития законодательства о вещном праве // Вестник ВАС РФ. 2009. № 5.

сейчас существенно возрастает в связи с тенденцией усложнения законодательства не только о защите владения, но и о вещных правах.

Если вернуться к приведенному выше примеру спора о внесении имущественного права в уставный капитал, то можно ожидать, что анализ этого дела не может не привести к обобщениям, выходящим за рамки корпоративного права, тем более, что обсуждаемый вопрос не имеет корпоративной специфики, а является исключительно вопросом о природе имущественного права¹.

Ситуация внесения имущественных прав в уставный капитал общества была достаточно распространена в начале 1990-х гг., до развертывания процесса приватизации государственного имущества. Тогда публичные собственники, не имея права на отчуждение государственного имущества, вносили права на это имущество, которые давали обществу возможность хозяйственной эксплуатации имущества (права владения и (или) пользования, как об этом сказано в Постановлении пленумов ВАС РФ и ВС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8), но не давали права собственности. Эта практика была санкционирована в п. 17 Постановления № 6/8, которое различало передачу имущества «в натуре» в виде вклада в уставный капитал хозяйственного общества и передачу прав на имущество без передачи права собственности.

Само по себе такое различие не кажется достаточно корректным. Дело в том, что в гражданском обороте всегда передаются только права (точнее, право создается у того, кто его получает), а не вещи «в натуре».

«Практика убеждает в том, что реальные вещи выступают в юридической жизни только через посредство прав, которые осуществляются в отношении этих вещей... Всякое имущество состоит из прав, с той особенностью, что право собственности часто смешивают с той вещью, объектом которого она является. Вместо того, чтобы сказать: «У меня есть право собственности на это имущество», говорят: «У меня есть это имущество»; сказать так проще и быстрее. Однако такое словопотребление не должно создавать иллюзий... Имущество — это не реальное имущество, а имущественные права»².

Что касается гражданского оборота как оборота прав (вполне уместная метафора), то хотел бы подчеркнуть, что речь идет именно о метафоре. На самом деле права не передаются, а сделку о передаче прав и шире — механизм правопреемства — точнее представлять как прекращение права у одного лица и возникновение

¹ Иную позицию занимает Н. Козлова, полагая, что права на внесенное имущество приобретают корпоративный характер, потому что, в отличие от аренды, учредитель (собственник) получает не арендную плату, а «долю прибыли или иные выгоды» (Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лиц. М., 2005. С. 300).

Как представляется, автор смешивает право одной стороны на использование имущества, ничем не отличающееся от любого прочего хозяйственного использования, с правами другой стороны на получение эквивалента от владельца. Здесь, конечно, есть два обязательства, но мы ведь обсуждаем одно — право владения/пользования имуществом по договору, отличному от аренды. Если заключен договор аренды, то идея корпоративности, видимо, сразу отпадает под страхом появления «корпоративной аренды». Но и в ином договоре о владении/пользовании имуществом нет ничего корпоративного. Это становится вполне понятно, если ввести очевидное условие: учредитель, внесший имущество в уставный капитал, продал свои доли (акции) — как это произошло и в нашем случае.

² Саватье Р. Теория обязательств: Юридический и экономический очерк. М.: Прогресс, 1972. С. 53, 56.

аналогичного (иногда — не тождественного) права у другого лица (получателя)¹. Для этого необходимо, чтобы передающий право обладал признанным законом правомочием на создание права у иного лица. А если мы говорим о передаче вещи во владение общества, то, скажем, незаконный владелец, не имея права на вещь, не может и создать никакого права получателю вещи. В этом случае передача вещи «в натуре» никак не может считаться действительной сделкой (учредительным договором) и никакого права (ни вещного, ни обязательственного) на имущество у общества не создает, как не создает ни прав, ни обязанностей в отношении общества и у учредителя — незаконного владельца.

Понятно, однако, что, говоря о передаче имущества «в натуре», пленумы ВС РФ и ВАС РФ не имели в виду, конечно, незаконное владения.

Впрочем, в последующие годы идея противопоставления передачи вещей в натуре и передачи прав, насколько известно, развития ни в теории, ни в практике не получила, поэтому не будем больше останавливаться на этом пункте.

Значение сохраняет лишь понятие права владения (пользования).

В Постановлении № 6/8 подчеркивается, что передаются именно права, и спорить с этой позицией нет никаких оснований.

Однако важно понять природу этих прав, для чего нужно вновь вернуться к обсуждавшимся выше проблемам.

В соответствии с так называемой концепцией триады право собственности состоит из трех правомочий — владения, пользования, распоряжения, которые собственник может в различных комбинациях передавать иным лицам. Скажем, может передать право владения, оставив себе пользование и распоряжение, а может передать распоряжение, оставив себе владение и пользование, и т.д.²

Концепция эта, несмотря на ее распространенность, все же ошибочна. Здесь нет места для того, чтобы показывать все ее слабые пункты³, но напомним лишь некоторые.

Во-первых, собственник, заключая договоры с иными лицами о своем имуществе, ничего не теряет из своего права. Законодателю пришлось специально подчеркивать это применительно к договорам доверительного управления в п. 4 ст. 209 ГК, хотя это верно для любого договора⁴.

Во-вторых, если собственник с кем-то договаривается о своей вещи, то природа прав принципиально различна. Собственник может создать у иного лица (арендатора, перевозчика, доверительного управляющего и т.д.) лишь обязательственные права (а также и обязанности, как, скажем, у хранителя, поверенного, коммиссионе-

¹ Подробнее этот вопрос рассматривался выше.

² Например, Ю.Романец пишет, что «заключив договор доверительного управления имуществом, собственник лишается тех прав в отношении договорного имущества, которые он передал управляющему» (*Романец Ю.В.* Система договоров в гражданском праве России. М., 2001. С.433).

³ Обсуждению этой концепции посвящена глава 8 книги.

⁴ В.В. Витрянский убедительно показывает, что права собственника не передаются и не могут быть переданы доверительному управляющему по договору. Автор излагает эту бесспорную идею весьма обстоятельно, видимо, потому, что противоположный ошибочный подход остается еще довольно распространенным (*Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2003. С.801 и сл.).

ра и т.п.), установив одновременно с этими правами (обязанностями) и собственные относительные обязанности (права) — арендодателя, учредителя управления, поклажедателя, комитента и т.д. При этом собственник сохраняет и свое вещное право в полном объеме, ничего из него не отдавая и не теряя. *Вещное право вообще по своей природе дробиться на части не может*, в отличие от делимого обязательства¹. Не может также одно и то же вещное право умножаться, т.е. одновременно принадлежать разным лицам².

На простой вопрос, как расценить тот факт, что, пока арендатор владеет арендованной вещью, собственник не может ею владеть, не нарушив права арендатора (и своей обязанности), следует столь же несложный ответ: собственник потому и получает за вещь деньги³ от арендатора, что сохраняет всю полноту права на нее. Заключая договор аренды, собственник ничего не передает, а реализует свое право, не теряя его (напротив, утрата права собственности влечет и прекращение арендных отношений для бывшего собственника). Отвечать же на этот вопрос в том смысле, что собственник отдает на время свое право арендатору, — значит не понимать, как действует правовой механизм⁴. В таком ответе не больше смысла, чем в утверждении, что собственник меняет свое абсолютное право на свою же относительную обязанность воздержаться от пользования вещью на срок аренды при том, что такой (вполне лишенный смысла) тезис гораздо ближе к внешним фактам.

Итак, собственник, вступая в отношения с иными лицами по поводу своего имущества, не передает им своего права по частям. Право собственности, как уже говорилось, на части вообще не делится и существует только как единственное и единое право.

Выше критиковалось представление о владении как вещном праве. К сожалению, мы можем встретить его и в судебной практике разрешения споров собственников с обществами, в уставный капитал которых внесено имущество без права собственности.

¹ Подробнее см.: *Сарбаш С.В.* Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 234 и сл.

² Не является исключением и общая собственность, поскольку здесь сособственники выступают как один собственник. Практически это выражается в том, что все сособственники должны приходить всякий раз, как реализуют свое право, к единой воле либо посредством консенсуса, либо по большинству голосов. Но раз существует одна воля (один субъект), то существует и одно право собственности. Никто из совладельцев не имеет отдельных и различных прав на вещь. Таким же образом может возникать и общность в отношении других вещных (сервитута, суперфиции и др.) прав — при принципиальном условии единого права.

³ В безвозмездных отношениях собственник получает неимущественное социальное благо — влияние, уважение и пр. Основанием этого блага также является полное право на вещь. Очевидно, что если кто-то разрешит пользоваться не своей, а чужой вещью, то по обнаружении этого факта рассчитывать на почтение ему не придется.

⁴ Еще раз процитирую высказывание В. Витрянского о доверительном управлении: «Правомочия доверительного управляющего по управлению имуществом не могут в принципе представлять собой правомочия, *делегированные (переданные)* самим собственником, по той причине, что права доверительного управляющего в отношении переданного ему имущества *не переходят* к нему от собственника, а *возникают из договора* доверительного управления. Заключение такого договора и сама передача имущества в доверительное управление есть форма реализации собственником его правомочий» (*Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга третья. С. 801; автор главы — В.В. Витрянский). Понятно, что то же самое можно сказать и о любом ином договоре собственника.

Так, отказывая в иске учредителю общества ЖСК «Митино-11» о возврате переданного на праве пользования нежилого помещения, суд определил переданное право как вещное¹.

В другом случае суд отклонил требование собственника здания, внесенного на праве безвозмездного пользования в уставный капитал ЗАО, полагая, что отношения сторон не носят обязательственного характера, но регулируются главой 4 ГК и Законом об акционерных обществах².

Но иной суд, точно так же сопоставляя доводы об обязательственных отношениях, возникающих в силу внесения вклада в уставный капитал, и акционерное законодательство, пришел, однако, к выводу, что налицо вещные отношения³, что хотя и неверно само по себе, но представляется более последовательным, чем попытка уйти от трудностей квалификации с помощью «корпоративных отношений». Ведь нельзя не заметить, что здесь речь идет не об отношениях внутри общества, а о правах между собственником имущества и обществом независимо от того, сохраняет ли собственник связь с обществом.

Впрочем, обозначение отношений между собственником имущества и обществом по поводу имущества, находящегося у общества в уставном капитале, как обязательственных (что и следует признать верным) также иногда встречается⁴.

В этом смысле высказался и ВАС РФ, причем допустив, что право пользования внесенным в уставный капитал имуществом может быть передано как на определенный срок, так и на все время деятельности общества⁵.

Практика не позволяет, как можно видеть, говорить о том, что имеется сколько-нибудь устойчивая позиция, определяющая право владения и (или) пользования имуществом, внесенным в уставный капитал хозяйственного общества, как право вещное. Скорее можно заметить — и это несомненно, — что вопрос неясен и запутан, что ему уделялось до сих пор мало внимания.

На мой взгляд, представления о владении как вещном праве чаще всего оказываются не результатом тщательного и детального анализа, а скорее являются приблизительным ответом на не вполне внятный вопрос.

Выше уже говорилось об ошибочности представлений о вещном праве владения. Нет никаких оснований для предположения, что действующий ГК РФ предусматривает право владения (пользования) как вещное право.

Следовательно, нет и оснований полагать, что собственник может создать вещное право владения (пользования) иному лицу, сохраняя право собственности.

Это значит, что передача имущества в уставный капитал обществу относится к числу сделок, создающих обязательственные отношения между собственником и обществом, и в этом смысле такая сделка подобна любой иной сделке об имуществе, отличной от сделки отчуждения/приобретения имущества, т.е. отличной от сделки, предусмотренной п. 2 ст. 218 ГК.

¹ Постановление ФАС МО от 20 ноября 2002 г. № КГ-А40/7667-02. Одновременно суд заметил, что требовать возврата помещения собственник может при выходе из ООО.

² Постановление ФАС МО от 2 сентября 2008 г. № КГ-А40/7942-08. Аналогичная позиция высказана в постановлении ФАС СЗО от 27 июня 2000 г. № а56-6221/00.

³ Постановление ФАС ЗСО от 8 сентября 1998 г. № Ф04/1309-342/А27-98.

⁴ Постановление ФАС МО от 10 января 2007 г. № КГ-А40/10918-06-П.

⁵ Постановление Президиума ВАС РФ от 8 сентября 1998 г. № 6908/97.

В общем виде результатом подобных сделок является возникновение у получателя имущества определенного договором права¹, а у собственника — обязанности в отношении общества, которое выступает как кредитор.

Такое право будет определяться сутью соглашения и по существу будет примыкать к правам, возникающим из договоров, указанных в главе 34 ГК («Аренда»). Ведь цель хозяйственного общества — получение прибыли, а значит, передаваемое ему имущество должно использоваться в хозяйственных целях, что характерно для договоров типа аренды.

Наиболее корректным поэтому было бы заключение именно договора аренды. В этом случае, кстати, вполне ясным становится и вопрос о праве следования — он решается по правилам об аренде. Но намеренный отказ сторон от договора аренды (именно так следует понимать избегание аренды), например, для того, чтобы уклониться от его регистрации, влечет вывод об ином, непоименованном договоре.

Непоименованный договор, разумеется, не может создавать права следования, так как это право создается исключительно законом, но не волей сторон. Никакое извещение третьих лиц о таких «обременениях» или «ограничениях» никаких последствий для них не порождает именно и только потому, что договор сам по себе вообще не может создавать обязательств для третьих лиц, что является фундаментальным принципом права². Поэтому и недопустимо применение по аналогии норм об аренде³ к непоименованному договору (равно как и к договору учредительному) в части права следования.

¹ Договоры, создающие у владельца обязанности (хранение, перевозка и т.п.), мы не обсуждаем, поскольку ограничиваемся гипотезой надления общества имуществом, необходимым ему для хозяйственной эксплуатации, что предполагает установление права, а не обязанности.

² Рассматривая этот же вопрос, А.Ю. Родина приходит к противоположному выводу. Так, она пишет: «Лицо, приобретающее право собственности на такое имущество, безусловно, должно быть уведомлено о правах третьих лиц на него. Согласившись на приобретение такого имущества с обременением, очевидно, у него нет оснований требовать досрочного исполнения обязательств». Очевидно, что, отрицая возможность досрочного исполнения обязательств, автор этих строк признает сохранение обязательства при смене собственника вещи, права владения и/или пользования которой переданы в уставный капитал, т.е. признает создание права следования непоименованным договором. (см.: *Родина А.Ю.* Имущественные права как объект права собственности хозяйственных обществ // *Юрист.* 2008. № 11).

Каким образом это суждение сопрягается с тем принципом, что никто не может обязать иное лицо против его воли, автор не указывает. Естественно, что уведомление об имеющемся «ограничении» не может являться способом установления обязательства. Обязательства возникают только из договора или закона, но никак не из уведомления (п. 2 ст. 307 ГК).

Если бы была верна логика А.Ю. Родиной, то не было бы никакой нужды связывать себя теми трудностями, с которыми сопряжена аренда (как в части регистрации, так и в иных пунктах), а можно было бы лишь уведомлять третьих лиц о передаче имущества и таким образом получать главное преимущество арендатора — право следования. Понятно, что таким образом можно было бы избегать неудобств аренды не только при формировании уставного капитала общества, но и вообще в гражданском обороте. Но сделав это неизбежное допущение, нельзя не убедиться в простой истине: если стороны уклонились от заключения договора аренды (как, впрочем, и иного поименованного договора), то они не вправе применять после этого правила об аренде к своему договору. У этой истины есть и обратная сторона: если арендатор имеет намерение получить право следования, то ему нужно непременно заключить договор аренды.

Понятно, что обсуждаемый вопрос выходит за рамки отношений по формированию уставного капитала общества, поэтому его никак нельзя считать малоактуальным.

³ Поэтому трудно согласиться с Н. Козловой, допускающей применение такой аналогии, тем более, что автор вовсе не обсуждает очевидного факта: если бы стороны желали договора аренды, они бы его заключили (*Козлова Н.В.* Указ. соч. С. 301).

Тогда, когда договор аренды не заключен, а налицо иной договор о передаче имущества в уставный капитал без его отчуждения, и возникает «право владения и/или пользования». Оно имеет природу права обязательственного, а содержание его определяется договором учредителей¹. Однако с точки зрения системы ГК в отношении права владения/пользования имуществом такой договор следует считать непоименованным. Поэтому оспаривание его с позиций договора аренды как недействительного (не соответствующего законам об аренде) или незаключенного представляется неверным.

Хотя иногда право владения имуществом, переданным обществу, характеризуется как безвозмездное пользование, на самом деле отношения учредителя с обществом имеют всегда возмездный характер, и поэтому такое определение неточно и может приниматься лишь как указание на отсутствие периодических платежей.

В практическом смысле важными являются следующие вопросы: каково значение регистрации (отсутствия таковой) этого права в ЕГРП и как оно должно именоваться, если заносится в реестр; каково значение сохранения собственником статуса учредителя (участника) общества; как определяется срок этого права и, наконец, имеется ли право следования при смене собственника имущества.

Сформулированные выше выводы об обязательственной природе права позволяют дать ответы на эти вопросы.

Регистрация обсуждаемого права не влияет на его действие. Но если оно все же зарегистрировано, например, как обременение или ограничение, оно никаких качеств вещного права тем самым не приобретает. Не исключен спор об этом праве (либо спор об обременении), имеющий целью исключение его из ЕГРП, поскольку специального указания в законе на необходимость или возможность регистрации обсуждаемого права нет. Это становится вполне ясным, если задаться вопросом, под каким наименованием данное право могло бы быть зарегистрировано. Очевидно, что непоименованный договор не может стать основанием регистрации². Занесение же в реестр «права владения/пользования» натолкнется на то об-

Если сравнить эту ситуацию с рассматриваемым далее случаем применения аналогии аренды к «передаче в пользование части здания» (п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 64 «О некоторых вопросах рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания»), то мы явственно увидим разницу: когда речь идет о передаче в пользование «части здания» (крыши, стены и т.п.), стороны лишены возможности заключить договор аренды ввиду того определения объекта аренды, которое дается в п. 1 ст. 607 ГК и которое исключает аренду части вещи (при том, что определение объекта аренды само по себе нуждается, конечно, в пересмотре). Потому и приходится прибегать к аналогии.

Но если в пользование передается имущество, описанное в п. 1 ст. 607 ГК, то сознательное уклонение сторон от заключения договора аренды в этом случае никак не позволяет применять нормы об аренде по аналогии. Ведь такое применение будет противоречить воле сторон и тем самым нарушит правила ст. 421 ГК.

¹ Нужно еще раз отметить, что оно не совпадает с учредительным договором: в рамках учредительного договора заключается иной (аренды или другой), в котором создается двустороннее отношение по поводу владения/пользования имуществом. Поэтому и нет оснований присваивать этому праву владения/пользования какой-либо «корпоративный» характер. Об этом уже говорилось, когда обсуждалось допущение, что акции проданы через день после их приобретения. Что тогда будет «корпоративного» в отношениях между собственником (бывшим акционером) и обществом по поводу пользования имуществом?

² К иному выводу приходит А. Курбатская. Сначала она верно замечает, что право владения/пользования не указано в ст. 216 ГК, но затем все же предлагает регистрировать его в качестве обременения

стоятельство, что само по себе это право закону не известно и его содержание законом не определено, как об этом уже говорилось выше.

В то же время отсутствие права владения/пользования в ЕГРП не исключает его действия в рамках определенного обязательства, и значит, этот аргумент сам по себе едва ли сможет помочь собственнику.

По смыслу отношений участника с обществом **утрата прав участника** не может иметь ретроспективного действия, т.е. влиять на ранее возникшие отношения. Однако изъятие из этого подхода сделано именно в отношении собственника имущества, переданного обществу в уставный капитал без отчуждения. Имеется в виду п. 3 ст. 15 Закона об ООО.

В силу этой нормы в случае прекращения у общества права пользования имуществом до истечения срока, на который такое имущество было передано в пользование обществу для оплаты доли, участник общества, передавший имущество, обязан предоставить обществу по его требованию денежную компенсацию, равную плате за пользование таким же имуществом на подобных условиях в течение оставшегося срока пользования имуществом, если иное не предусмотрено договором об учреждении общества.

(см.: Курбатская А. Право пользования в уставном капитале // Бизнес-адвокат. 2004. № 21). Тем самым получается, что основание регистрации стороны могут создать сами, помимо закона. Думаю, что такой подход не имеет никаких оснований в ст. 4 Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, предусматривающей регистрацию обременений (ограничений) только в случаях, предусмотренных в законе, что, как представляется, исключается для непоименованных договоров, т.е. договоров, в законе не указанных.

Развитие этого тезиса требует оценки содержащегося в п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 64 «О некоторых вопросах рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания» разъяснения, согласно которому договор о передаче в пользование «отдельных частей здания» (например, для размещения рекламы) регулируется аналогично аренде, в том числе — в части регистрации. Наряду с сохраняющейся спорностью самой конструкции пользования «частью здания» (на самом деле, конечно, речь идет об обязательстве, предметом которого являются действия (бездействие) должника, а не передача «частей вещи») вызывает сомнение и уместность установления аналогии таким способом. Дело в том, что договор — продукт соглашения сторон, и если он законом не предусмотрен, но ему не противоречит, то его содержание полностью определяется самими сторонами договора (ст. 421 ГК). Для этого не нужно прибегать к аналогии закона.

Но вот для установления режима регистрации закон, конечно, нужен. Ведь регистрация производится публичным органом только в силу закона, и соглашение сторон в этой части никакой силы не имеет. Как уже говорилось, стороны не вправе своим частным соглашением создать обязанность регистратора зарегистрировать договор (право из договора). Следовательно, содержащееся в п. 7 Постановления № 64 разъяснение в части регистрации договоров о пользовании «частями здания» выполняет именно функции нормы права, причем, конечно, императивной (это значит, что без регистрации описанный договор будет подпадать под действие ст. 609, 165 ГК). Эту ситуацию едва ли можно считать корректной. Впрочем, она содержит тенденцию изменения понимания самого договора аренды: вместо договора о передаче вещи (части вещи) (что неверно) — договор о создании личного обязательства арендодателя (что верно).

Надеюсь, что это изменение произойдет раньше, чем в ЕГРП появятся в массовом порядке записи о восточных и северных стенах, левых скатах крыши, карнизах, фронтонах и тому подобных архитектурных феноменах, имеющих мало отношения к праву, едва ли кому-то кажущиеся уместными и желательными (достаточно представить составление акта о приеме-передаче верхней части левой стенки и соответствующие отметки регистратора). Чтобы избежать таких последствий, мы должны исходить из того очевидного факта, что собственник здания может заключить по поводу здания не один, а много разных договоров аренды с разным содержанием, каждый из которых будет регистрироваться (если это требование сохранится). Как только эта, вполне умеренная, истина станет общим достоянием, отпадет нужда и в конструкциях передачи в пользование «части здания».

В качестве санкции за непредставление компенсации наступают последствия, аналогичные последствиям неоплаты доли при учреждении общества.

Сам по себе предусмотренный механизм представляется малоэффективным. Во-первых, не совсем ясно, лежит ли обязанность по компенсации на участнике общества или вообще на собственнике. В пользу первого предположения говорит сам термин «компенсация», который скорее указывает именно на участника, а не на собственника (должника), поскольку во втором случае более уместным было бы применение понятия и механизма убытков. Но если так, норма имеет довольно ограниченный эффект, так как учредитель может уклониться от ее действия путем отчуждения доли.

Во-вторых, остается неясным, действует ли эта норма в изъятие из общих правил об ответственности за нарушение обязательства или она не исключает ответственности и является субсидиарным механизмом на случай невиновного нарушения обязательства, т.е. утраты права пользования внесенным имуществом без какой-либо вины собственника (участника).

Едва ли можно распространить действие нормы ст. 15 Закона об ООО на иные хозяйственные общества по аналогии закона. Следует исходить из противоположного: отсутствие подобного регулирования в Законе об АО и других законах означает отказ законодателя от этого механизма за рамками ООО.

Стало быть, если акционер (бывший акционер) совершит действия, повлекшие утрату акционерным обществом права пользования имуществом, внесенным в уставный капитал, у него не появляется обязанности компенсировать утрату права.

Но это не означает, что нельзя говорить о недопустимости применения к нему общих мер ответственности. Если собственник, передавший имущество обществу на определенных условиях, указанных в договоре учредителей, затем нарушит свои обязательства, то он должен нести ответственность по общим правилам об обязательствах. И при этом совершенно не важно, сохраняет ли он статус участника общества.

Передача этого права третьим лицам по усмотрению владельца, насколько можно судить, затруднена или вовсе исключена хотя бы потому, что право владения/пользования предполагает определенные обязательства владельца по содержанию вещи и по возврату вещи по истечении срока действия права, а значит, требует согласия кредитора (собственника). Едва ли, скажем, собственник согласится на передачу легкового автомобиля, на котором до того ездил менеджер общества, в пользование таксопарку. Нетрудно найти аналогичные примеры для недвижимости.

Кроме того, с технической точки зрения весьма проблематично передать иному лицу право из непоименованного договора.

Немаловажное значение имеет вопрос о **сроке** действия права владения/пользования имуществом, переданным в уставный капитал хозяйственного общества без отчуждения.

Вообще говоря, срочность присуща не только обязательственным правам, но и некоторым вещным¹. Тем не менее кажется, что обязательственным правам срок присущ по самой их природе. Савиньи проводил различие между обязательства-

¹ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 279.

ми и зависимым личным состоянием прежде всего по сроку: «...характер собственно обязательственных действий может быть определен двумя признаками, часто связанными между собой. Во-первых, их объемом... Во-вторых, их продолжительностью, так как исполнение обязательства часто влечет за собой мгновенное прекращение. Обязательство очевидно имеет целью не подчинение самой личности, а только уверенность в исполнении»¹.

Действительно, самой природе современного права противится идея о вечной личной обязанности.

В силу ст. 190 ГК РФ срок определяется календарной датой, истечением периода времени либо указанием на событие, которое неизбежно должно наступить.

С этой точки зрения право, определяемое сроком существования юридического лица, становится бессрочным (как и охарактеризовано право владения/пользования, квалифицированное при этом как обязательственное, в постановлении Президиума ВАС РФ от 8 сентября 1998 г. № 6908/97). Означает ли это, однако, что мы имеем дело с вещным правом? Видимо, нет. Можно, например, вспомнить обязательства из договора аренды, которые могут быть бессрочными, не утрачивая обязательственного характера.

Можно также указать на ст. 1709 ФГК, которая допускает пожизненный наем (аренду), хотя и говорит при этом об «определенном сроке». Однако в этой норме отражена реакция на средневековую «вечную аренду» (и эмфитевзис). В революционном декрете 1790 г. вечная аренда была запрещена и ограничена сроком в 99 лет, а в случае отдачи в пожизненный наем — сроком в три поколения².

Вместе с тем этот пример, как и упомянутые правила о ренте, скорее указывает на архаичность бессрочного (пожизненного) обязательства и заставляют расценивать бессрочность обязательства как анахронизм и отступление от нормы. Но если мы имеем дело с исключением, то возникают сомнения в правомерности введения исключительных условий в случаях, не указанных в законе.

Во всяком случае, исключительность бессрочного обязательственного права владения/пользования должна вводить презумпцию права срочного. Соответственно, следует исходить из предположения, что собственник едва ли будет передавать имущество другому лицу во владение/пользование бессрочно. В этом смысле оправданно выяснять истинные намерения сторон при заключении договора учредителей в части срока и возникающие сомнения толковать в пользу установления срока, а не бессрочности (т.е. действия права в течение всего времени существования юридического лица³).

Если все же окажется, что собственник определенно и несомненно отдал имущество на все время существования общества, то придется признать, что мы имеем дело с бессрочным обязательственным правом, которое прекращается вместе

¹ См.: *Савиньи Ф.К.* Обязательственное право. СПб., 2004. С. 6.

² *Планиоль М.* Курс французского гражданского права. Петроков, 1911. С. 633 (репринт). Если учесть, что Вест-Индская компания существовала 268 лет, то срок существования юридического лица превышает избранную упомянутым декретом меру. Впрочем, изменчивость и ненадежность отечественных социально-экономических укладов может весьма утешить тех, кто опасается такого рода бессрочности.

³ Н. Козлова обсуждает судьбу права после ликвидации общества, в уставный капитал которого оно было внесено без указания срока, и полагает, что это «порождает серьезные проблемы» (Указ соч. С. 299). Думаю, проблем здесь все же нет — в случае ликвидации общества право прекращается.

с самим юридическим лицом. Очевидно, что передача этого же права иным лицам, кроме самого общества, бессрочно невозможна иначе, как по соглашению с собственником.

Дальнейшие суждения также вытекают из того вывода, что обсуждаемое нами право имеет природу права обязательственного (личного). Так, отчуждение имущества собственником третьему лицу¹, если имущество не находится у общества на правах аренды (и тем самым стороны выразили намерение не создавать право следования), дает иск покупателю об истребовании имущества у общества, поскольку он не имеет никаких обязательств перед владельцем по поводу имущества (иск по своей природе является виндикационным). В свою очередь, общество вправе требовать возмещение убытков от продавца (бывшего собственника), а ООО – также и компенсацию по правилам ст. 15 ГК РФ².

¹ С точки зрения передачи вещи (ст. 223 ГК РФ) договор об отчуждении должен содержать условия, predeterminedенные тем фактом, что имущество находится во владении общества. Например, может быть сформулировано условие о приказе обществу выдать имущество покупателю.

² Как уже говорилось, не исключено толкование, что норма ст. 15 Закона об ООО исключает общие правила об ответственности за нарушение обязательства собственником (участником).

ГЛАВА 18 О РАСПОРЯДИТЕЛЬНЫХ ПРАВАХ НЕЗАКОННОГО ВЛАДЕЛЬЦА

Еще 15 лет назад фигура незаконного владельца не признавалась в судебной практике. С тех пор какие-то довольно робкие шаги по легализации фактического владельца сделаны. Одним из таких шагов можно считать Постановление Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003 г.

Теперь не только позитивным правом, но и высшей судебной инстанцией прямо признано незаконное владение (пусть только в виде добросовестного и с упоминанием «прав добросовестного приобретателя» без указания, впрочем, хотя бы одного из этих прав в связи с их отсутствием), и вполне игнорировать владельца уже затруднительно.

Понятно, однако, что Постановление КС РФ от 21 апреля 2003 г. только открывает путь к юридическому освоению владения, но никак не завершает его.

Одним из аспектов, который до сих пор не привлекал большого внимания, является вопрос о праве незаконного владельца на совершение сделок относительно той вещи, которая находится в его владении.

Показательно такое дело.

Д. застраховал автомобиль «Ауди-А6» на случай хищения в ОАО «Военно-страховая компания» в ноябре 2001 г. В апреле 2002 г. застрахованный автомобиль был похищен. После отказа страховщика выплатить страховое возмещение Д. обратился в суд с иском о взыскании страхового возмещения, процентов за пользование чужими денежными средствами и возмещении морального вреда.

В суде страховщик заявил встречный иск о применении последствий ничтожной сделки, сославшись на то, что застрахованный автомобиль не прошел таможенного оформления и потому не мог быть застрахован. Мещанский районный суд г. Москвы в иске о выплате страхового возмещения, процентов и морального вреда отказал, а встречный иск удовлетворил, указав, что договор страхования является незаконным «в силу того, что предмет данного договора является автомобиль, не прошедший установленного законом таможенного оформления, и в связи с этим не являющийся объектом гражданских правоотношений, в отношении которого могли бы заключаться гражданско-правовые сделки». Суд в порядке реституции вернул страхователю страховой взнос.

Добросовестность владельца, насколько видно из решения суда, под сомнение не ставилась.

Как и во многих других случаях, не прошедшие таможенного оформления транспортные средства оказались не только средствами передвижения, но также и средством введения в судебную практику темы незаконного владения, на этот раз — в аспекте распорядительных возможностей незаконного владельца.

Конечно, судом допущена очевидная ошибка. Незаконное владение само по себе не влечет утраты вещью оборотоспособности. Свойство вещи быть объектом гражданских правоотношений зависит от качеств самой вещи, а не от того, кому она принадлежит. Например, ядовитые или радиоактивные вещества ограничены в обороте по своим собственным качествам. Эти качества указываются в соответствующих законах именно как качества вещи¹, а не как свойства их собственников или владельцев.

Нетрудно убедиться, что *добросовестное приобретение вещи, изъятой из гражданского оборота, невозможно*. Ведь любой приобретатель такого рода вещи не может не знать, что отчуждать и приобретать ее нельзя, а значит, он всегда недобросовестный. Так, никогда не может быть добросовестного приобретения наркотиков, не используемых в медицинских целях. Не может быть добросовестным приобретение оружия, взрывчатки и т.п. лицом, не имеющим полученного от компетентных органов разрешения на их приобретение. Этот вопрос, кажется, вполне ясен.

Понятно, что автомобиль – это товар, не изъятый из оборота и даже не ограниченно оборотоспособный. Понятно также, что если мы рассматриваем владельца вещи как добросовестное лицо, то тем самым мы не можем рассматривать приобретенную им вещь как изъятую из оборота или ограниченную в обороте вещь, в отношении которой не могут совершаться сделки.

Следует, видимо, отметить, что ошибочный довод о том, что нерастаможенные товары (а также, надо полагать, арестованные) изъяты из оборота, и ранее приводился защитниками неограниченного действия ст. 131 ТК РФ (1993 г.), запрещающей распоряжение товарами, не прошедшими таможенного оформления. Эту ошибку можно интерпретировать и как признание того, что более убедительных средств против добросовестного владения в действующем праве не обнаружено. Но завершить анализ дела лишь указанием на неверную мотивировку судебного решения, конечно, было бы преждевременно.

На самом деле попытка прибегнуть к расширительному толкованию ст. 129 ГК таит иную проблему – распорядительных возможностей незаконного владельца. Проблема эта довольно обширна и практически не затронута теорией.

Рассмотрим, раз уж мы коснулись страхования, вопрос о праве на страхование вещи, находящейся в незаконном владении. Ключевым является вопрос о наличии или отсутствии страхового интереса. Для того чтобы сориентироваться в этом вопросе, попробуем понять, имеется ли у владельца интерес в вещи², ведь понятно, что права у него нет. Право на вещь остается у собственника, который лишен владения.

¹ О том, что избираемые законом качества вещи отражают ее социальность, отношения между людьми, уже говорилось. Радиоактивность, кстати, будучи физическим свойством, важна для людей, что вполне очевидно.

² Я не вижу оснований отходить от принятой большинством цивилистов концепции страхового интереса как юридической связанности, имущественного права (будущего права). Эта концепция противостоит отождествлению страхового интереса с материальной сохранностью вещи (см., например: *Цитович П.П.* Очерк основных понятий торгового права. М., 2001. С. 332; впрочем, П. Цитович не высказывается достаточно определенно; *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2002. С. 538; *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. М., 2003. С. 324. Вопрос подробно рассмотрен В. Серебровским в цитируемой далее работе).

Нет сомнения, что мы можем описать интерес в вещи как будущее право, поскольку речь идет о добросовестном владельце, ведущем приобретение для давности. Понятно, что если вещь погибнет, то владелец не сможет приобрести ее в собственность по правилам ст. 234 ГК, что следует рассматривать как невыгодные последствия в том смысле, как это принято в страховом праве. Размер выгоды равен в этом случае стоимости вещи. На мой взгляд, этого уже достаточно, чтобы признать за добросовестным владельцем интерес, достаточный для страхования. Страховой интерес добросовестного владельца, насколько известно, никогда и не подвергался сомнению¹.

К сожалению, в п. 2 Информационного письма ВАС РФ от 28 ноября 2003 г. № 75, где рассматривается аналогичный казус со страхованием автомобиля, не прошедшего таможенного оформления, суд ушел от определенного суждения о том, содержит ли добросовестное незаконное владение само по себе страховой интерес, и сослался на то, что страховщик должен был проверить, имелся ли у страхователя интерес в сохранении автомобиля «при заключении договора страхования»².

При том, что само решение, в отличие от приведенного выше решения Мещанского суда г. Москвы, вынесено против страховщика, его мотивировка все же недостаточна для решения вопроса о наличии страхового интереса. Ведь если интерес в сохранении автомобиля у добросовестного владельца «в момент заключения договора страхования» имеется, то он, надо полагать, не может исчезнуть при отпадении доброй совести, т.е. при обнаружении того, что на самом деле автомобиль приобретен с нарушением закона. Интерес — все же объективное, а не субъективное понятие. Кроме того, для приобретения для давности отпадение доброй совести не существенно; она необходима лишь в момент приобретения. Соответственно и интерес в сохранности вещи (будущее право) не исчезает при обнаружении незаконности приобретения вещи. Однако из текста письма ВАС РФ следует, что если страховщик обнаружит незаконность приобретения имущества, то он должен отказать в заключении договора страхования, а если не обнаружит, то не вправе затем ссылаться на отсутствие интереса. Тем самым проблема переводится скорее в плоскость презумпций и доказывания (так и сформулирован тезис³), тогда как вопрос должен быть решен положительно как вопрос материального права.

Это приводит нас к обсуждению страхового интереса у владельца, не имеющего доброй совести с момента приобретения вещи. По смыслу ст. 234 ГК он не может считаться субъектом будущего права, хотя Концепция развития законодательства о вещном праве вполне обоснованно предлагает расширение действия приобретательной давности на владельцев без доброй совести. И тем не менее мы должны признать за ним право на защиту владения хотя бы потому, что иначе нам придется признать возможность неограниченного самоуправства, что принципиально недопустимо и, судя по юридической литературе, не признается никем, даже са-

¹ *Серебровский В.И.* Очерки советского страхового права // Избранные труды по наследственному и страховому праву. М., 2003. С. 374.

² Вестник ВАС РФ. 2004. № 1. С. 81.

³ Там же см. предписание: «При возникновении спора о действительности договора страхования имущества в связи с отсутствием интереса у лица, в пользу которого заключен договор, обязанность доказывать отсутствие интереса лежит на лице, предъявившем требование».

мыми убежденными противниками защиты владения. А если мы хотим считаться цивилизованными и признаем защиту фактического владения, то мы должны признать и интерес в самом сохранении вещи. Действительно, если собственник утратил владение и не может его вернуть, то необходимо найти лицо, которое будет нести социально важное бремя сохранности вещи, ведь общество в целом заинтересовано в том, чтобы имущество, национальное достояние не уничтожилось. Таким лицом, естественно, будет фактический владелец.

Но сохранение вещи, поддержание ее в исправном состоянии включает, помимо права на собственные действия, также и возможность обратиться к помощи иных лиц для той же цели. Эта помощь может быть оказана лишь посредством договоров (хранения, охраны, подряда и др.). Признав интерес фактического владельца в сохранности вещи, мы тем самым признаем и право на заключение договора страхования.

Действительно, страховой интерес увязывается не только с правом, но и с имущественным благом, понятие которого, конечно, шире права. Говорится также о «юридической связанности»¹ — этот термин избран для того, чтобы выйти за рамки права. Само по себе наличие страхового интереса необходимо для ограничения данных отношений от сделок игр и пари, когда судьба имущества рассматривается лишь как повод для вознаграждения². Понятно, что фактический владелец, относясь к имуществу как собственному, никак не может рассматривать его сохранность как повод для игры. Вполне поддается объективному расчету и размер страхового интереса, увязываемый со стоимостью вещи, тогда как в играх и пари сумма выигрыша лишена материального основания и определяется субъективно.

Наконец, другой критерий, ограничивающий страховой интерес, состоит в том, что он «не противоречит воззрениям данного правопорядка»³.

Кажется, скорее именно этот довод затрудняет признание за незаконным владельцем страхового интереса. Если это так, то придется в очередной раз отметить неудачность термина «незаконное владение». Незаконность владения состоит, как известно, лишь в том, что оно ведется не по воле собственника. Но это не означает противоправности. Речь идет в точном смысле слова об отсутствии правоотношений владельца с собственником. Поэтому и взыскание по виндикационному иску (в рамках которого и возникает понятие незаконного владения (ст. 301 ГК)), не является формой ответственности.

Поскольку незаконное владение защищается (п. 2 ст. 234 ГК), оно рассматривается правом как самостоятельная юридическая ценность, причем ценность высшего, гуманистического порядка, о чем уже многократно говорилось применительно к владельческой защите как таковой, достаточно сослаться хотя бы на К. Савиньи, Р. Иеринга и И. Покровского. Тот факт, что отечественное право долгое время не удостоивало владения защиты, говорит не против владения, а скорее против такого права. Поэтому нет оснований считать фактическое (незаконное) владение

¹ *Серебровский В.И.* Страхование // Избранные труды по наследственному и страховому праву. С. 492–493.

² Там же. С. 490.

³ *Серебровский В.И.* Очерки советского страхового права. С. 386.

неправомерным, противоправным. Стало быть, и в этом отношении у нас нет препятствий признавать за незаконным владельцем страхового интереса.

Можно достаточно уверенно заключить, что добросовестный (и незаконный, естественно) владелец во всяком случае имеет право страховать вещь, находящуюся в его владении, независимо от того, утрачена ли им добрая совесть к моменту страхования, поскольку приобретение по давности владения требует наличия доброй совести лишь в момент получения вещи во владение. Полагаю, что то же самое можно сказать и вообще о незаконном владельце независимо от наличия у него доброй совести в момент приобретения вещи и независимо от того, имеет ли он право на приобретение собственности по давности.

Соответственно, страховщик не вправе оспаривать этот договор по мотиву отсутствия права на вещь у страхователя.

Этот вывод позволяет обнаружить, что в некоторых отношениях незаконный владелец имеет более широкие распорядительные возможности, чем законный. Например, арендатор имеет страховой интерес не в сохранности вещи, а лишь в размере получаемых от арендованной вещи доходов. Поэтому и право на страхование арендатором (законным владельцем) риска гибели вещи в свою пользу вызывает сомнения¹.

Тесно связан с правом на страхование вопрос об отношениях владельца к причинителю вреда имуществу, находящемуся в незаконном владении.

Тот факт, что закон прямо не увязывает право на возмещение вреда с правом собственности потерпевшего, а говорит лишь об «имуществе лица», позволяет, видимо, утверждать, что правом на возмещение вреда, причиненного имуществу, обладают не только собственники².

Очевидно, что если рассматривать деликтную ответственность как регулятор поведения не только возможных нарушителей, но и потерпевших, то мы должны все же признать, что решение, отрицающее права незаконных владельцев из де-

¹ Подробнее см.: *Фогельсон Ю.* Страховой интерес при страховании имущества // *Хозяйство и право.* 1998. № 9. Страхование арендатором вещи в пользу собственника является правомерным, хотя бы арендатор и нес ответственность за сохранность имущества по договору аренды (п. 3 Информационного письма от 28 ноября 2003 г. № 75. — *Вестник ВАС РФ.* 2004. № 1. С. 81). В другом деле высказана позиция: хотя владелец автомобиля получил владение по недействительной доверенности, такое владение тем не менее дает право требовать страхового возмещения. В данном случае отсутствует противоправное завладение автомобилем, которое является незаконным владением для целей страхования (постановление Президиума ВАС РФ от 6 февраля 2007 г. № 10950/06). Можно, следовательно, предположить, что незаконное владение в силу недействительности сделки не является порочным в отношениях со страховщиком.

² Ю. Фогельсон отмечает, что причинитель вреда (рассматривается случай дорожно-транспортного происшествия) «должен возместить потерпевшему вред не потому, что нарушил его право, а потому, что причинил ему вред своими неправомерными действиями» (*Фогельсон Ю.Б.* Избранные вопросы общей теории ответственности: Курс лекций. М., 2001. С. 144.).

Далее автор рассуждает об обязанностях перед обществом, отличных от субъективных обязанностей (Там же. С. 144). Я вполне согласен с Ю. Фогельсоном, что третьи лица не имеют перед собственником обязанности не нарушать его права — этот вопрос уже рассматривался выше. Но, думаю, не следует говорить и об обязанностях перед обществом тогда, когда речь идет о запретах. Запрет и обязанность все же не тождественны. В частности, там, где действует запрет, нет того управомоченного лица, в том числе и в виде общества или публичного органа, представляющего общество, которое может потребовать исполнения обязанности. Значит, нет и обязанности. Есть только ответственность за нарушение запрета.

ликта, вступит в противоречие с самим назначением ответственности за причиненный вред.

Необходимо учитывать, что именно владелец — то лицо, от поведения которого в значительной мере зависит возрастание или уменьшение опасности причинения вреда имуществу. Если бы было верным предположение, что причинитель вреда не несет ответственности перед незаконным владельцем (тогда лицом, обладающим правом на взыскание, был бы исключительно собственник), то владелец был бы вынужден принимать дополнительные, превышающие обычные меры по охране имущества, предотвращению различных рисков и т.д. Но эти издержки были бы со всеми основаниями предъявлены собственнику в счет полученного им возмещения, что вступило бы в явное противоречие с интересами самого собственника.

Кроме того, и это представляется более важным, владелец должен иметь возможность преследования от собственного имени нарушителя, включая сбор доказательств, предъявление исков, выбор форм защиты и т.д. Учитывая, что сама по себе ситуация незаконного владения предполагает отсутствие или пассивность собственника, допустившего утрату владения, признание за отсутствующим собственником исключительного права на деликтный иск повлечет практическую безответственность нарушителя, что несовместимо с самим понятием правопорядка и защиты гражданского оборота и гражданского мира.

Следует обратить внимание на то, что владение является традиционным объектом, защищаемым от деликтов в германском праве. При этом говорится именно о защите «ценностей»¹, а фактическое владение, несомненно, ценностью является. Французское право настолько широко толкует понимание вреда, что достаточно ухудшения имущественных перспектив потерпевшего, чтобы возникло право на деликтный иск².

В рамках советского правопорядка А.В. Венедиктов, вообще не жаловавший институт владения, допускал взыскание убытков, причиненных фактическому владельцу «самоуправными действиями нарушителя его владения»³.

Единственное возможное возражение состоит в том, что незаконный владелец, обладая лишь физической властью над вещью, над ее материальной субстанцией, до истечения срока приобретательной давности не имеет права на ее стоимость, меновую ценность. С этой точки зрения получение им компенсации в размере стоимости вещи оказывается лишенным правового основания. Это возражение снимается, однако, тем, что между владельцем и собственником существуют отношения, подчиняющиеся нормам о неосновательном обогащении. В рамках этих отношений и следует регулировать распределение сумм, полученных от причинителя вреда. В частности, владелец вправе, конечно, зачесть необходимые расходы на содержание вещи, на преследование нарушителя и т.п. Если его лишить этого права, то,

¹ Цвайгерт К., Кётец Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права / Пер. с нем. В 2 т. Т. 2 М., 1998. С. 366.

² Там же. С. 390. Следуя традиции ФГК (ст. 1382), ГК Квебека говорит о «причинении вреда другим лицам» (ст. 1457). Такая формулировка концентрирует внимание на противоправных действиях в отношении потерпевшего, что как раз и характеризует защиту фактического владения.

³ Венедиктов А.В. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. М., 2004. С. 350.

как нетрудно понять, никакие суммы с нарушителя вообще не будут взысканы, если затем предполагается кондикционный иск.

Собственник соответственно вправе получить суммы, полученные от причинителя вреда, за вычетом необходимых расходов.

Если возмещение вреда состоит в предоставлении иного аналогичного имущества, то владелец становится его собственником до истечения срока приобретательной давности, но не освобождается от обязательств перед собственником из неосновательного обогащения.

В качестве казуса должен быть рассмотрен и случай причинения вреда (уничтожения вещи) самим собственником. В этом случае, надо полагать, собственник несет деликтную ответственность перед владельцем на общих основаниях. А принадлежащее собственнику право уничтожения вещи следует признать утраченным вместе с утратой им владения¹. В этом случае собственник, на мой взгляд, лишается и права на кондикционный иск постольку, поскольку вред им причинен виновно и тем самым он обнаружил отсутствие интереса в вещи.

Следующим является вопрос о праве незаконного владельца на совершение сделок с имуществом.

Ранее уже говорилось, что признанный законодателем интерес владельца в сохранности вещи дает ему право совершать сделки, направленные на сохранение вещи и поддержание ее в исправном состоянии. Кроме страхования здесь можно указать на договоры хранения (охраны), подряда, перевозки.

Некоторая, впрочем, достаточно отдаленная параллель этой теме прослеживается в споре между судебным приставом² и хранителем, который растратил переданное ему на хранение арестованное имущество и отказался возмещать убытки.

Суд кассационной инстанции в иске о взыскании убытков отказал, полагая, что пристав выступает как «уполномоченный» должника и только должник как собственник имеет право на взыскание убытков. Президиум ВАС РФ отменил постановление кассационной инстанции и оставил в силе решения судов первой и апелляционной инстанций, которыми убытки в пользу поклажедателя-пристава были взысканы³. Кроме того, что здесь правильно опровергнута уже обсуждавшаяся применительно к вопросу об отчуждении имущества на торгах идея представительства судебным приставом должника, я хотел бы обратить внимание также и на то, что договор хранения не требует права собственности на стороне поклажедателя; достаточно признанного правопорядком интереса в сохранности вещи. Что касается судьбы взысканных убытков, то они должны рассматриваться в рамках исполнительного производства как имущество должника, полученное приставом, причем все потери, связанные с утратой имущества и состоящие, например, в невозможности взыскания долга с хранителя и т.п., могут рассматриваться как вред, причиненный судебным приставом вследствие ненадлежащего исполнения своих

¹ В этом выводе не будет ничего необычного, если иметь в виду, что и возможность отчуждения утрачивается вместе с утратой владения (подробнее вопрос рассматривался выше).

² Судебный пристав, как говорилось выше, не является законным владельцем; впрочем, и незаконным он также не является, пока действует в рамках полученной в административном процессе компетенции.

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 17 октября 2006 г. № 7074/06 // Вестник ВАС РФ. 2007. № 1. С. 175–178.

обязанностей (ст. 1069 ГК). За рамками исполнительного производства, если полученные суммы не переданы взыскателям в установленном порядке, собственник имеет право на кондикционный иск к приставу, как это будет показано далее.

Следует признать совершенно недопустимым право хранителя, перевозчика, иных лиц, получивших вещь от незаконного владельца, на отказ от выдачи вещи по тому основанию, что владелец не имеет на нее права. Конечно, требовать выдачи вещи можно было бы и в порядке реституции, если бы закон запрещал подобные сделки. Но такого запрета нет. Более того, квалификация данных договоров в качестве недействительных, лишала бы и хранителя (перевозчика и т.д.) права на вознаграждение, обусловленное договором, оставляя лишь требования из неосновательного обогащения. Поэтому тем более недопустимы попытки самого владельца прибегнуть путем ссылки на незаконность своего владения и ничтожность договора хранения и подобных ему для уклонения от исполнения своих договорных обязательств.

Одним из наиболее сложных является вопрос о праве владельца передать вещь во временное пользование.

Технической возможностью передачи вещи в пользование обладает любое лицо, которое владеет вещью. Закон вводит дополнительное условие как решающий критерий: в силу ст. 608 ГК РФ арендодателем может быть только собственник. Иные лица могут выступать арендодателями в силу правомочия, полученного от собственника, либо имеющие такое правомочие по закону. Очевидно, что незаконный владелец никак не может считаться лицом, управомоченным распоряжаться имуществом, если под правомочием понимать право действовать в чужом интересе (что возможно в рамках договоров комиссии или доверительного управления имуществом). Позиция незаконного владельца вообще исключает возможность действовать в чужом интересе, так как суть этой позиции — отсутствие юридической связи с иными лицами, прежде всего с собственником, тогда как действия в чужом интересе такую связь предполагают. Что касается права (правомочия) на собственные действия в отношении вещи, то незаконный владелец по определению такого права не имеет. «При этом добросовестность или недобросовестность владения не имеет значения»¹.

Следовательно, незаконный владелец не вправе передавать вещь в аренду и совершать иные аналогичные договоры (ссуды и пр.). Если такой договор совершен и вещь передана, то между сторонами возникают отношения, описанные ст. 167 ГК, по возврату всего полученного по недействительной сделке.

Реституция имеется и при недобросовестности владельца, возникшей как после заключения договора аренды, так и до него. Возражение арендатора, основанное на п. 4 ст. 1109 ГК и состоящее в том, что имущество передано по заведомо несуществующему обязательству, не достигнет цели, так как нормы о неоснователь-

¹ *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002. С. 297. Необходимо отметить, что К.П. Победоносцев специально выделил в своем курсе параграф о распоряжении имуществом во время незаконного владения, в котором проводится тот же присущий русскому праву принцип: сделки по отчуждению имущества (а также залогу), совершенные незаконным владельцем независимо от его доброй совести, недействительны. Автор, однако, не затрагивает судьбы сделок, не связанных с отчуждением (Там же. С. 294–297).

ном обогащении применяются к последствиям недействительности сделки лишь субсидиарно, если соответствующие отношения не урегулированы ст. 167 ГК или иными подлежащими применению нормами о недействительности сделок. Поэтому правило ст. 167 ГК о возврате всего полученного вытеснит норму п. 4 ст. 1109 ГК. Это, однако, не исключает возможности предъявления собственником иска к владельцу о неосновательном обогащении в размере полученной от арендатора по ничтожному договору аренды стоимости пользования имуществом (п. 2 ст. 167 ГК). Если же имущество передавалось в пользование безвозмездно, то собственник вправе предъявить иск к пользователю (ссудополучателю по ничтожному договору) в размере сбережения имущества.

На мой взгляд, не исключен и иск собственника непосредственно к арендатору о взыскании арендной платы как неосновательного обогащения в случае сдачи в аренду имущества незаконным владельцем. При этом арендатор освобождается от обязанности вернуть те же суммы владельцу, хотя и не освобождается от обязанности вернуть незаконно полученную вещь. С учетом права собственника на прямое кондикционное требование к арендатору представляется, что сам по себе факт передачи в аренду имущества, находящегося в незаконном владении, не дает собственнику права на иск о применении последствий ничтожности договора аренды между незаконным владельцем и арендатором, если собственник не докажет определенного интереса в реституции (например, тем, что арендатор неплатежеспособен, либо тем, что имущество может быть им утрачено и стать предметом первоначального приобретения третьими лицами, что пресечет право собственника на получение сумм неосновательного обогащения и т.п.).

Право незаконного владельца на отчуждение вещи, в отличие от иных аспектов, касающихся распорядительных возможностей незаконного владельца, — традиционный сюжет юридической литературы. Отсутствие в ГК РФ прямого запрета на продажу и отчуждение чужой вещи иногда расценивается как свидетельство допустимости таких сделок. Преобладает, впрочем, противоположный взгляд, решительно отрицающий возможность распоряжения вещью против воли собственника. Этому подходу придерживается и судебная практика¹.

На самом деле прямого запрета на распоряжение чужими вещами не требуется, поскольку принцип распоряжения правом собственности не иначе, как по воле собственника, вытекает из всей системы частного права. В силу ст. 209 ГК собственнику принадлежит вся полнота права на вещь. Право собственности может быть ограничено только законом или интересами других лиц. Понятно, что это делает излишними дополнительные запреты, адресованные третьим лицам. Напротив, пределы права собственности описываются законом путем изъятий и ограничений, адресованных собственнику, а не третьим лицам.

Известно, что право собственности на вещь может возникнуть из сделок, совершенных не собственником, а иными лицами (продажа залога, в том числе ломбардом, продажа вещи в порядке удержания, продажа вещи неисправного должника с торгов и др.). Все эти случаи, имеющие то или иное основание, прямо указаны в законе. Они выступают как исключения из общего правила, согласно которому

¹ Подробнее этот вопрос рассматривался раньше.

вещь может быть отчуждена только по воле собственника. Это устраняет необходимость какого-либо общего запрета, лишаящего третьих лиц права на отчуждение чужой вещи. Такой запрет был бы излишним и бессмысленным.

Итак, незаконное владение исключает возможность отчуждения имущества. Это правило, само по себе вполне логичное, влечет ряд осложнений, в частности, на стадии ликвидации лица, имеющего статус незаконного владельца.

Понятно, что если владелец ведет владение для давности, то его правопреемник в порядке универсального правопреемства продолжает это владение. Если владение не обладает свойствами, указанными в ст. 234 ГК, то отдельная передача вещи вне состава имущества (наследственной массы или передаваемого при реорганизации) не имеет природы сделки, т.е. не охватывается правилами о правопреемстве и носит исключительно фактический характер.

В том случае, когда правопреемство не возникает, т.е. при ликвидации, в том числе банкротстве, невозможно продолжение владения вещью независимо от его квалификации. В связи с этим возникают проблемы юридического положения вещей, находящихся в незаконном владении лица, подвергнутого процедурам ликвидации.

Понятно, что если вещь, находящаяся в незаконном владении, не может быть им отчуждена, то она не может быть и включена в конкурсную массу должника и не может быть реализована в порядке конкурса. Нет никакой возможности передачи ее кредиторам, учредителям, иным лицам, так как такие действия имеют природу (невозможных) сделок об отчуждении вещи и влекут только незаконное владение. Видимо, на этот случай можно предложить следующее.

Очевидно, что вещь, находящаяся в незаконном владении, получена по недействительной сделке. Следовательно, ее владелец имеет право на реституцию. Это право скорее всего может быть предметом цессии и зачета. Примеры из судебной практики, подтверждающие признание судами права на цессию и зачет требований о реституции, известны.

Если так, то владелец может уступить в порядке цессии, в том числе путем продажи, право на реституцию. Это возможно после признания сделки недействительной судом.

По совершении цессии права на реституцию цессионарию передается и сама вещь. Передача вещи в этом случае не является распорядительной сделкой о вещи и не переносит на цессионария никакого права на вещь; не переносится и владение для давности. Дело в том, что в рамках реституции присуждение производится не по праву; соответственно и вручение вещи не имеет характера сделки, акт является исключительно фактическим. А для такого акта нет никаких юридических препятствий.

Аналогично решается и проблема реализации права на собственную вещь ликвидируемой организации, находящейся в чужом незаконном владении. Здесь достаточно одной уступки права на получение вещи в порядке реституции.

В завершение мне бы хотелось, несколько расширив тему главы, обсудить недавно возникший частный вопрос о праве на имущество, находящееся в законном владении, поскольку здесь так же затрагивается возможность внесения чужого имущества в конкурсную массу.

Общество с ограниченной ответственностью «КОМТЕКС» обратилось в арбитражный суд с иском об освобождении от ареста, наложенного службой судебных приставов, объектов недвижимости.

Исковые требования мотивированы тем, что объекты недвижимости, на которые наложен арест во исполнение взыскания недоимки и пеней с компании, принадлежат истцу в силу заключенного им с компанией договора купли-продажи и акта приема-передачи недвижимого имущества.

Решением суда первой инстанции в удовлетворении исковых требований отказано. Это решение было отменено судом апелляционной инстанции, иск был удовлетворен.

Оспаривая принятое постановление, ответчик ссылался на то, что право собственности могло возникнуть у истца лишь после государственной регистрации перехода права собственности на недвижимое имущество. Кроме того, исполнение договора купли-продажи объектов недвижимости истцом (покупателем) вызывает сомнения.

Принятые судебные акты были отменены Президиумом ВАС РФ, который не согласился с тем доводом, что истец как покупатель является законным владельцем спорного имущества и вправе заявить об освобождении спорного имущества от ареста, указав, что право требовать освобождения имущества от ареста принадлежит собственнику имущества. Следовательно, истец, не являясь собственником спорного имущества, не вправе требовать освобождения его от ареста¹.

Вероятно, спор не возник бы, если бы судебный пристав-исполнитель, накладывая арест, обеспечил бы и владение объектом недвижимости, например, взяв его под охрану. Тогда не было бы возможности передать этот объект иным лицам по договору купли-продажи независимо от даты заключения договора. Таким образом, отпал бы и предмет спора. А вот попытки суда отреагировать на сомнения в заключении и исполнении договора утверждением, что законный владелец не вправе требовать освобождения имущества от ареста, трудно признать бесспорными.

Возникает, конечно, вопрос: подлежит ли включению в конкурсную массу имущество, проданное и переданное должником, но не ставшее собственностью покупателя? С одной стороны, это имущество еще остается в собственности должника и он, стало быть, не лишен права его продать. С другой стороны, он уже не может вернуть имущество ни виндикационным иском, так как покупатель является законным владельцем, ни договорным, так как все переданное по договору не может быть возвращено даже при его расторжении (ст. 453 ГК). Поскольку судебный пристав не может иметь прав больше, чем их имеет собственник, то и изъятие имущества приставом дает законному владельцу право потребовать освобождения имущества от ареста и исключения из описи. Удовлетворение этого иска влечет за собой и исключение имущества из конкурсной массы. Это, впрочем, не означает, что активы должника не могут быть пополнены за счет обязательственных требований к покупателю (например, об уплате покупной цены).

Однако если договор исполнен обеими сторонами, то мы должны прийти к выводу, что отношения по поводу вещи между продавцом и покупателем прекращены. Ведь обязанность обратиться за регистрацией права собственности на объект недвижимости не может рассматриваться как обязательство из купли-продажи,

¹ Постановление от 26 августа 2003 г. № 8501/03.

имеющее имущественный характер; тем более оно не является и вещным правом. Следовательно, это право не подлежит защите путем предъявления иска об освобождении имущества от ареста. Таким образом, требуя освобождения вещи от ареста, покупатель по исполненному договору купли-продажи уже не может защищать свое право к продавцу: у него такого права нет. Само по себе надлежащее исполнение договора — это прекращение обязательства. Таким образом, позиция покупателя (законного владельца) приближается к позиции незаконного владельца, поскольку она состоит в том, что отрицается имущественная связь между покупателем и собственником. Тем самым обосновывается и исключение имущества из конкурсной массы.

Теперь мы можем оценить также и перспективы внесения в конкурсную массу имущества, находящегося в чужом незаконном владении. Продажа этого имущества дает покупателю лишь обязательственное право требования к продавцу, но не право собственности. Такое право после ликвидации продавца прекращается и утрачивает всякую ценность. Поэтому более перспективным является уступка права по реституции, как об этом говорилось выше.

ГЛАВА 19

ЗАЩИТА ВЛАДЕНИЯ И РЕСТИТУЦИЯ

Пребывание владения в реальности (мире вещей), на границе права, т.е., в переводе на язык юридических понятий, в качестве факта, а не права, проявляется самым наглядным образом в формах защиты владения.

Самым простым объяснением феномена владельческой защиты было бы отнесение ее на неразвитость архаичных юридических институтов, если бы, во-первых, не было бы нелепым само допущение о неразвитости римского права, а во-вторых, владельческая защита не сохранилась бы в современном праве (например, в ГГУ)¹. Напротив, отсутствие в нашем праве владельческой защиты требует объяснения и, во всяком случае, едва ли свидетельствует о его совершенстве.

Суждение Шершеневича о том, что «чем меньшею определенностью отличается правовой порядок в данное время в данной стране, тем более основания к организации подобной облегченной защиты»², казалось бы, должно привести к выводам, что в нашей стране до недавнего времени были основания для развития «облегченных форм». Но даже поверхностное знакомство с советским укладом заставляет отказаться от таких взглядов. Наблюдение Шершеневича, видимо, восходит к известному этапу в истории, обязанному рецепции римского права, когда владельческая защита получила широкое распространение и развитие, хотя оснований для утверждения о совершенстве правовой системы в целом не было. Иными словами, если гражданский оборот не находит достаточно упорядоченного строя вещных отношений, в том числе по причинам слабости публичной власти либо неразвитости правовых институтов, неизбежно будут упрощаться формы защиты, «простые и надежные» конструкции будут приспособляться к текущей жизни.

Но едва ли предметом обсуждения цивилистики XIX в. могла стать ситуация, когда вытесняется сам гражданский оборот. Конечно, этот процесс не может не сопровождаться упрощением, примитивизацией права, но ведь и давление оборота на право снижается, отпадает необходимость замещения утраченных правовых форм, соответственно ослабевают, сходят на нет поиск в историческом арсенале недостающего инструментария.

Как бы то ни было, мы видим, что российским правом утрачена классическая владельческая защита. Конечно, это не значит, что следует вовсе отказаться от ее изучения. Может быть, даже, наоборот, придется уделить ей больше внимания, в противном случае нам будет нелегко понимать систему права, а соответственно решать конкретные ситуации, возникающие и в отечественной, и в зарубежной практи-

¹ Достаточно развитая владельческая защита в общем праве требует специальной оценки в связи с тем, что в ее рамках происходит и защита собственности: общее право, как известно, четко не отделяет собственности. Но вообще говоря, нормальная владельческая защита всегда используется собственником, а не только владельцем.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 153.

ке. Ведь, исходя из единства и единственности права, однажды возникшие юридические формы даже после упразднения продолжают оказывать свое воздействие.

Наконец, остается все же надежда на возрождение владельческой защиты, как это видно из Концепции развития законодательства о вещном праве.

Следует учитывать, что если раньше эта проблема была «совершенно не доступна человеку, не получившему юридического образования»¹, то и теперь положение отнюдь не стало легче, особенно учитывая качество нашего образования.

Суть владельческой защиты состоит в том, что ни истец, ни ответчик не могут ссылаться на свой титул, право собственности либо иное право, дающее владение, равно как и ссылаться на отсутствие такого титула у другой стороны. Тем самым защищается фактически существующая принадлежность вещи. Поскольку владение всецело материально, «посюсторонне», его нарушение может произойти только в результате столь же реально ощутимых обстоятельств, т.е. прежде всего насилия (а также кражи и пр.). Из истории владения известны и другие основания защиты, например угроза, заявление и т.п. Но нужно признать вслед за Савиньи, что и владение, и владельческая защита не приобрели бы известных юридических форм без этого первоначального и всегда сохраняющегося импульса — защиты от насильственного посягательства.

Собственно владельческая защита обычно классифицируется тремя группами интердиктов (в современном, например, германском праве это иски): направленных на удержание существующего владения (*interdicta retinendae possessionis*); о возвращении насильственно или тайно утраченного владения (*interdicta recuperandae possessionis*); об установлении владения впервые (*interdicta adipiscendae possessionis*), причем эти последние считаются квазивладельческими².

Интердикт *uti possidetis* включал формулировку: «Запрещаю применять силу для того, чтобы вы владели (этой недвижимостью) иначе, чем так, как владеете», а действующий для движимостей интердикт *utribi* включал оговорку о том, что защиту имеет владелец, провладевший вещь большую часть года: «...запрещаю применять силу ради того, чтобы помешать увести с собой», поэтому он допускал передачу владения, тем самым обнаруживается и восстановительная функция интердикта. В позднем праве *interdicta utribi* был уравнен с *uti possidetis*. Владение, добытое от другой стороны насилем, тайно или прекарно (до востребования), не защищалось.

Установленное интердиктами владение имело временный характер и с процессуальной точки зрения определяло положение сторон в петиторном иске о праве на вещь, причем позиция владельца, полученная в интердиктном производстве, давала преимущества ответчику (им и был владелец), перелagая бремя доказывания титула на другую сторону — на истца, «ибо гораздо удобнее владеть самому и заставить противника нести тяготы истца, чем предъявлять иск о собственности, когда владеет другой»³.

В Средние века эта защита привела к возникновению ординарного владельческого иска (*possessorium ordinarium*), который наряду с разрешением вопроса о вла-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 151.

² Римское частное право. М., 1948. С. 185. Квазивладельческие они потому, что им не предшествовало владение, т.е. нельзя буквально говорить о нарушении владения потерпевшего.

³ Дигесты. 6.1.24. С. 133.

дении запрещал нарушение на будущее время и предусматривал возмещение убытков, причиненных нарушением владения¹.

По рекуператорному (восстановительному) *interdictum de vi* истцом выступает всякий, кто утратил владение в результате насилия над личностью (изгнание владельца, воспрепятствование доступа, но не насилия, вынуждающее к передаче вещи). Ответчиком выступает лицо, совершившее насилие, независимо от владения спорной вещью. Присуждение состоит в восстановлении владения, возврате плодов, возмещении убытков.

Дальнейшие изменения этого средства защиты привели к возникновению в каноническом средневековом праве *actio spoliī* с весьма сильным действием, по которой независимо от насилия владение должно быть восстановлено, если лишение владения произошло против воли прежнего владельца. *Actio spoliī*, в отличие от владельческих интердиктов, применялась не только против нарушителя (*spoliator*), но и против третьих лиц, приобретателей вещи². Процессуальным следствием возражения (*exceptio spoliī*) был узаконенный отказ потерпевшего отвечать по всяким искам, пока не будет восстановлено утраченное владение³. Это средство было разработано классиком канонического права Грацианом, который в основание своей аргументации поставил вопрос: «Должно ли быть восстановлено правовое состояние тех, кто был изгнан, кто бы они ни были?» Положительный ответ на вопрос привел к утверждению правила, названного *canon redintegranda* (правило реституции)⁴.

Весьма близка к интердиктной отмеченная Шершеневичем в русском праве позапрошлого века полицейская защита: сенатские указы 1820 и 1823 гг. «предписывают полиции немедленно по получении жалобы на насильное завладение приводить в ясность, в чьем владении было имение тогда, когда учинено было насилие, после чего и возвращать его тому, у кого оно отнято, не входя при этом в рассмотрение представляемых сторонами документов, так как это уже дело суда»⁵.

Эта форма уже отмечалась в более древнюю эпоху. Например, Сергеевич выводил из нормы Новгородской судной грамоты «ино судити наперед наезд и грабеж, а о земле после суд» различие посессорной и петиторной защиты. (Г.Ф. Шершеневич считал, что здесь «скорее делается отличие между уголовным и гражданским делом»⁶.)

В германском праве защита владения сохранена в виде требования владельца о восстановлении утраченного владения от лица, владение которого по отношению к истцу является порочным, а также в виде требования об устранении нарушений владения (§ 861–862 ГГУ).

¹ *Дернбург Г.* Пандекты. Т. 1. Ч. 2: Вещное право. СПб., 1905. С. 45–49.

² *Никонов С.П.* Развитие защиты владения в средневековой Европе. Харьков, 1905. С. 144.

³ *Дернбург Г.* Указ. соч. С. 50–55. Подробнее см.: *Никонов С.П.* Развитие защиты владения в средневековой Европе. С. 73–156.

⁴ *Берман Г.* Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М.: Изд-во МГУ, 1998. С. 426.

⁵ О регулировании владельческой защиты российским законодательством XIX в. см. также: *Казанков В.Б.* Владение – факт или право? (Из истории русской дореволюционной цивилистики) // Правоведение. 1988. № 2. С. 74.

⁶ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. С. 154, 172.

Как видно, собственно владельческая защита отличается рядом характерных признаков, не позволяющих спутать ее с другими средствами. Среди них можно отметить: *насилие как главный повод для вмешательства власти, недопущение спора о праве (титуле), оперативность, предварительный и временный характер защищенного положения*. «Владелец лишается своего владения, лишь только другое лицо судебным порядком, в форме иска о праве, докажет наличие у него права на владение, возникшего на основании какого-либо титула, и обнаружит отсутствие у наличного владельца такого права на владение»¹.

Конечно, серьезным вопросом является объяснение специфической формы защиты владения. Д. Дождев отмечает, что «административный характер защиты владения показывает, что владение — это то вещное право, которое признается за индивидом как членом публичной организации общества и объектом административного управления» (и тем самым это право противопоставляется иным социальным связям, в которые индивид интегрирован в гораздо большей степени). Автор приводит замечание Пухты, который считал владение «особым видом прав личности»², и резюмирует: «...атомизированный характер публичного восприятия отношения закономерно придает любой ситуации индивидуальной принадлежности значение владения — подлежащей уважению со стороны всех граждан фактической связи индивида с вещью»³.

Эта логика, подчеркивающая исторические обстоятельства возникновения владельческой защиты, когда выделение индивида из архаичных форм общности происходило прежде всего через публичные отношения, утрачивает свою силу применительно к более поздним стадиям в развитии права, сориентированным на вполне независимое лицо во всех сферах. Остается считать специфику владельческой защиты продуктом исторического развития, необходимость в котором сохраняется потому, что защищаемые ценности сохраняют важность для общества, а средства их защиты не искажают целостности правовой системы.

Известны объяснения такого рода, подчеркивающие эффективность и оперативность посессорной защиты, дающие ей технические преимущества перед петиторной и имеющие свой источник в нуждах оборота. Отличия тогда кажутся не столько качественными, сколько количественными.

Но в любом случае заметно, что владельческая защита, элиминировав личные связи владельца, и на самом деле исходит из его предельно атомизированного, лишённого качеств (что резонирует с бедным юридическим содержанием владения) положения, так что обнаруживаемая здесь степень изоляции, независимости достигает, пожалуй, крайних значений в праве, приобретающих такую силу, что теперь уже количественные отличия переходят в качественные.

¹ Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996. С. 272.

² Это широко распространенное суждение, которое, на мой взгляд, наиболее корректно описывает владение как объект защиты, содержит в себе, как может показаться, парадокс: личным правом объявляется позиция, состоящая в связи с некоторой вещью, причем заведомо вне обсуждения вопроса о наличии права на эту вещь. Иными словами, налицо внешняя, сугубо материальная связь, и притом она квалифицируется как *личное* право. Личным же это право является потому, что его нарушение возможно не иначе как путем личного деликта, прежде всего насилия против *личности* владельца. Всякое иное неличное нарушение будет уже затрагивать *право* и потому уйдет из сферы собственно владения.

³ Дождев Д.В. Основания защиты владения в римском праве. М., 1996. С. 33.

Основные формы владельческой защиты в общем описываются приведенной выше схемой.

Дальнейшие проблемы связаны уже с защитой титульного, законного владения, а такая защита является не владельческой (посессорной), а петиторной, защитой по титулу. Следовательно, мы переходим в иную сферу отношений. Однако необходимо отметить, что, хотя и не возникает сомнений в том, что у нас, как замечал А.В. Венедиктов, нет посессорной защиты, а есть только петиторная¹, в нашем праве это обстоятельство редко акцентируется², в результате чего, например, виндикация на обыденном уровне рассматривается как владельческая защита, а это влечет за собой не просто неточные формулировки в процессуальных документах, но и неверные представления о системе права в целом. Приходится, например, нередко слышать, что защита по титулу, предоставляемая на основании ст. 305 ГК, — это и есть владельческая защита и другой защиты владения не бывает³.

¹ *Венедиктов А.В.* Государственная социалистическая собственность. М.: Л., 1948. С. 564–565. Конечно, речь идет об активной, исковой защите. Пассивная защита на стороне ответчика (в форме возмещения против иска, эксцепции) в случаях, предусмотренных, например, ст. 302 ГК, имеется.

Поскольку вместе с утратой посессорной защиты исчезла и нужда в ее отграничении от петиторной, сам этот термин стал малоизвестным. Поэтому есть смысл напомнить определение Гая: «Петиторная формула та, в которой истец утверждает, что вещь его» (*Гай*. Институции. 4, 92. С. 297).

² Впрочем, А.В. Венедиктов был противником введения в законодательство посессорной защиты, и эти рекомендации «были учтены» (см.: *Иоффе О.С., Райхер В.К., Толстой Ю.К.* Анатолий Васильевич Венедиктов: Очерк жизни и деятельности. Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. С. 41). На мой взгляд, возражения А.В. Венедиктова против посессорной защиты не снабжены сколько-нибудь убедительными аргументами. Известный советский цивилист приводит, пожалуй, лишь один довод, гласящий, что придется совмещать петиторные и посессорные иски и допускать возражения о праве в рамках посессорных споров (*Венедиктов А.В.* Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. М., 2004. С. 355). Мне этот аргумент не кажется достаточно весомым, чтобы отказаться от защиты владения (кстати, нынешняя владельческая защита по ст. 234 ГК не допускается против собственника и законного владельца, т.е. подразумевается право ответчика заявить о своем титуле, а значит, налицо смешение посессорной и петиторной защиты).

При этом А. Венедиктов, приводя высказывание Б.Б. Черепашина о беззащитности владельца в советском праве, не оспаривает его, но в то же время продолжает возражать против владельческой защиты «по принципиальным и практическим соображениям» (*Венедиктов А.В.* Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II С. 356). Может быть, принципиальным А.В. Венедиктов считал то, что «в условиях более урегулированного правопорядка» владение практически всегда на стороне управомоченных (Там же. С. 345). Но считать имущественный строй, сложившийся после войны, когда писалась цитированная работа А.В. Венедиктова, «урегулированным правопорядком» даже в тех политических условиях было весьма трудно. Другие доводы А.В. Венедиктова, например, тот, что стол находок, выдавая вещь, может и не потребовать от потерявшего доказательств права на эту вещь и тем самым «в ряде случаев» фактическое владение получить защиту (Там же. С. 350), представляются и вовсе неубедительными и скорее доказывают обратный тезис о беззащитности владельца в рамках советского правопорядка.

³ Эта инерция заметна даже на уровне терминологии. Выражение «защита незаконного владения» (при том, что термин «незаконное» — конечно, неудачный, но традиционный для нашего права), как можно судить, нелегко дается юристам. Может быть, надо подумать о замене термина? Например, говоря о приобретении по давности, В. Витрянский и Е. Суханов воспользовались оборотом «беститульный» владелец (*Витрянский В.В., Суханов Е.А.* Защита права собственности: Науч.-практ. коммент. // Защита права собственности: Сб. нормативных актов и материалов арбитражной практики с научно-практическим комментарием / Сост. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М., 1992. С. 15).

Впрочем, иногда высказывается суждение, имеющее корни в позитивистской теории права, что беститульное и незаконное владение — нетождественные понятия. Сторонники этого взгляда полагают, что если владение ведется и против воли собственника (например, удержание, владение по давности), но предусмотрено законом, оно является беститульным, но законным. Верность этого подхода

Между тем если учесть, что «чем более правовая система выступает в защиту владения, тем более собственник стимулируется к поддержанию физического контроля за вещью, находящейся в его владении»¹, то можно обнаружить связь между патернализмом в частном праве и отсутствием владельческой защиты. Поэтому, если мы вовсе не коснемся здесь, хотя бы весьма бегло, виндикации, это никак не сможет помочь прояснению проблемы.

Первой формой в истории виндикации должен быть признан *legis actio sacramento in rem*. Согласно этой древнейшей форме спора о вещи, представляемом как «примитивная драма»², по словам Д. Диошди, каждая из спорящих сторон виндцировала, заявив, что вещь принадлежит ей «по праву квиритов», и вносила специальную сумму как заклад – *sacramentum* (размер суммы соответствовал размеру большой или малой жертвы храму в зависимости от ценности спорной вещи). Заклад проигравшей стороны становился *sacramentum iniustum* и утрачивался в пользу государства, заклад выигравшей стороны возвращался ей. Как бы побочным следствием этого процесса была передача вещи победителю. Основа всей процедуры выражена в словах: «Виндикация не творит право, но совершение ее неправомочным лицом составляет деликт»³.

Для современного юриста структура этого иска может показаться странной. неизбежно возникает вопрос, что произойдет, если ни одна из сторон не сможет доказать право собственности и если выяснится, что вещь не принадлежит ни одной из них⁴. Существуют различные попытки разрешить эти трудности. Наиболее известна теория относительной собственности М. Казера: поскольку судья в любом случае обязан принять решение, он должен присудить объект одной из сторон, даже если ей не удалось доказать «полную собственность». Вследствие этого процесс выигрывался стороной, доказавшей «лучшее право», поэтому древнее право еще не было абсолютным, а только «лучшим правом владения сравнительно с данным противником»⁵.

Диошди выдвигает свое объяснение иска, полагая, что спор лишь сначала разворачивается как симметричный и двусторонний, а затем процесс сводится к выяснению права на вещь ответчика, поскольку в архаичном праве защита собственности первоначально была связана с подозрением в краже и сам иск сохранял еще характер обвинения⁶. Отвергая в целом теорию М. Казера, Диош-

вызывает сомнения потому, что стандартная защита законного владения, предусмотренная ст. 305 ГК, не дается ни лицу, удерживающему вещь, ни владельцу по давности.

Кроме того, незаконное владение – понятие более широкое, чем владение беститульное. Во всяком случае, их отождествлению (а тем более допущению, что законное владение шире титульного) мешает то, что незаконное владение – феномен, рожденный ГК РФ (до того – ГК РСФСР) с его ст. 301, 305 и потому вполне отечественный. А титульное (беститульное) владение связано с классической системой понятий, в том числе с титулом как основанием, договором о приобретении вещи. Этот вопрос подробнее рассматривался выше.

¹ Маттеи У., Суханов Е.А. Основы права собственности. М., 1999. С. 105.

² В первобытном обществе состязание, суд и драма практически не различались, выполняя одни и те же задачи.

³ Дождев Д.В. Основание защиты владения в римском праве. С. 75.

⁴ Diosdi G. Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law. Budapest, 1970. P. 94.

⁵ Внесенные в эту теорию коррективы состояли в том, что в некоторых случаях существовала и абсолютная собственность (Diosdi G. Op. cit. P. 95–96).

⁶ Ibid. P. 96–103.

ди подчеркивает существенное обстоятельство, которое сохраняет силу и для современного права (на него обращает внимание и Я. Шапп): относительность судебного решения не определяет сущности права собственности. И современное судебное решение также относительно в том смысле, что оно относится лишь к сторонам, что не означает, конечно, наличия относительного правоотношения между собственником и незаконным владельцем. Присуждение вещи истцу не исключает того, что она на самом деле принадлежит третьему лицу, не участвовавшему в процессе¹.

Следующим и наиболее известным средством защиты стал *rei vindicatio*, от которого произошел и наш виндикационный иск. Это — иск невладельческого собственника к владельцу вещи, если последний не выдает ее. Главный вопрос, подлежащий выяснению, состоит в проверке права собственности истца. Таким образом, налицо два важнейших качества иска: его вещный характер, т.е. он предъявляется вслед за вещью, а не в силу личной юридической связанности истца и владельца, и петиторный характер, т.е. обсуждаются не обстоятельства нарушения владения, а право на вещь, как основание защиты.

Если собственник не утратил вещь, то он не имеет данного средства: спор о титуле сам по себе не мог привести к иску. Ответчиком является любой владелец вещи, а также невладелец², если он умышленно избавился от владения до начала процесса либо ложно выдавал себя за владельца и спровоцировал иск.

Бремя доказывания лежит на истце, который должен доказать право собственности путем обоснования способа его приобретения. Если само приобретение было производным, приходилось доказывать право предшественников. Доказательство считалось выполненным, если доходило до первоначального приобретателя или охватывало переходы вещи за срок приобретательной давности.

Ответчик имел право продолжать удерживать вещь, если имел более сильное право на владение или держание (залог, узуфрукт), а также если имел право на возмещение издержек (отдельного иска по компенсации издержек у ответчика не было, поскольку в момент их совершения у него не было намерения обязать истца).

Присуждение по иску состояло в выдаче вещи истцу. В зависимости от добросовестности ответчика решался вопрос о последствиях случайной гибели вещи и о выдаче плодов.

Отказ в выдаче вещи (в классическую эпоху принудительно вещь не могла быть исторгнута) приводит к присуждению интереса, размер которого истец заявляет под присягой (выплата этой суммы с точки зрения правопорядка расценивалась как выплата покупной цены и порождала тем самым право на вещь ответчика)³.

Традиционно этот иск считался сложным средством защиты из-за трудностей в доказывании (в Средние века доказывание титула собственности по виндикации получило наименование «дьявольского», хотя, как считает Диошди, нет достаточных оснований утверждать, что в римском праве были столь же сложные и жесткие правила доказывания)⁴.

¹ *Diosdi G.* Op. cit. P. 105.

² Это возможно, потому что присуждение могло состоять в денежной сумме.

³ *Хвостов В.М.* Указ. соч. С. 259–262; *Дернбург Г.* Указ. соч. С. 144–158.

⁴ *Diosdi G.* Op. cit. P. 160–163.

Виндикация продолжает защиту средствами *ius civile* и потому должна считаться следующей формой за *legis actio sacramento in rem*, однако между ними трудно заметить преемственность, что вообще нехарактерно для консервативного римского права. Диосиди объясняет это обстоятельство тем, что существовало промежуточное средство защиты — *agere in rem per sponsionem*, так же, как и *legis actio sacramento in rem*, имеющее форму пари, однако уже переносящее бремя доказывания права на истца. Этот переворот автор объясняет тем, что с возникновением посессорной преторской защиты владелец уже определенным образом обосновал свое владение, по крайней мере снял обвинение в краже. Теперь при повторном рассмотрении спора исковыми (а не интердиктными) средствами вновь возлагать бремя доказывания на ответчика было бы уже неуместно. Поэтому именно истец должен был обосновать свое притязание доказательствами своего права на вещь. Так, «процесс *per sponsionem* совместно с владельческими интердиктами вымостил путь» для виндикации¹.

Важнейшим (и весьма усложняющим картину) обстоятельством было то, что «развитие юридических средств защиты собственности следовало двумя параллельными путями»². На этом втором пути важнейшей вехой стало появление *actio Publiciana*. Ее параллельность можно понимать почти буквально, если согласиться с мнением М. Казера, считавшего, что это преторское средство было «смоделировано в соответствии с петиторным иском собственника»³.

Основой и причиной этого иска была неформальная передача вещи (традиция), а фикция *usucapio* одновременно отражала и первоначальное применение средства именно для владения до истечения срока приобретательной давности⁴.

Публицианов иск возвращает потерянное владение добросовестному титулованному приобретателю. По этому иску истец должен иметь добросовестное владение, которое отвечает всем требованиям, необходимым для приобретения по давности (*usucapio*). В саму формулу иска претор ввел фикцию, что давностный срок уже истек и предписал оказать такую защиту, какую получил бы в данном случае собственник.

По условиям иска истец должен был владеть вещью и затем утратить ее. В отличие от виндикации вещь возвращается не от каждого иного лица, а только от менее управомоченного владельца. Например, *actio Publiciana* не дается против собственника, кроме случая, когда последний продал вещь и передал по неформальной *traditio*. Право публициановского владельца может быть названо «относительным вещным правом». Ответчик присуждается так же, как по иску о праве собственности, но также вправе выдвинуть те же встречные притязания.

Этим иском может воспользоваться и собственник, учитывая, что доказывание по такому иску гораздо проще, чем по виндикационному⁵ (в связи с чем существует теория, объясняющая происхождение самой этой формы необходимостью преодолеть сложности доказывания).

¹ *Diosdi G.* Op. cit. P. 150–153.

² *Ibid.* P. 149. Непосредственной причиной этого было, конечно, известное несовпадение *ius civile* и *ius honorarium*, но нельзя игнорировать и выражение тем самым некоторого параллелизма, или, точнее, несовпадения владения и собственности.

³ *Ibid.* P. 156.

⁴ *Ibid.* P. 158–160.

⁵ *Хвостов В.М.* Указ. соч. С. 296–298; *Дернбург Г.* Указ. соч. С. 158–162.

Существующий в российском праве виндикационный иск, имея черты как *rei vindicatio*, так и *actio Publiciana*, правда, без присущей классическому праву формальной строгости, обычно трактуется как способ защиты владения, хотя, как мы видим, речь идет не о владельческой, а о петиторной защите, основанной не на факте владения, а на определенном праве, предусматривающем владение вещью.

Нужно заметить, что присуждение по виндикационному иску не является само по себе мерой ответственности. Ответчик — незаконный владелец не рассматривается законом как правонарушитель и имеет защиту от третьих лиц (ст. 234 ГК) и от самого собственника при определенных условиях. Основанием для этого вывода является то, что незаконный владелец, в отличие от законного, не имеет никаких обязанностей перед собственником.

Частными следствиями из того, что виндикационный иск не служит средством привлечения владельца к ответственности, является отсутствие вины ответчика как условие присуждения по виндикации, невозможность взыскать убытки посредством виндикации.

Распространение виндикационной защиты на сферу законного владения в силу ст. 305 ГК порождает проблему соотношения двух способов защиты — вещного и обязательственного — у владельца в зависимости от вида связи с ответчиком. Время от времени возникает и вопрос о чертах владельческой защиты у иска, заявленного по ст. 305 ГК.

Действительно, можно ли считать владельческой (посессорной) защиту на основании ст. 305 ГК? Очевидно, что здесь речь идет о законных владельцах — тех, кто имеет право на вещь, основанное на договоре с собственником или на законе (вещное право). Соответственно, если нарушено такое владение, то истец защищает свое право. Не доказав наличия у него права, он лишается и исковой защиты. Это, конечно, — петиторная защита, защита по титулу. Впрочем, в ст. 305 ГК имеется существенная оговорка: законное владение защищается и против собственника. Вспомним, что главная черта владельческой защиты — независимость ее от титула, права. Как следствие, владелец может вернуть вещь и от собственника (что не исключает последующего титульного иска со стороны собственника). Может показаться, что ст. 305 ГК вводит хотя бы частично элементы такой владельческой защиты.

Но попробуем разобраться. Статья 305 ГК отсылает к нормам ст. 301–304 Кодекса. Главный вещный иск — виндикационный сформулирован в ст. 301 ГК так: «Собственник вправе истребовать свое имущество из чужого незаконного владения». Легко поставив здесь на место истца законного владельца, что и вытекает из ст. 305 ГК, мы, однако, обнаруживаем, что собственнику роль ответчика подходит гораздо меньше: ведь собственник не может оказаться незаконным владельцем.

На самом деле если возникает спор о владении вещью между законным владельцем и собственником, то этот спор не может быть ничем иным, как обсуждением взаимных, относительных прав на вещь¹. Но если спор имеет относительный, лич-

¹ Например, если арендодатель забрал имущество у арендатора, ссылаясь на свое право собственности, а арендатор потребовал имущество вернуть по ст. 301 ГК, то суд тем не менее будет обсуждать наличие арендных отношений, действительность аренды и тому подобные обстоятельства, характеризующие личные отношения сторон. Этот вопрос уже обсуждался в главе о владении.

ный характер, то иск утрачивает черты вещного иска, а защита по ст. 305 ГК против собственника никак не может считаться владельческой защитой¹.

Этого, кажется, не учитывает В.К. Андреев, когда говорит, что норма ст. 305 ГК, давая защиту законному владельцу против собственника, приводит к тому, что «требования, основанные на праве собственности (виндикационные и негаторные иски), распространяются и на обязательственные отношения, что окончательно нивелирует содержание вещных и обязательственных прав»².

Введенная ГК РСФСР 1922 г. виндикационная защита права собственности имела, впрочем, заметные отклонения от известной модели. Особое внимание привлекает не привилегированная защита государственной собственности, уже получившая всестороннюю оценку в процессе реформирования гражданского законодательства, а отсутствие в ГК РСФСР 1922 г. (как и в сменившем его гражданском законодательстве 60-х гг.) приобретательной давности. Возникшая брешь не могла не сказаться на всей системе вещных прав. Главным следствием стала ситуация, когда вещь, своевременно не истребованная от незаконного владельца, оставалась в его владении без определенного основания.

Д.М. Генкин полагал, что в случае пропуска срока исковой давности для виндикации имущество следует считать бесхозяйным по основаниям ст. 68 ГК 1922 г.³ Едва ли, однако, такое решение можно считать корректным, поскольку в силу этой нормы бесхозяйным считалось имущество, собственник которого неизвестен или которое не имеет собственника. Ближе к смыслу закона была позиция Б.Б. Черепахина, считавшего, что пропуск давности не лишает собственника права собственности, а лишает только исковой защиты (практически это означало, что добровольное возвращение вещи собственнику являлось правомерным).

Не случайно поэтому судебная практика искала выход на пути продления срока исковой давности⁴.

Выводом из этой ситуации стало предложение об установлении приобретательной давности⁵, которое было реализовано лишь в новейшем законодательстве.

Впрочем, и в этом случае проблема полностью не разрешилась. Во-первых, поскольку срок приобретательной давности превышает срок давности исковой, постольку возникает разрыв во времени, когда собственником считается одно лицо, а владение и некоторую защиту этого владения имеет другое. При этом ни массовое правосознание, ни публичное право не оказались готовы к освоению этой ситуации разделения владения и собственности.

Во-вторых, ограничение узукामी только добросовестным владением, которое само подлежит еще доказыванию, оставляет без какого-либо регулирования всякое прочее владение, которое могло за пределами виндикации получить хотя бы

¹ Не будем здесь касаться защиты ограниченного вещного права против собственности: даже когда не обсуждается договор с собственником как основание такого права, защита всегда имеет петиционный характер, защищается именно право, а не фактическая позиция.

² Андреев В.К. Правовые проблемы распоряжения и управления федеральной собственностью // Государство и право. 1999. № 4. С. 45.

³ Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М., 1961. С. 210–211.

⁴ Там же.

⁵ Там же. С. 215.

предварительную защиту посессорными средствами, если бы они допускались нашим законодательством.

Можно предположить, что в результате такой частичной урегулированности трудности будут нарастать по мере вовлечения пока еще в основном косного имущества в гражданский оборот, когда кроме пассивной защиты наличного владения станет ощущаться потребность и в активной защите, т.е. в отсуждении вещей от иных незаконных владельцев, а также возникнет необходимость отчуждения этих вещей.

Здесь в первую очередь обнаруживается проблема **идеологии защиты владения** в российском праве.

М.Г. Масевич рассказывала, как в ответ на возбужденную, даже с некоторой экзальтацией, критику одним из юристов принятого закона другой заметил: «Не расстраивайтесь, неужели вы сомневаетесь, что если один¹ что-то придумал, то мы все вместе с этим не справимся?». Такие массовые состояния — факт хорошо известный; позитивное право не может разом преобразовать сознание юристов. Напротив, каждый новый масштабный закон (и ГК РФ, к сожалению, не исключение) подвергается таким толкованиям и практическим интерпретациям, что смысл многих юридических конструкций размывается, если не утрачивается.

Представления о защите только права, но не фактической позиции («незаконного владения»), как нетрудно заметить, преобладают среди нынешних юристов.

Ситуация сейчас такова, что невозможно двинуться дальше, пока хотя бы наиболее активная и культурная часть юридического корпуса не освоит тех бывших когда-то общеизвестными истин, что защита владения имела всегда, что от нее невозможно отмахнуться, потому что она коренится в самых недрах оборота, что существуют разные подходы к защите владения, но какой-то из них должен быть обязательно (и желательно сознательно) избран, чтобы избежать хаоса в этой сфере имущественных отношений, существующей независимо от того, готовы ли юристы к ее освоению.

Проблема владения отнюдь не сводится к пустым рассуждениям о владении как о «правомочии» собственника, входящем в триаду. Дело не только в том, что триадой не исчерпывается и никак не схватывается сущность собственности. Проблема владения, как уже говорилось, возникает постольку, поскольку владение оказывается противопоставленным собственности. Рожденная системой традиции всегда возможная и часто возникающая в действительности коллизия собственности и владения и составляет суть проблемы владения.

Ригоризм римского права с его неограниченной виндикацией вещи от любого владельца обнаруживает, как известно, логику натурального (аграрного) хозяйства. А возникшее в средневековом праве правило «Hand muss Hand wahren», в силу которого добросовестный покупатель становился собственником (§ 932 ГГУ), полярно изменило ситуацию. Весьма жесткий по отношению к владельцу подход римского права был заменен на противоположный: здесь логика оборота одержала верх над аграрной юридической идеологией.

Конечно, нужды оборота сами по себе не являются юридическим феноменом и могут лишь так или иначе отзываться в собственно юридических формах. Глав-

¹ Сейчас бы сказали: депутат, но дело было несколько десятилетий назад.

ным юридическим фактором, противостоящим приоритету собственности, является, как известно, добрая совесть владельца.

В формальном смысле добрая совесть, как известно, появляется как рефлексия здравого смысла на архаичный ритуал сделки. С содержательной точки зрения добрая совесть приобретателя имеет тенденцию замещения им собственника. Это хорошо заметно, когда речь идет о возмездных сделках: здесь добросовестный приобретатель, отдавший цену за вещь, выступает как собственник (отданных денег), что заставляет считаться с ним так же, как с собственником спорной вещи. Стало быть, идеологическая борьба с добросовестным приобретателем за чистоту титула собственности — это не только борьба с торговым духом, с властью оборота, но и борьба с собственником денег. Именно этот факт, видимо, делает заведомо бесплодными попытки избежать ограничений собственности в обороте, превращая ситуацию, по замечательному выражению Демого, в «безысходную».

В ГК РСФСР не было норм о защите только владения, незаконного владения. Впрочем, нужно заметить, что при прежнем укладе нужда в них была невелика: защита владения независимо от титула, производимая административными средствами и направленная, следовательно, против насильственного посягательства, желательна при высокой степени хозяйственной самостоятельности владельцев и сравнительно невысокой активности публичной власти в хозяйственной жизни, вследствие чего административное вмешательство власти производится не иначе как по запросу частного лица. Конечно, в момент принятия ГК 1922 г. и тем более в последовавший период ничего подобного в нашей экономике не было; не случайно А. Венедиктов был всегда противником владельческой защиты в социалистическом праве.

Однако само по себе отсутствие владельческой (посессорной) защиты не может не повлечь крайнего упрощения всей системы права и вытекающей из этого редукции проприетарной идеологии до элементарного и бедного почти до утраты содержания тезиса о защите права собственности от нарушений со стороны третьих лиц.

Кажется, именно по этой причине с самого начала коллизия собственности и владения в обороте, как и средства ее выражения в ГК РФ, потеряла адекватные очертания и стала восприниматься как малопонятное ограничение собственности, а сегодня, когда теоретический базис начала прошлого века почти полностью утрачен, уже без обиняков характеризуется как «изъясн в цивилистической модели», влекущий «безосновательное приобретение права собственности»¹.

Не проясняют проблемы и попытки трактовать ограничение виндикации с позиций ст. 1 ГК. Например, В. Сенчишев пишет об «институте запрета, в определенных случаях, виндикации вещи у добросовестного приобретателя (см. статью 302 ГК РФ), что вытекает из принципов «необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты», закрепленных в ст. 1 ГК РФ»². Очевидно, что В. Сенчишев рас-

¹ Сворцов О.Ю. Вещные иски в судебно-арбитражной практике. М., 1998. С. 57–59. Такие взгляды отнюдь не единичны. Имеется критика этой позиции. См.: Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. 2-е изд. Ч. 1. М., 1997. С. 445.

² См.: Сенчишев В.И. Объект гражданского правоотношения // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. М., 1998. С. 131–132.

смачивает ограничение виндикации по ст. 302 ГК как форму защиты права. А ведь в ст. 301–302 ГК в качестве ответчика выступает незаконный владелец, т.е. лицо, заведомо не имеющее права на вещь. Следовательно, здесь защищается не право, а другие ценности, причем на норму ст. 1 ГК о неприкосновенности собственности и восстановлении нарушенных прав скорее следовало бы ссылаться истцу — собственнику вещи, а не ответчику. Похоже, что В. Сенчищев, как и О. Скворцов, не допускает возможности защиты не права, а фактического состояния. Понятно, что такой подход, весьма распространенный¹ и, пожалуй, преобладающий сегодня, в принципе исключает признание за посессорной защитой сколько-нибудь существенного места в системе права.

Впрочем, еще в 1926 г. гражданская коллегия Верховного Суда отмечала «ничем не оправдываемое стремление судов к наиболее полной защите интересов частного собственника в ущерб интересам добросовестного приобретателя»². Хотя, надо полагать, судьи того времени, а тем более автор комментария, не считали ограничения виндикации «изъянами» в законах о собственности, влияние утраты идеологии защиты владения в обоих случаях трудно не заметить.

Даже общеизвестная идея Иеринга о том, что в случае коллизии собственности и владения приходится выбирать «меньшее зло», против которой и направлен пафос И. Покровского³, редко находит поддержку в современной аудитории. Приходится слышать, что идеальное решение, позволяющее защитить собственника без всякого ущерба иным лицам, может быть найдено (несмотря на тысячелетнюю историю его безуспешного поиска), нужно лишь умело применять нормы ГК РФ.

Если попытаться сформулировать выводы из таких взглядов и настроений, то можем получить, что защита собственности должна получать приоритет перед защитой владения. Владение оказывается тогда большим злом, вопреки истории европейского права, в том числе российского дореволюционного.

¹ Например, Г. Свердлык и Э. Страунинг, обсуждая пределы защиты от посягательств на имущество, говорят только о защите права собственности (см.: *Свердлык Г., Страунинг Э. Способы самозащиты гражданских прав и их классификация // Хозяйство и право. 1999. № 1. С. 39–40*). Между тем из приведенных авторами примеров и из смысла самозащиты вытекает, что она охватывает также и фактическое владение, ведь иначе придется допустить, что посягательство на незаконное владение не может отражаться. Это само по себе приведет к полному крушению правопорядка (необходимо иметь в виду, что защита владения в принципе неотделима от защиты личности, т.е. самообороны; вопрос владения — это всегда вопрос насилия), а в ситуации добросовестного незаконного владения и невозможно, так как владелец считает себя собственником, имеющим все права, в том числе и право на защиту.

В том же смысле высказывается и А. Труба. Присоединяясь к оценке владения в порядке удержания как незаконного, он, однако, считает, что самозащита, применяемая ретентором, «есть следствие применения юридической фикции законности владения ретентора» (*Труба А.Н. Субъективное право удержания и пределы его осуществления: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 13*). Таким образом, автор не видит оснований защиты незаконного владения именно как фактического владения, владения без основания. Нужна, как ему кажется, хотя бы фикция (на самом деле фикция вводится только законом, а закон такое предположение о фикции не поддерживает) наличия права, иначе самоуправство оправданно.

² Гражданский кодекс РСФСР с постатейно-систематизированными материалами / Под ред. С. Александровского. 3-е изд. М., 1928. С. 323.

³ Имеются в виду неоднократно уже упоминавшиеся слова И. Покровского, написанные им в 1916 г. в виду надвигающегося насилия и бесправия: защита владения — это «кульминационный пункт», «наивысшее торжество» идеи уважения к человеческой личности.

Отсутствие классической владельческой защиты (кроме усеченных средств, предусмотренных п. 2 ст. 234 ГК) говорит в пользу того предположения, что в российском ГК создана система неполной защиты владения, во многих случаях дающая приоритет собственнику, либо, что еще хуже, не дающая нужных юридических средств ни владельцу, ни собственнику (например, когда речь идет о заданном имуществе, которое не может быть ни виндицировано, ни приобретено по давности, либо когда имущество может быть отобрано у собственника против его воли без всякого права на защиту).

Причем, и здесь сосредоточены главные трудности, большинство специалистов не становятся твердо на какую-либо позицию с тем, чтобы устранить пороки, которые несет в себе любая незавершенная законодательная конструкция, а, напротив, предлагают новые решения, которые лишь усложняют положение.

Например, в п. 25 постановления Пленума ВАС РФ от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» говорится, что, если собственником заявлен иск о признании недействительной сделки купли-продажи его имущества, совершенной неуправомоченным на отчуждение лицом, и о возврате имущества, переданного покупателю, и при разрешении данного спора будет установлено, что покупатель отвечает требованиям, предъявляемым к добросовестному приобретателю (ст. 302 ГК), в удовлетворении исковых требований о возврате имущества должно быть отказано. Причем, «если право собственности подлежит государственной регистрации, решение суда является основанием для регистрации перехода права собственности к покупателю»¹. Эта идея воспринята в 2004 г. и путем поправки к ст. 223 ГК.

Нетрудно заметить, что здесь налицо стремление избежать усложняющей ситуации разделения владения и собственности. Логика очевидна: если уж истец, несмотря на обязанность ответчика «представить суду неопровержимые доказательства своего неведения» относительно отсутствия у продавца права отчуждать имущество², все же не смог виндицировать имущество, то лучше сразу отдать собственность на спорную вещь ответчику, нежели создавать ситуацию разделенной собственности и владения в течение всего срока приобретательной давности.

Стало быть, здесь не столько защищается собственность против владения, сколько устраняется возможность их разделения, когда право собственности принадлежит одному лицу, а владение без титула — другому.

Вообще говоря, норма ст. 183 ГК 1922 г., сейчас повторенная (хочется сказать — в виде фарса) в ст. 223 ГК РФ, никогда не умирала в теории; для того, чтобы убедиться в этом, достаточно просмотреть учебники гражданского права, изданные после 1964 г. Почти везде указывалось, что отказ в виндикации по существу означает возникновение собственности на спорную вещь у ответчика. Понятно, что в этих взглядах выражены не «торговый дух», не нужды оборота, который был практически свернут в то время, а необходимость логически завершить систему норм

¹ Вестник ВАС РФ. 1998. № 10.

² *Иванова Н.Р.* Защита права собственности в арбитражном суде: Комментарий арбитражной практики. М., 1999. С. 116. Автор следует ясно выраженной позиции ВАС РФ о презумпции недобросовестности (см., в частности, п. 24 вышеупомянутого Постановления Пленума ВАС РФ от 25 февраля 1998 г. № 8).

о собственности при очевидном «разрыве», допущенном ГК в части соотношения собственности и владения. Здесь выражалась не столько экономическая необходимость, сколько доктринальная. Даже с появлением приобретательной давности, когда стало ясно, что незаконный владелец не может стать сразу собственником независимо от того, предъявлялся ли к нему виндикационный иск, инерция доктринального латания системы права сохранялась.

Ясна и направленность этой инерции — избежать таких ситуаций, когда владение и собственность разъединяются, упростить юридическую картину мира. Между тем развитый оборот приводит к пестроте, множественным переходным ситуациям, фиксирующим частный баланс интересов субъектов оборота. Чем сложнее устроено право, тем легче интерес каждого находит свое воплощение. Примиитивизация, упрощение вносят «ясность», но разрушают и право, и экономику. В противном случае идеальным регулятором был бы устав внутренней службы.

Возможно, в этой тенденции корректировки не столь уж сложного российского ГК с позиций дальнейшего его упрощения выражено сознание несовершенства наших юридических кадров, равно как и состояния юридической практики. Но трудно понять, как можно улучшать и кадры, и практику, если не ставить перед теми и другой задачи на уровне современного гражданского права.

Пока же можно заметить, что и в теории, и в практике владение оказывается на обочине или даже за пределами права.

Во-первых, отсутствует система владельческой защиты. Это означает возможность несанкционированного насильственного отобрания имущества у незаконного владельца без всяких частнопроводных последствий для нарушителя.

Во-вторых, в ряде случаев имущество навсегда выбывает из оборота (например, когда владелец не располагает доказательствами добросовестного приобретения).

В-третьих, никак не разработана публично-правовая сторона владения. В результате этого публичное право (налоговое и др.) знает только собственника, но не владельца.

Все эти проблемы нуждаются в решении (и, как видно из Концепции развития законодательства о вещном праве, в значительной мере решаются), но здесь важно подчеркнуть, что в значительной мере их появлению способствовало отсутствие в среде юристов сколько-нибудь влиятельной идеологии защиты владения; ведь только в рамках этой идеологии возможен поиск адекватных мер разрешения коллизий собственности и владения, тогда как создание системы права, вовсе лишённой элементов защиты владения, представляется утопией.

Как сказывается состояние идеологии защиты владения на практике, можно судить, например, по проблеме соотношения виндикации и реституции.

В литературе приведен такой пример: до приватизации имущество находилось в хозяйственном ведении госпредприятия. Оно не было включено в уставный капитал и оказалось во владении третьих лиц. Вправе ли приватизированное предприятие (АО) теперь заявить виндикационный иск? С.Ф. Савкин отвечает отрицательно¹.

Действительно, если для простой владельческой защиты достаточно доказать предыдущее фактическое владение и его нарушение, то для виндикации нужно еще

¹ См.: *Савкин С.Ф.* Споры, возникающие из правоотношений собственности и аренды: Судебно-арбитражная практика // Государство и право. 1997. № 2. С. 72.

иметь и титул, право. Собственность здесь отсутствует, так как нет приема-передачи (т.е. включения в уставный капитал путем утверждения акта оценки имущества), без которой собственность не возникает (ст. 223 ГК). Ранее установленное право хозяйственного ведения, даже как право, лишенное владения, не может сохраниться, так как такого права нет у негосударственных организаций в силу ГК РФ. Но если нет титула, нет и виндикации. А владельческая защита законом для этого случая не предусмотрена.

Другой аспект этой проблемы виден из такого дела. Часть здания, принадлежавшая АО «Востоккурортпроект», была продана в порядке реализации залога, выданного в обеспечение кредита, с публичных торгов, проведенных народным судом, и приобретена ТОО «ДальФЭК-АКОН». Покупатель предъявил иск к должнику, продолжавшему занимать здание, о выселении, т.е. о передаче владения, сославшись на ст. 151 ГК РСФСР (ст. 301 ГК).

Возник вопрос о применимости виндикации. Тот факт, что ранее истец не являлся владельцем спорной вещи, сам по себе не препятствует виндикации, поскольку ст. 301 ГК не содержит такого предварительного условия (в этом отношении иск сходен с известным из римского права квазивладельческим интердиктом о введении во владение). Проблема в другом. Истец не является не только владельцем, но и собственником, поскольку собственность возникает в момент передачи вещи, а после торгов такой передачи не последовало¹. Суд предложил решить спор в зависимости от того, является ли истец «добросовестным приобретателем» имущества².

Формулировка, конечно, сомнительная: добросовестный приобретатель (незаконный владелец) может быть только ответчиком, а не истцом по виндикационному иску.

Более десяти лет назад в связи с типичным делом я вынужден был задуматься над проблемой разграничения реституции и виндикации, которая тогда почти не привлекала внимания цивилистов³. При рассмотрении иска комитета по управлению имуществом о признании сделки приватизации недействительной было установлено, что приватизированный объект был впоследствии отчужден третьим лицам, которые также были привлечены в процесс. Признав недействительной сделку приватизации, а также последующую сделку по отчуждению имущества, суд встал перед вопросом: вправе ли истец истребовать спорный объект по ст. 167 ГК, т.е. в порядке реституции, либо должен применяться виндикационный иск.

На поверхности лежат отличия этих средств: при виндикации не встает вопрос о возврате выплаченных за истребуемую вещь покупных сумм, но возможно возращение о добросовестности приобретения; нормы о возврате всего полученного

¹ Для сравнения: «Если поле принадлежит кому-либо на основании покупки, то покупатель не может обоснованно предъявить [виндикационный] иск, пока поле не передано ему и затем владение не утрачено» (Дигесты. 6.1.50. С. 135).

² Вестник ВАС РФ. 1996. № 10. С. 53–54.

³ Результатом этих размышлений стала статья «О защите владения», опубликованная в журнале «Закон» в декабре 1997 г. Тогда никакой литературы о владении, кроме работ начала XX в. (и небольшого количества исторических исследований), не было. Впоследствии из этой статьи выросли главы настоящей книги, посвященные владению. Впрочем, с тех пор вышло множество самых разных работ о владении, о реституции и пр.

по сделке и возвращении сторон в первоначальное положение (реституции) о добросовестности не упоминают, но предусматривают встречные денежные расчеты при аннулировании купли-продажи; иск о реституции замыкается на другой стороне сделки, тогда как виндикация идет за вещь независимо от числа сделок и передач; иск о виндикации будет потерян, как только ответчиком будет утрачена вещь, тогда как иск о реституции при утрате вещи ответчиком будет удовлетворен, но с присуждением денежной компенсации; исковая давность по виндикации исчисляется с момента, когда истцу стало известно об утрате владения, тогда как исковая давность по реституции для ничтожной сделки начинает течь с момента исполнения договора.

Здесь, пожалуй, необходимо несколько отвлечься и обсудить уместность рассмотрения механизма реституции в связи с проблематикой защиты владения.

Связь реституции и владельческой защиты, вообще говоря, может выводиться из идеи восстановления первоначального положения. Еще Грациан, обосновывая *actio spoli*, исходил, как говорилось выше, из вопроса: нужно ли вернуть имущество лицу независимо от его прав на это имущество, если владение было утрачено вследствие насилия или обмана? Именно положительный ответ на этот вопрос и привел к обоснованию сполли.

Если наряду с обманом поставить недействительную сделку, то мы получим тот же вопрос.

Кроме того, связь виндикации с недействительностью сделки (недействительность сделки создает незаконное владение¹, т.е. легитимирует ответчика по виндикации) также обнаруживает ту же связь, если учесть, что именно на почве виндикации у нас вообще обычно ставится вопрос о защите владения.

По этим причинам обсуждение любого вопроса, связанного с возможностью истребования вещи от стороны недействительной сделки, неизбежно приводит нас к фигуре фактического (незаконного) владельца, почти не известного праву. Поэтому материал главы, посвященной защите владения, оказался в значительной мере сосредоточен вокруг последствий недействительной сделки², а то,

¹ Президиум ВАС РФ, впрочем, квалифицировал в одном из дел эту ситуацию так: поскольку общество приобрело здание по ничтожной сделке, оно является «незаконным собственником, не имеющим права распоряжения данным имуществом. Поэтому последующие сделки с указанным имуществом, заключенные между обществом и другими участниками, являются ничтожными, а покупатели — незаконными собственниками» (Постановление Президиума ВАС РФ № 16524/03 // Вестник ВАС РФ. 2004. № 8. С. 42). Термин «незаконный собственник» представляется сомнительным даже с учетом того обстоятельства, что владелец (все равно законный или незаконный) может быть в любой момент времени лишь один, а данный спор был связан именно с проблемой пассивной легитимации, т.е. с определением надлежащего ответчика по виндикационному иску при том, что спорное имущество прошло через несколько рук. В процессе произошла замена ненадлежащего ответчика — процедура неизбежная, если в ходе рассмотрения виндикационного иска выясняется, что спорная вещь находится во владении другого лица. Эта замена не влечет изменения предмета иска.

Собственник — это лицо, имеющее право собственности. Наличие права исключает обозначение обладателя права как незаконного. Отсутствие права (независимо от государственной регистрации) исключает наименование этого лица собственником. Таким образом, сочетание «незаконный собственник» невозможно (а законный собственник — это тавтология). По тем же причинам не может быть «недействительного права собственности».

² Некоторые другие аспекты защиты владения по соображениям удобства размещения материала рассмотрены в следующих главах.

что эти проблемы кажутся иногда почти неразрешимыми, можно видеть, например, из такого дела.

Борисов В. приватизировал свою квартиру и продал ее АО «Огни Арбата», которое в свою очередь обменяло приобретенную квартиру на коммунальную квартиру с гражданами Дьяченко, Жуковскими, Абрамовыми, причем в обмен были вовлечены и иные жилые помещения. В бывшую квартиру Борисова вселилась Жуковская В. Коммунальная квартира далее была продана агентству «Контакт».

Суд, установив, что при приватизации квартиры Борисовым В. были нарушены права недееспособного Борисова И., на этом основании признал недействительными договор приватизации квартиры и договор мены, а также выселил из квартиры Борисовых Жуковскую В. без предоставления иного жилого помещения.

Отменяя это решение, президиум Московского городского суда сослался на то, что при применении последствий недействительности сделки стороны возвратили не все, что ими получено по сделкам, в результате чего участники спора не приведены в первоначальное положение, причем «суд не обсудил вопрос о возможности признания недействительным договора мены только в части мены жилых помещений с Жуковскими»¹.

Проблема состоит в том, что если признание недействительной сделки влечет за собой аннулирование всех основанных на ней последующих сделок, то это само по себе еще не означает, что тем самым производится реституция всеми участниками, и в любом случае предусмотренное реституцией перемещение имущества не может происходить между лицами, не вступавшими непосредственно в договор друг с другом. Поэтому трудно согласиться с таким подходом, который настойчиво предлагают некоторые авторы, когда истец стремится, ссылаясь на нормы о реституции, получить утраченную им в результате недействительной сделки вещь не от другой стороны сделки, а от третьих лиц только потому, что они оказались ответчиками в сложносоставном процессе о недействительности связанной одной вещью цепи сделок.

Конечно, нельзя исключить той вероятности, что истца можно вернуть в первоначальное положение, затронув не всех ответчиков (в данном случае этот подход прослеживается в рекомендации суда обсудить возможность только частичного аннулирования договора мены). Но это, конечно, вопрос удачи. Кроме того, такая избирательная отмена приводит к принципиальному противоречию: ведь если отпало исходное основание — приватизация квартиры, то и все вытекающие из этой сделки следующие акты утрачивают силу, или, как это афористически сформулировано Верховным Судом РФ применительно к другому жилищному делу, «отношения собственности, основанные на недействительной сделке, также являются недействительными»².

¹ Бюллетень ВС РФ. 1996. № 4. С. 9–10. Сходные проблемы возникли и при рассмотрении другого жилищного дела. См.: Бюллетень ВС РФ. 1997. № 4. С. 19–20. Впоследствии подобные жилищные споры стали поводом для обращения добросовестных приобретателей квартир в Конституционный Суд РФ с заявлением о проверке конституционности ст. 167 ГК. Как известно, КС РФ в своем Постановлении от 21 апреля 2003 г. высказался в пользу защиты добросовестного приобретателя и подтвердил наличие баланса в защите прав собственника и добросовестного приобретателя.

² Бюллетень ВС РФ. 1995. № 8. С. 1.

«Недействительных отношений собственности», как и «недействительного права собственности», конечно, не бывает. Но этот вопрос заслуживает отдельного рассмотрения.

Л. Эннекцерус отмечает, что если иск о возмещении вреда из порочного договора является личным, то «действие оспаривания сделки, напротив, распространяется на всякое третье лицо»¹.

Нетрудно представить себе, что при определенном умножении числа сделок, вытекающих из недействительной сделки, их цепь может настолько увеличиться, что реституция становится практически невозможной. В данном деле уже сложилась именно такая ситуация, и этим объясняются как отмененное решение, выборочно затронувшее только часть из цепи сделок, так и рекомендации надзорной инстанции, не вполне последовательно предлагающей выбрать для реституции другие более приемлемые с точки зрения исполнимости объекты².

В фундаментальной работе М. Брагинского и В. Витрянского о теории договорного права был затронут вопрос, до того уже довольно остро поставленный судебной практикой, о последствиях недействительной сделки для собственника неправомерно отчужденной вещи.

По мнению В. Витрянского, «то обстоятельство, что покупатель может оказаться в роли добросовестного приобретателя, в отношении которого закон не допускает виндикации, не должно служить препятствием для предпринятия собственником иска о последствиях недействительности ничтожной сделки»³.

В соответствии с этими взглядами находится и практика многих судов общей юрисдикции, проявившаяся в таком, например, деле.

Квартира, принадлежавшая Багдасаряну, была продана «неустановленным лицом» Зорогляну. Этот договор был оспорен прокурором г. Сочи в интересах Багдасаряна (собственника). В иске неоднократно отказывалось по тому основанию, что Зороглян является добросовестным приобретателем, и жилое помещение не может быть от него истребовано. По протесту заместителя Председателя Верховного Суда РФ решение было отменено по тому основанию, что собственник вправе избрать такое средство защиты, как применение последствий недействительной сделки, а поскольку собственник денег по договору купли-продажи не получал, то он свободен от обязанности вернуть покупную цену в порядке реституции.

Характерно, что суд, верно отметив, что добросовестность не имеет значения для применения ст. 167 ГК, затем пытается все же обосновать ту позицию, что при-

¹ Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права Т. 1. Полутом 2. М., 1950. С. 212, 223–224. Отличие германского права заключается в том, что в силу абстрактности вещного договора недействительность сделки об отчуждении вещи не затрагивает, как говорилось выше, силы вещного договора (но его конечно, должно совершить правомочное на отчуждение лицо), поэтому в качестве следствия признания договора недействительным применяются нормы о возмещении вреда из деликта, о неосновательном обогащении в зависимости от наличного основания.

² Характерные колебания судов разных инстанций, очевидно избегающих возвращать уже переехавшие семьи в прежние квартиры, хорошо заметны и в другом жилищном деле, возбужденном по требованию о применении последствий ничтожной сделки о распоряжении жилыми помещениями, гораздо проще объясняются именно упрощенным толкованием реституции в практике, неизбежно приводящем к несбалансированным решениям, чем не столь уж сложным вопросом о повторной приватизации жилья, на котором в конечном счете упокоилось это конкретное дело (Бюллетень ВС РФ. 1998. № 4. С. 5–6).

³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2007. С. 813; см. также: Витрянский В.В. Недействительность сделок в арбитражно-судебной практике // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сб. памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский. М., 1998. С. 131–153.

обретатель не мог не понимать, что вещь приобретается незаконно, а собственник не может считаться утратившим владение по своей воле, так как для недвижимости передача владения заменяется регистрацией прав, а потому нельзя говорить о передаче владения «без документов, содержащих волю собственника на отчуждение имущества»¹ — вывод весьма спорный, ведь под утратой владения в смысле ст. 302 ГК понимается фактическая передача вещи, а не сделка.

В этой противоречивой аргументации, как и в том обстоятельстве, что дело неоднократно рассматривалось, нельзя не заметить колебаний судов в применении того подхода, согласно которому собственник вправе, доказав незаконность сделки по распоряжению его имуществом, требовать передачи ему этого имущества, оставив все прочие вопросы, в том числе и компенсации переданного по сделке, в стороне.

Понятно, что рассмотрению этой позиции должна предшествовать хотя бы краткая оценка значения добросовестности для применения последствий недействительности сделок.

Мы можем легко заметить, что основание ничтожности сделки, предусмотренное ст. 168 ГК, — несоответствие сделки требованиям закона или иных правовых актов — на самом деле включает в себя, впрочем без формальных разграничений, составы, имеющие весьма различную природу. Во-первых, сюда относятся прямые легальные запреты на совершение тех или иных сделок (например, купля-продажа государственного имущества помимо порядка, предусмотренного законодательством о приватизации)².

Во-вторых, под действие ст. 168 ГК приходится отнести и ненормативные публичные запреты (арест, наложенный судом³ и т.п.).

В-третьих, наконец, по основаниям ст. 168 ГК являются ничтожными сделки по отчуждению чужого имущества.

Говоря о сделках, запрещенных законом, Л. Эннекцерус подчеркивает, что «поскольку сделка ничтожна, она не может стать действительной и впоследствии (не может избавиться от порока); добросовестное приобретение на основании такого (ничтожного) распоряжения не пользуется защитой»⁴.

Такой подход не чужд и нашей практике даже с учетом разницы в гражданском законодательстве двух стран.

¹ Бюллетень ВС РФ. 1999. № 8. С. 16–17.

² Только к этому основанию сводит ничтожность сделки Л. Новоселова, указывая, что «ничтожность сделки определяется ее противоречием требованиям закона или иных правовых актов, о содержании которых стороны должны были знать» (Новоселова Л.А. О правовых последствиях нарушения денежного обязательства // Вестник ВАС РФ. 1999. № 12. С. 93). Понятно, что с этих позиций добрая совесть у сторон незаконной сделки исключается. Впрочем, добросовестность получателя денег, а Л. Новоселова обсуждает именно денежные обязательства, по ничтожной сделке действительно встречается реже, чем добрая совесть приобретателя вещи, тем более, что такая добросовестность обычно и иррелевантна, так как виндикация денег не производится (имеет значение добрая совесть лишь применительно к кондикции).

³ Имеется суждение, что сделки, нарушающие судебный арест, являются ничтожными, как сделки, совершенные с целью, заведомо противной основам правопорядка (ст. 169 ГК) (Хозяйство и право. 2000. № 3. С. 125). Впрочем, из изложения казуса, приведенного под таким титулом, этот вывод безусловно не вытекает.

⁴ Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полумтом 2. С. 102.

Нарушение запрета, установленного законом, всегда исключает добросовестность любой из сторон сделки, ведь добросовестность касается лишь незнания фактов, а не закона.

Несколько иная ситуация возникает, когда сделка нарушает наложенный арест на имущество. Здесь в принципе не исключена добросовестность приобретателя, если он не имел сведений об аресте по причинам, исключающим его небрежность или неосмотрительность.

Еще меньше оснований ожидать недобросовестности приобретателя в случае получения им по сделке имущества, не принадлежащего отчуждателю. Хотя эта сделка подпадает под действие ст. 168 ГК (противоречит она системе норм – ст. 209, 218, 454 ГК), фактически мы едва ли можем говорить, что покупатель, приобретая вещь, не принадлежащую продавцу, намерен сознательно поступить вопреки требованию закона о том, что по купле-продаже вещь должна передаваться не иначе как в собственность. Обычной является иная ситуация: если покупатель узнает о пороке права на вещь у продавца, он отказывается от сделки. Следовательно, причиной совершения покупателем незаконной сделки в этом случае оказывается незнание фактов¹, которое при извинительности означает его добросовестность. Такая добросовестность дает защиту от вещно-правовых притязаний действительного собственника (ст. 302 ГК).

Однако недействительность сделки порождает и совсем другие отношения, не имеющие вещного характера. Суть их, как известно, в том, что стороны должны быть приведены в первоначальное положение в первую очередь и независимо от наличия или отсутствия титула (прав) на имущество, перешедшее по сделке. При этом, как справедливо замечает В.В. Витрянский, не имеет значения добросовестность.

В соответствии со ст. 167 ГК приобретатель не защищен от требования из реституции, но это требование, конечно, может состоять только в возврате имущества другой стороне сделки и никому другому. Поэтому нужно поддержать А.П. Сергеева в его возражениях против делаемого В.В. Витрянским допущения иска собственника к приобретателю вещи по ничтожной сделке. Отвергая возможность истребования вещи от добросовестного приобретателя по основанию ничтожности сделки, он обоснованно указывает, что это «сводит на нет правила ст. 302 ГК»².

Эти доводы, так же, впрочем, как и аргументы В.В. Витрянского, содержат, однако, предположение о существовании двух требований и двух правоотношений – из реституции и о праве на вещь – в одной плоскости, что и предопределяет их прямое столкновение³.

Между тем требование из реституции не имеет вещного характера, оно строго личное, относительное, т.е. относится только к сторонам недействительной сделки и не исчезает при утрате (в том числе при переходе к третьим лицам) вещи, не сле-

¹ Видимо, поэтому после некоторых колебаний была признана возможность обращения в суд с иском о признании сделки ничтожной и тем самым – возможность спора (конечно, о фактах, ведь спор о законе невозможен), ведь только суд может дать оценку фактическим обстоятельствам и добросовестности, которая является вопросом факта. В то же время сами эти колебания – следствие неоднородности состава ст. 168 ГК.

² Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. 2-е изд. Ч. 1. С. 451.

³ В. Витрянский прямо пишет о «конкуренции способов защиты нарушенного права» (*Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая. С. 813).

дует за вещь, как это пристало вещному праву, а просто преобразуется в требование о денежной компенсации (п. 2 ст. 167 ГК). Значит, во всяком случае это требование, как личное, должно быть рассмотрено прежде вещного иска в силу известного правила о том, что личные иски исключают вещные¹. Тогда на почве ст. 167 ГК проблема конкуренции исчезает. Поскольку в нашей гипотезе вещь отчуждена лицом, не имеющим права на отчуждение, отчуждатель — не собственник. Соответственно нет прямой конкуренции исков о защите собственности (виндикационного) и о возврате переданного по недействительной сделке из реституции.

Попутно следует заметить, видимо, следующее.

Сам по себе тезис о праве собственника выбрать любой способ защиты права ставит вопрос о том, может ли субъект гражданского права, которому законом (ст. 12 ГК и специальными нормами) дается определенный способ защиты права, выбрать для защиты того же права иной, не предусмотренный законом, способ².

Достаточно остро этот вопрос был поставлен Конституционным Судом РФ в определении по делу Шлафмана³ о защите деловой репутации. В этом определении КС РФ признал возможность защиты деловой репутации теми средствами, которые хотя и не предусмотрены ГК РФ, но не противоречат закону, сославшись на ст. 45 Конституции РФ⁴. Это суждение очевидным образом вступает в противоречие со ст. 12 ГК, которой способы защиты гражданских прав ограничены только теми, которые указаны в законе⁵. На мой взгляд, этот конфликт становится еще

¹ Подробнее см.: *Генкин Д.М.* Право собственности в СССР. С. 196–197.

² В рамках соотношения норм ст. 167 и 301 ГК я придерживаюсь того мнения, что нормой ст. 167 (как и других норм, предусматривающих последствия недействительных сделок (ст. 169–179 ГК)) защищаются интересы тех лиц, за которыми признается право на иск. В некоторых случаях можно показать, что вместе с интересом защищается и право, что, однако, не меняет общей оценки этих средств: право всегда предполагает интерес, что признано со времен Иеринга. Но если защита дана интересу, то отпадает нужда в отыскании защищаемого права и вовсе необязательно, чтобы это право вообще имелось (как не нужно права для предъявления иска акционеру или иному учредителю, оспаривающему сделку общества); наличие субъективного права, стало быть, утрачивает значение, необходимое для того, чтобы получить само средство защиты. С этой позиции отпадают и основания сопоставления механизма ст. 12 и 166–167 ГК (нормой ст. 12 ГК тогда будут охватываться некоторые случаи применения реституции, когда она защищает не только интерес, но и право). В тех же случаях, когда реституция не дает защиты праву, она просто оказывается не пригодной для этих целей и никак не конкурирует с защитой права; эта позиция подробно изложена и в данной главе, и в других главах книги.

Но обсуждаемый вопрос выходит за рамки соотношения только норм ст. 167 и 301 ГК и имеет самостоятельный интерес.

³ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 4 декабря 2003 г. № 508-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шлафмана Владимира Аркадьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 7 статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁴ Мне кажется более корректным буквальное понимание ст. 45 Конституции, которая говорит о всех возможных способах защиты права, поскольку речь идет не только о судебной защите, но и о защите права иными средствами, включая и самозащиту.

⁵ Применительно к защите деловой репутации я вижу компромисс между позицией КС РФ, обозначенной в деле Шлафмана, и правилом ст. 12 ГК в том, что выводы КС РФ применимы только к сфере отношений, регулируемых нормами Конвенции о защите прав человека и основных свобод, тем более, что прямо на нормы Конвенции КС РФ и ссылался в своем определении. Поскольку Конвенция имеет приоритет перед внутренним правом (хотя ст. 10 Конвенции, касающаяся защиты репутации и содержит обратную отсылку к внутреннему закону страны-участницы, эта отсылка неприменима к делу Шлафмана, так как данный спор возник не в связи с правом на получение и распространение информации), такой вывод вполне правомерен.

острее, если законом предусмотрено определенное средство защиты. В этом случае совсем уже трудно обосновать неприменение средства защиты, указанного в законе, и применение вместо него способа, закону неизвестного.

В лучшем случае суд признает за сторонами этого спора те средства защиты, которые им даются в рамках спора об истребовании имущества. В худшем случае изобретается средство защиты, не известное закону и во всех смыслах неприемлемое.

На мой взгляд, следует в отрицательном смысле решить вопрос о праве лица избрать не известное закону средство защиты своего права, если закон предусматривает в случае нарушения этого права определенный способ защиты.

Возвращаясь к нашей проблеме, мы можем видеть, что теперь перед нами стоит вопрос: имеет ли собственник иск из недействительности сделки, если он сам в этой сделке не участвовал?

Мы уже обращали внимание на своеобразии ст. 168 ГК, да и норма ст. 167 ГК не имеет прямых аналогов, поэтому поиски решения не могут ограничиться использованием известных европейскому праву моделей.

В силу п. 2 ст. 166 ГК требование о применении последствий недействительности ничтожной сделки может быть предъявлено любым заинтересованным лицом. Суд вправе применить такие последствия по собственной инициативе.

Здесь обращают на себя внимание сразу два момента. Во-первых, речь идет о «применении последствий недействительности сделки». Эта формулировка носит, конечно, отсылочный характер и сама по себе конкретного притязания не создает.

Во-вторых, упоминание «заинтересованных» лиц заставляет также предположить, что норма п. 2 ст. 166 ГК, дающая возможность любым лицам поставить перед судом вопрос о применении последствий ничтожной сделки, непосредственно направлена на защиту интереса, а не права¹.

Если же взять нормы о последствиях ничтожной сделки, прежде всего норму ст. 167 ГК, то легко заметить, что здесь «любые лица» исчезают, и субъектами притязания, лицами, имеющими право на возврат «всего, полученного по сделке», остаются только стороны сделки и никто другой; никаких прав не дается в том числе собственнику вещи, если он не был стороной ничтожной сделки. Чтобы все же дать возможность собственнику заявить иск в своем праве на возврат имущества на имя собственника, а не стороны в сделке, нужно, значит, решительно выйти из рамок ст. 167 ГК.

Этот подход и демонстрирует В.В. Витрянский, приводя в его обоснование следующие аргументы:

1. Недействительная сделка «не порождает никаких правовых последствий, а стало быть, и титула собственника у добросовестного приобретателя».

2. Применение реституции само по себе не ущемляет интересов приобретателя, так как она имеет двусторонний характер.

Что касается нормы ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции о защите права собственности, то эта норма не дает оснований для применения механизмов защиты права собственности, не известных национальным законам. Напротив, в деле *Dosieg* против Нидерландов провозглашено правило приоритета национального закона в регулировании коллизий между собственником и приобретателем имущества.

¹ Если исходить из того, что реституция, как я пытаюсь показать (такая позиция высказывается и другими цивилистами), не является средством защиты права (это возможно лишь факультативно), то истец и не должен доказывать свое право как условие предъявления иска.

3. «Гражданское право не ограничивает собственника в выборе способа защиты нарушенного права и не ставит использование общих способов защиты гражданских прав в зависимость от наличия возможности использовать специальные вещно-правовые способы защиты».

4. Выбор средства защиты зависит от усмотрения самого собственника¹.

5. «Фигура добросовестного приобретателя» появляется лишь в связи с виндикационным иском и не имеет отношения к механизму реституции².

Рассмотрим эти доводы.

Прежде всего, неверно, что недействительная сделка не порождает «никаких правовых последствий». Она, будучи исполненной хотя бы в части, устанавливает правоотношения в связи с реституцией, которые далеко не просты, что видно уже хотя бы из содержания возникшей на почве права на реституцию дискуссии. Имеются и иные последствия, о которых говорится в следующей главе.

Добросовестный приобретатель действительно не становится собственником³, но это отнюдь не значит, что он не имеет защиты, ведь он начинает владеть для давности и с этого момента располагает определенной и уважаемой законом позицией.

Верно, что «фигура добросовестного приобретателя» известна вещному праву, но она, как уже отмечалось, продукт не столько вещного права, сколько оборота. Что касается заключения сделок, то и здесь по соображениям оборота доб-

¹ Совершенно противоположно суждение Д.М. Генкина по тому же поводу: «Нельзя допустить, чтобы истец по своему произволу изменял последствия различных правовых отношений, установленные законом» (Генкин Д.М. Право собственности в СССР. С. 197). В этом же плане высказывается и Е.А. Суханов: «...наше законодательство в этом отношении не дает собственнику возможности выбора вида иска... при наличии между участниками спора договорных или иных обязательственных отношений нельзя предъявлять вещно-правовые требования в защиту своих прав» (Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации / Брагинский М., Витрянский В. и др. М.: Спарк, 1995. С. 314).

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. С. 813.

³ Трудно согласиться поэтому с А.П. Сергеевым в том, что «приобретатель становится собственником вещи» (Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. 2-е изд. Ч. 1. С. 451). Если это так, то непонятно, в чем разница между действительной и недействительной сделками. Непонятно также, зачем введена приобретательная давность, если добросовестный приобретатель и без истечения указанных в законе сроков становится сразу собственником.

После принятия поправки к ст. 223 ГК можно указать на случаи выбытия вещи из владения собственника помимо его воли, что даже при всей неуклюжести механизма ст. 223 ГК исключает право собственности на стороне приобретателя. Кроме того, ст. 223 ГК курьезным образом не затрагивает судьбы движимых вещей и тем самым исключает их из своей сферы. Но дело даже не в этом. Норма ст. 223 ГК не в состоянии привести к действительности отчуждения вещи лицом, которое не имеет на то право. Именно поэтому возникновение собственности у приобретателя обусловлено рядом фактов, в том числе наличием доброй совести, возмездностью, утратой владения собственником по своей воле и др. Если бы сделка была действительна, то никакие дополнительные факты, кроме самой сделки и ее надлежащего исполнения, для возникновения права собственности в лице приобретателя не требовались бы.

Распространенное заблуждение, что в норме ст. 223 ГК воспроизводится известный германскому праву механизм вещного договора и это якобы позволяет приобрести собственность от неуправомоченного лица, неверно. Если вещь по вещному договору передается лицом, которое не вправе ею распоряжаться, то такой вещный договор собственности у приобретателя не создает.

Наиболее точное понимание механизма действия нормы п. 2 ст. 223 ГК сводится, как уже говорилось, к мгновенному приобретению права собственности по давности (отсюда близость этого механизма к ст. 234 ГК).

росовестность (вне связи с приобретением) имеет юридическое значение¹, как и в представительстве.

Нельзя, впрочем, не согласиться с М. Брагинским и В. Витрянским в том, что механизм реституции безразличен к добросовестности как таковой. В этом смысле вызывает только недоумение замечание Д. Тузова: «Считалось, что при реституции добросовестность приобретателя учитываться не должна. В работах некоторых авторов (В.В. Витрянского, К.И. Скловского) даже предпринималась попытка дать этому положению теоретическое обоснование»². Дело в том, что добрая совесть обнаруживает себя лишь при противопоставлении праву другого лица. Если сталкиваются два лица, заведомо не имеющих права на вещь (например, при отчуждении чужой вещи без правомочия), то добрая совесть утрачивает всякий смысл в отношениях таких сторон, так как ни одна из них не делает заявления о своем праве на вещь, исключая тем самым необходимость возражения о доброй совести. Поэтому попытки ввести добрую совесть в механизм реституции приводят к аннулированию самого этого механизма (именно к таким выводам, впрочем, и приходит Д. Тузов), но тогда непонятно, зачем вмешиваться в дискуссию о содержании и особенностях реституции, если думать, что ее не существует. Смысла в таком участии не больше, чем в тонких суждениях воинствующего атеиста о сорте вина, в которое обратилась вода при известных евангельских обстоятельствах.

Хочу также заметить, что добрая совесть становится обстоятельством, имеющим юридическое значение не в результате теоретических изысканий, а исключительно по воле законодателя, или, как хорошо сказал Л. Эннексерус, по произволу законодателя. Поэтому если в норме о реституции нет упоминания доброй совести, то Д. Тузову следует упрекать в этом не тех цивилистов, которые толкуют закон в точном соответствии с его содержанием, а законодателя, который не высказал на то своей воли.

Третий и четвертый аргументы из высказанных выше В. Витрянским — о праве лица самостоятельно избирать средства защиты его права, не считаясь с известной еще римскому праву субординацией исков³, — нет смысла обсуждать, пока не доказано главное: что собственник вообще вправе вмешаться в правоотношения по реституции и перевести возврат вещи в порядке ст. 167 ГК на себя.

Перейдем пока к другой проблеме, которая обозначена автором рассматриваемой концепции второй по порядку и сводится к тому, что интересы приобретателя вещи в двусторонней реституции пострадать никак не могут.

С этим невозможно согласиться.

Ведь и собственник имеет иск к отчуждателю вещи, нарушившему самим актом отчуждения чужого имущества его право (обычно это договорный иск, реже кон-

¹ О значении добросовестности стороны, совершающей сделку с юридическим лицом по ст. 174 ГК, см., например: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая. С. 818–819.

² *Тузов Д.О.* Реституция в гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1999. С. 14.

³ Можно привести весьма резкую оценку такого подхода, данную А.П. Сергеевым: «К сожалению, в последние годы под судебную практику, допускающую смешение элементарных понятий, в частности, разрешающую свободную замену договорного требования виндикационным иском, переход от виндикационного притязания к иску о признании сделки недействительной и т.д., пытаются подвести теоретическую базу в виде рассуждений о свободном выборе истцом предусмотренных законом средств защиты. Данный подход носит ненаучный характер и ни к чему, кроме негативных последствий, в конечном счете привести не может» (*Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. 2-е изд. Ч. 1. С. 445*).

дикция). Но если собственник предпочитает иск не к нарушителю его права, отвечающему как в сумме стоимости вещи, так и в размере убытков, а к лицу невиновному, значит он понимает, что нарушитель не в состоянии возместить его потери. Но это означает, что еще меньше надежд остается у приобретателя искать у того же лица компенсации.

Особенно трудно понять справедливость конструкции, когда предъявлять иск к нарушителю предлагается не тому лицу, чье право нарушено, а тому, которое оказалось последним обладателем вещи (требуется большие усилия, чтобы избежать здесь слова «крайний»).

Но ведь мы уже затрагивали эти же проблемы и именно в связи со справедливостью при обсуждении «статической и динамической» обеспеченности собственности в обороте.

Действительно, мы оказались в знакомой ситуации столкновения в обороте двух заслуживающих защиты позиций. Эта коллизия не обсуждалась цивилистами, представленными Б.Б. Черепахиным, лишь в силу специфики нормы ст. 167 ГК. Это, впрочем, не должно означать, что к нашей проблеме неприменимы общие подходы, выработанные правом для разрешения коллизии «статика и динамика» собственности.

Известно, что в такой ситуации аргументация в пользу каждой из сторон — и собственника «в покое», и собственника «в обороте» — имеет практически тождественные основания. Поэтому выбор между ними и называется выбором «меньшего зла»¹.

Попробуем определить, какой же выбор сделан законодателем в нашем случае.

Буквальный смысл ст. 167 ГК, которая остается, когда ясно осознана исключительная совершенный, идеальный выбор ситуация, единственной почвой для умозаключений, не позволяет увязать право на возврат вещи с какими-либо иными лицами, кроме сторон в сделке. Это вытекает как из того, что возврат имущества следует «каждой из сторон» в сделке и никому иному, так и из того, что при этом ни слова не говорится о наличии какого-либо права на это имущество как об условии, позволяющем требовать его возврата.

На этом прямой анализ нормы ввиду ее ясности завершается. Попробуем продолжить его, идя от обратного.

Представим, что собственник потребовал, как это указано в ст. 166 ГК, применить последствия ничтожной сделки, понимая это так, что вещь нужно передать ему. Но ведь в том же процессе обязательно участвует и лицо, отчуждавшее ту же вещь. Оно также, ссылаясь на ст. 167 ГК, потребует передать вещь ему. Очевидно, что эти два требования исключают одно другое. Причем требование отчуждателя о возврате ему всего полученного другой стороной по сделке, буквально совпадающее с содержанием нормы, никак не может быть отклонено.

¹ Напомню, что одно из рациональных объяснений ограничения виндикации как наименьшего зла состоит в том, что остается возможность возмещения за счет лица, которому вверено имущество (см.: *Черепахин Б.Б.* Указ. соч. С. 96). При этом большинство цивилистов указывают также либо на то, что здесь собственник отвечает за выбор лица, которому вверено имущество, либо на то, что собственник имеет больше возможностей предупредить незаконное отчуждение вещи, чем третье лицо — узнать о незаконности сделки.

Если все же суд вопреки прямому смыслу закона присудит вещь собственнику, а отчуждателя заставит выплатить компенсацию приобретателю, то такое признание, без сомнения, невозможно назвать двусторонней реституцией, как потому, что оно не восстанавливает первоначальное положение (ведь первоначально, до сделки, вещь была у отчуждателя), так и потому, что это признание лишено встречности, характерной для двусторонней реституции. Возникает и процессуально немыслимая карусель лиц, участвующих в деле: собственник — только истец, отчуждатель — только ответчик, а приобретатель здесь сразу и истец (к отчуждателю), и ответчик (перед собственником). Кроме того, суд вынужден применять два разных материальных закона: собственника защищать на основании его права собственника, а приобретателя — на основании его позиции стороны ничтожной сделки. Невозможно не заметить в таком течении процесса недопустимых противоречий, порой доходящих до абсурда.

Для смягчения очевидных трудностей и понимая «опасения, вызываемые широким применением собственником такого способа защиты, как признание всех совершенных сделок по отчуждению его имущества недействительными», В. Витрянский предлагает ограничить требование собственника о возврате незаконно отчужденной вещи от добросовестного приобретателя только «одной сделкой», не затрагивая «второй, третьей, четвертой и т.д.» сделок¹. Конечно, изяществом такая конструкция не отличается. В ней, кроме того, заметен изъян, который не может не добавить сомнений в продуманности всей концепции. Видно, что автор говорит об иске собственника «о признании сделки недействительной», предлагая ограничить действие этого иска только «первой» сделкой. Но ведь продажа чужой вещи в российском праве — ничтожная сделка, и она недействительна без оспаривания. Значит, независимо от намерений собственника «второй», «третий» и т.д. приобретатель оказываются в том же положении, что и «первый». Но в этом случае трудно понять, почему им дается такое преимущество, как иммунитет от изъятия добросовестно приобретенной вещи по требованию собственника.

Больше оснований для другого предположения, и именно такие примеры иногда дает практика: собственник на основании ст. 166 ГК требует привести стороны в первоначальное положение и вернуть его имущество отчуждателю. Например, арендодатель, узнав, что арендованное имущество продано, но покупатель действовал добросовестно, требует передать имущество продавцу, т.е. арендатору. Понятно, что в этом случае интерес собственника достаточно защищается, ведь он имеет против арендатора полноценное обязательственное требование о выдаче вещи при прекращении аренды.

Если процесс приобретает такое содержание, то едва ли можно найти аргументы, запрещающие суду вынести решение о возвращении сторон в первоначальное положение, тем более, что суд может это сделать и по своей инициативе.

Остается, впрочем, проблема исполнения решения. Ведь независимо от того, кем поставлен вопрос о применении реституции, истцом, обладающим требованием возврата вещи, все равно остается отчуждатель. Соответственно на стадии исполнения он превращается во взыскателя. Здесь уже инициатива иных лиц ис-

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. С. 814–815.

ключена. Практически возможны и в известных случаях даже ожидаемы ситуации, в которых такой взыскатель откажется от взыскания. Именно с учетом такого варианта развития событий суд и принимает решение о реституции, когда об этом не просят сами стороны ничтожной сделки¹. Только здесь в полной мере становится ясным и правило п. 2 ст. 166 ГК: хотя любое заинтересованное лицо может требовать применения механизма реституции, окончательное решение о том, применять ли реституцию, остается в этом случае за судом.

Теперь имеет смысл вернуться к вопросу о праве на иск по ст. 166 ГК РФ, который мы уже несколько раз затрагивали.

Не трудно заметить, что наибольший потенциал ограничения тенденции аннулирования сделок заложен именно в ст. 166 ГК РФ. Эта норма позволяет ограничить возможности оспаривания сделок с точки зрения наличия у истца интереса, т.е. права на иск.

В качестве примера можно привести такой спор.

Определением Люберецкого районного суда Московской области от 25 октября 2000 г. наложен арест на расположенный в Мытищинском районе земельный участок, принадлежащий Л. Определение о наложении ареста вынесено судом в процессе рассмотрения дела по иску К. к Л. о взыскании долга, возникшего из договора займа. Фактически, однако, определение об аресте не было своевременно исполнено, и запись об аресте была внесена в ЕГРП только к осени 2001 г. Но до этого Л. продал земельный участок с некоторыми постройками П., а П. в установленном порядке возвела на купленном участке жилой дом. Лишь после этого был наложен арест.

Есть сомнения, впрочем, что арест все же наложен. Дело в том, что из исполнительного производства никак не было видно, что П. является фактическим владельцем участка с лета 2000 г., хотя именно так было на самом деле. Между тем, в силу ст. 142 ГПК РФ определение об обеспечении иска приводится в исполнение в порядке, установленном для исполнения судебных постановлений. В соответствии со ст. 51 Закона РФ об исполнительном производстве арест на имущество должника состоит из описи имущества, объявления запрета распоряжаться им. Арест применяется при исполнении определения суда о наложении ареста на имущество и находящееся у должника или других лиц.

В соответствии со ст. 48 Закона об исполнительном производстве, если имущество находится в момент исполнения определения об аресте у других лиц, то обращение взыскания производится по определению суда и в присутствии понятых. Следовательно, арест так или иначе предполагает установление приставом власти над объектом, что означает вмешательство в осуществление владения, которое в данном случае осуществлялось П. Поэтому заочный арест представляется невозможным².

¹ Впрочем, В.Ф. Яковлев еще более ограничительно толкует эту норму, полагая, что суд по своей инициативе применяет последствия недействительной сделки в случае нарушения публичного интереса (ст. 169 ГК) (см.: Яковлев В.Ф. Принуждение в гражданском праве // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей / Под ред. В.Н. Литовкина и В.А. Рахмиловича. М., 2000. С. 218–219).

² См. также главу о защите владения от изъятия административным порядком.

К. оспорила сделку об отчуждении земельного участка как ничтожную, нарушающую арест. Однако решением Мытищинского городского суда в этом иске отказано.

Полагаю, что с этим решением следует согласиться по ряду причин. Во-первых, П., видимо, является добросовестным приобретателем земельного участка, и, стало быть, виндикационный иск к ней невозможен. Кроме того, право П. на возведенный ею дом подчиняется правилам о первоначальном приобретении собственности и потому не зависит от прав предшественников. Но невозможно продать с торгов земельный участок отдельно от дома. Снести же дом оснований не имеет, так как он не является самовольным строением. Следовательно, арест утрачивает смысл, так как не обеспечивает исполнения решения. Однако бессмысленность ареста сама по себе важна лишь при рассмотрении иска об освобождении имущества от ареста. А в этом споре можно сослаться лишь на отсутствие права на иск у истца, т.е. отсутствие интереса, подлежащего защите. Отсутствие интереса не означает, что право истца не было нарушено, а означает только то, что нарушенное право не может быть восстановлено тем иском, который на самом деле предъявлен.

Защита права в этом, как и в других случаях, когда арест не смог исключить добросовестного приобретения арестованного имущества, сводится к вопросу о причинах ненадлежащего исполнения акта об аресте. Если это произошло по вине должностных лиц, то они могут нести ответственность в рамках ст. 1069 ГК.

Но вывод, следующий из решения суда (при этом не важно, насколько отчетливо артикулирован этот вывод самим судом), следует особо подчеркнуть: *даже если сделка сама по себе и незаконна, но истец не имеет права на иск, в иске следует отказать*. В том и состоит отличие частного права от публичного, что суд защищает в нем права участников оборота, а не законность. Правило о том, что незаконная сделка или незаконный акт не нуждаются в специальном оспаривании, означает не более того, что если в ходе рассмотрения *спора* обнаружится незаконность сделки, то суд может так ее и квалифицировать. Здесь важно не право суда (кстати, не иного органа или лица) назвать незаконную сделку ничтожной, а то, что это возможно только в рамках спора и, следовательно, лишь в той мере, в какой это признание ничтожности необходимо для защиты частного права. Отсутствие подлежащего защите права (интереса) делает невозможным признание сделки ничтожной даже при очевидности несоответствия ее закону. Понятно, что такой вывод с трудом уживается с сознанием (или чаще с подсознанием), ориентированным на примат всего государственного перед частным.

По буквальному смыслу ст. 166 ГК РФ заявляемое требование должно быть требованием о применении последствий недействительной сделки. Даже в том случае, когда заявляется иск о признании сделки недействительной (как ничтожной, так и оспоримой), закон все же исходит из того, что оспаривание сделки означает применение последствий ее недействительности. Это прямо следует из содержания ст. 12 ГК. Но и те нормы § 2 гл. 9 ГК, которые не описывают прямо последствий недействительности сделок (как, скажем, нормы ст. 173, 174 ГК), предполагают применение последствий недействительности, причем не только для тех случаев, когда действие сделки отменяется на будущее.

Имеются в виду и те последствия, которые связаны с передачей имущества по действительной сделке.

Выше обсуждался вопрос о праве на получение имущества, присужденного в порядке реституции. Но практика поставила и другой вопрос — о праве заявить иск о признании сделки недействительной без требования о возврате имущества.

Известно немало исков, заявляемых, например, органами по управлению государственным имуществом, о признании недействительными договоров о приватизации государственного имущества без заявления требований о возврате самого имущества.

В некоторых случаях такая позиция истцов может быть объяснена тем, что к моменту предъявления иска приватизированное имущество перешло к третьим лицам либо существенно изменено, что влечет во всяком случае необходимость расчетов по правилам о неосновательном обогащении при возврате имущества, если не будет установлено, что объект утратил идентичность и является другим.

Нельзя не заметить, что заявление иска о признании сделки недействительной без применения последствий, предусмотренных ст. 167 ГК, содержит немалый коррупционный потенциал, особенно когда единственным результатом иска является создание юридической неопределенности в хозяйственной деятельности ответчика без намерения государственного органа действительно получить спорный объект в управление и заняться его эксплуатацией. Такая ситуация, конечно, прямо указывает на норму п. 1 ст. 10 ГК, хотя применение правила о злоупотреблении правом против публичных органов, конечно, никак нельзя считать обычной судебной практикой. Поэтому целесообразно обсудить и другие аспекты таких исков.

На мой взгляд, закон в любом случае не позволяет заявить одно только изолированное требование о признании сделки недействительной без требования о применении последствий недействительности сделки. Во-первых, это прямо вытекает из ст. 12 ГК. Во-вторых, норма ст. 166 ГК требует определить интерес истца в предъявлении иска как условие его удовлетворения. Но интерес увязан законом именно с применением имущественных последствий. Если истец не требует возврата имущества, расчетов за переданное по недействительной сделке по правилам ст. 167 ГК, то суду невозможно определить, имеется ли интерес, в том числе публичный, в заявлении иска. Например, далеко не очевидно, что в любом случае аннулирование сделки приватизации отвечает публичному интересу (понятому как интерес всего общества даже при отождествлении публичного интереса с интересом государства, что для отечественного правосознания — самое обычное и даже поощряемое заблуждение). Государство, как не отрицают и самые узкие и односторонние поклонники державности, при прочих равных условиях хозяйствует хуже, чем частное лицо. Кроме того, применение нормы ст. 167 ГК, как уже указывалось, требует не только возврата бюджетом полученного при приватизации от покупателя, но и компенсации неосновательного обогащения (ст. 1103, 1102 ГК), включающего и необходимые улучшения имущества, и сбережение за счет тех расходов, которые ответчик нес в течение срока эксплуатации. Только сопоставление всех этих факторов и позволяет сказать, имеется ли интерес в реституции. Понятно, что интерес, поскольку он приобретает юридическое значение в гражданско-

правовых отношениях, имеет объективное выражение и не может отождествляться с желанием или убеждениями истца.

Следовательно, если истец заявляет только иск о признании сделки недействительной, но не требует применения последствий недействительности сделки и если суд по своей инициативе не применяет этих последствий (тем самым признавая наличие публичного интереса), в иске следует отказывать из-за отсутствия у истца интереса в смысле ст. 166 ГК.

Этот вопрос возник и при обсуждении права налоговых органов на аннулирование сделок налогоплательщиков по ст. 169 ГК РФ по мотиву уклонения от уплаты налогов, расцениваемого истцами как нарушение основ правопорядка.

Наиболее важным и острым вопросом оказался вопрос о пределах действия нормы ст. 169 ГК РФ, поскольку несколько лет назад явственно обнаружилась тенденция к расширению сферы применения этого механизма.

Длительное время норма о сделке, нарушающей основы правопорядка и нравственности, известная всем гражданским кодексам России, оставалась малоприменимой. Но в последние годы целый ряд дел, среди которых немало весьма крупных как по масштабам тех договоров, которые стали предметом спора, так и по общественному значению, обозначил практическую актуальность нормы.

Норма о сделках, нарушающих основы правопорядка и нравственности (антисоциальных сделках), никогда не понималась как естественная, вытекающая из иных норм частного права, находящаяся с ними в системной связи. Напротив, она выпадает из ГК и обычно вызывает осторожное отношение юристов по двум причинам.

Во-первых, она рассматривается скорее как норма права публичного. На принадлежность ее к публичному праву указывает, прежде всего, санкция этой нормы – конфискация исполненного по такой сделке. Кроме того, она, как правило, связана с публичным, чаще всего – уголовным правонарушением. Нужно заметить, впрочем, что характер этой связи до сих пор не подвергался подробному анализу.

Во-вторых, что еще важнее, норма опирается на такое неопределенное понятие, как «основы правопорядка и нравственности».

Это понятие не дано законом, а является, как говорил И.А. Покровский, «внезаконным критерием», ограничивающим свободу договора¹. Великий русский цивилист с одобрением указывает на то, что авторы ГГУ отказались от «внезаконной» и невнятной конструкции «общественного порядка», понимая нарушение этого порядка как нарушение прямых законодательных запретов². Однако предположение И.А. Покровского, что понятие «общественного порядка» является «фигурой вымирающей» в современном гражданском праве, оказалось, к сожалению, опровергнутым российским законодателем.

Известно, что среди основ права важнейшей является та, что неопределенная норма не имеет права на существование. Ведь неопределенная норма лишает участников оборота возможности предвидеть последствия своих действий и тем са-

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 251. Автор говорит об общественном порядке, но, на мой взгляд, найти отличия общественного порядка от правопорядка будет невозможно, тем более что он сопрягается с аналогичными «основам нравственности» «добрыми нравами» в ст. 1133 ФГК, откуда и выводится норма ст. 169 ГК.

² Там же. С. 253.

мым выводит их вовсе из сферы правового регулирования. Более того, любая неопределенная норма всегда имеет тенденцию к экспансии, она парализует и разрушает весь сложившийся механизм правового регулирования, производя поистине катастрофические последствия.

Критикуя проект нормы о «добросовестном» исполнении обязательства (также неопределенном понятии), И.А. Покровский замечал, что введение этого правила привело бы к аннулированию сотен норм, регулирующих исполнение обязательств, и оставило бы одно: обязательства должны исполняться добросовестно¹.

Очевидно, что норма с неопределенным содержанием лишает законодателя возможности точного и предсказуемого регулирования определенных отношений, а участников оборота — возможности предвидеть последствия своих действий, как об этом уже говорилось выше.

Когда неопределенная норма помещается в центр такого ключевого пункта оборота, как заключение договора, то под угрозой оказывается весь оборот.

Эти аргументы дают основания ставить вопрос об уместности нормы ст. 169 в системе ГК РФ. Такой вопрос был предметом рассмотрения в Конституционном Суде РФ.

Конституционный Суд признал, что понятие «основы правопорядка» достаточно определено, а в качестве критерия определенности указал на тот, что речь идет не просто о нарушении закона или норм морали — но о противоречии — «заведомо и очевидно для участников гражданского оборота — основам правопорядка и нравственности»².

Это суждение мы должны в дальнейшем взять за основу наших рассуждений не только в силу значимости конституционного толкования, но потому, что любое иное понимание нормы ст. 169 ГК РФ означает признание ее неопределенности, т.е. лишает ее качеств нормы.

Итак, определенность понятия «основы правопорядка и нравственности» состоит в том, что участникам оборота — нужно полагать, всем участникам, отвечающим некоторым средним, обычным требованиям, — понятно, и не просто понятно, а заведомо и очевидно, что цель сделки противна основам правопорядка и нравственности. Тем самым эта очевидность выведена из сферы субъективных представлений участников оборота, ей придано значение факта, значение объективности — только такое понимание оставляет обсуждавшаяся судом определенность нормы. Ведь определенность нормы — понятие внешнее, объективное, а не внутреннее.

¹ Имея в виду это обстоятельство, нельзя не заметить, что включение в число общих норм ГК принципа добросовестности, что предусмотрено Концепцией развития гражданского законодательства, предполагает достаточно высокое качество правосудия. Не все юристы, хорошо знакомые с повседневной деятельностью отечественных судов, уверены, что такое качество имеется. Между тем произвольное и неопределенное применение судами этого принципа, который заведомо не может быть точно описан в законе, никакой пользы не принесет.

² См. определение Конституционного Суда Российской Федерации от 8 июня 2004 г. № 226-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества «Уфимский нефтеперерабатывающий завод» на нарушение конституционных прав и свобод статьей 169 Гражданского Кодекса Российской Федерации и абзацем третьим пункта 11 статьи 7 Закона Российской Федерации «О налоговых органах Российской Федерации»».

Ближайший отсюда вывод: если у участников оборота не имеется общего имения об антисоциальности цели данной сделки, то такая сделка тем самым выводится из-под действия нормы ст. 169 ГК.

Так, комментируя упомянутое Определение КС, Е.А. Суханов заметил, что, как всем известно, любое налоговое правонарушение, хотя оно и является и незаконным, и безнравственным, все же «заведомо» не нарушает основы правопорядка и нравственности¹. Ирония этого комментария состоит в том, что КС РФ обсуждал именно связь нормы ст. 169 ГК РФ с уклонением от уплаты налогов. Таким образом, как раз по вопросу об оценке значимости уклонения от уплаты налогов никак невозможно обнаружить единой позиции участников оборота (высказанные известными специалистами взгляды — ответственное и обобщенное выражение этого факта). А значит, следуя точному смыслу суждения, высказанного КС РФ, уклонение от уплаты налогов не является очевидным и заведомым для участников оборота нарушением основ правопорядка и нравственности.

Возвращаясь к вопросу о месте нормы ст. 169 в ГК РФ, можно заметить, что эта норма обычно рассматривается как квалифицированный случай незаконных сделок (на это фактически указывает и КС РФ, говоря, что имеет место не «просто нарушение закона»), т.е. сделок, описанных в ст. 168 ГК РФ.

Чем же усугубляется та сделка, которая описана в ст. 168 ГК (при этом мы должны заметить, что последствия незаконной сделки, по общему правилу, не являются формой ответственности)? Если в ст. 168 ГК РФ сказано о сделке, не соответствующей закону, то в данном случае, казалось бы, следовало говорить о нарушении запрета, т.е. более серьезного несоответствия.

Но в нарушение этой, гораздо более верной, логики сопоставление переводится в иную плоскость — сделка нарушает не законодательный запрет, сколь серьезным бы он ни был (даже и конституционный), а основы правопорядка и нравственности, которые в виде запретов не формулируются и вообще не имеют законодательного выражения. Применительно к нравственности — это бесспорно с формальной точки зрения, так как нравственность — это не закон. Но и основы правопорядка это — критерий внезаконный, напомним замечание И. Покровского. Соответственно, спор о нарушении закона (запрета), в том числе норм Конституции, понятых как властное веление (о чем нередко говорят истцы), в рамках ст. 169 ГК становится беспредметным. Нарушение основ правопорядка и нравственности, стало быть, вообще не может быть корректно обосновано с точки зрения нарушения определенных законодательных запретов (в этом, наряду с прочим, и состоит ее неопределенность).

Стало быть, неверно и существующее представление о такой связи норм ст. 168 и 169 ГК, которая состоит в том, что норма ст. 169 ГК является квалифицированным, «запасным» вариантом незаконной сделки вообще.

В другом отношении место ст. 169 в системе ГК состоит в том, что эта норма сама по себе ограничивает свободу договора. Этот тезис вполне ясен, но ясны и вы-

¹ Суханов Е.А. Антисоциальные сделки в науке и практике // *эж-Юрист*. 2005. № 8. С. 4.

Если иметь в виду не взгляды ученых и экспертов, а практиков, то можно указать на аналогичную позицию (отрицания за обязанностью уплаты налогов значения основ правопорядка), высказанную, скажем, председателем Арбитражного суда Республики Марий Эл А.Ф. Бакулиным (Закон. 2007. № 4. С. 12–14).

текающие из него следствия: толкование нормы ст. 169 ГК должно быть последовательно ограничительным, как вообще ограничительным должно быть толкование любой нормы, ограничивающей права.

Кстати, сопоставляя норму ст. 169 ГК РФ и п. 3 ст. 55 Конституции РФ, мы можем видеть, что помимо защиты нравственности поводом ограничения прав и свобод (свобода договора к ним относится) оказываются основы конституционного строя, здоровье, права и законные интересы других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства. Пожалуй, на эти ценности следует ориентироваться при выявлении основ правопорядка, поскольку среди них находятся те, которые участники оборота заведомо и очевидно рассматривают как таковые.

Таким образом, мы получаем критерии для описания тех пределов, в рамках которых действует норма ст. 169 ГК: эти пределы должны быть совершенно ясны, определены, и любое сомнение, любое обстоятельство должны толковаться как можно более ограничительно.

Прежде, чем описать пределы действия нормы, необходимо все же указать ту сферу, в которой она действует.

Не вызывает сомнений, что антисоциальными являются, скажем, договоры о продаже ребенка, о найме поджигателя или убийцы, об изготовлении порнографического фильма, о подделке документов.

Нетрудно заметить, что в большинстве случаев само по себе исполнение антисоциальной сделки является преступлением. Тогда и имущественные санкции могут осуществляться в рамках уголовного процесса (скажем, в виде изъятия имущества, нажитого преступным путем). Если же по каким-либо причинам такое взыскание не состоялось, то появляются основания для предъявления самостоятельного иска по ст. 169 ГК РФ. В рамках уголовного дела иск по ст. 169 ГК РФ предъявляться не может, так как уголовный процесс допускает только один вид гражданского иска — о возмещении причиненного вреда (деликтный). Между тем санкция ст. 169 ГК не охватывает возмещения причиненного вреда.

Иск по ст. 169 ГК может, впрочем, быть предъявлен и без возбуждения уголовного дела, о чем будет сказано ниже.

Еще раз нужно подчеркнуть, что антисоциальной сделка является именно применительно к содержанию и исполнению тех прав и обязанностей, которые создаются этой сделкой.

Закон осуждает и запрещает сами действия, попирающие основы правопорядка и нравственности, — поджог за плату, продажу человека и т.п. Сделки, направленные на совершение этих действий, не могут быть действительными, а если все же исполнены — то исполненное подлежит конфискации.

В этом же пункте мы находим и критерии оценки сделки. В обществе всегда имеется представление о недопустимых действиях, действиях, угрожающих основам его социального устройства, попирающих общепринятые представления о добре и зле. Если сделка обязывает хотя бы одну сторону к таким действиям, то, значит, эта сделка противна основам правопорядка и нравственности. Любой участник оборота не может заблуждаться или сомневаться в оценке подобных действий, и потому закон не перечисляет эти действия, не описывает их признаков, а лишь ссылается на очевидность нарушения основ правопорядка и нравственности, на его заведомость.

Отсюда следует, что если сделка направлена на установление таких прав и обязанностей, исполнение которых само по себе не затрагивает основ правопорядка и нравственности, скажем продажу акций или аренду автомобиля, то такая сделка не охватывается ст. 169 ГК.

Пожалуй, здесь таится один из наиболее запутанных сегодня вопросов в применении нормы ст. 169 ГК. Даже самый поверхностный обзор текущей практики показывает, что истцы не имеют ясных представлений о том, что такое цель сделки, тогда как именно цель должна быть противной основам правопорядка и нравственности для квалификации сделки по ст. 169 ГК. А суды даже в тех случаях, когда отказываются (и совершенно правильно) толковать цель сделки согласно весьма смутным и широким представлениям истцов, все же избегают настолько определенных высказываний по этому поводу, чтобы исключить повторение исков со столь же размытым пониманием цели.

Прежде всего, укажем на то, что весьма часто в исках по ст. 169 ГК в качестве антисоциальной цели квалифицируется «уклонение от налогообложения». Между тем, уклонение от налогообложения, т.е. освобождение от налоговой обязанности, вообще никогда не может быть ни целью, ни результатом сделки.

Сделка порождает (прекращает, изменяет) только гражданские права и обязанности. Налоговые обязательства не являются гражданскими. Следовательно, их изменение или прекращение не может быть ни результатом, ни целью сделки. Поэтому суждение, что цель сделки — неуплата налогов, само по себе является юридически невозможным.

Другое дело, что исполнение сделки может так или иначе изменить имущественное положение сторон, увеличить или уменьшить их доходы и т.д. В свою очередь, это изменение влечет те или иные налоговые последствия. Совершая сделку, стороны могут желать наступления определенных налоговых последствий с учетом имущества, полученного или переданного во исполнение сделки. Сделка, а точнее, ее исполнение тем самым становится *средством* (в совокупности с другими юридическими фактами), а точнее — одним из средств достижения тех или иных налоговых последствий. Эти последствия, следовательно, являются, во-первых, *опосредованными* по отношению к сделке, а во-вторых — возможными, так как зависят от ряда иных обстоятельств.

Но если мы говорим о таком явлении, которое связано со сделкой опосредованно и само по себе лишь возможно, то мы тем самым указываем не на цель сделки, а на ее мотив.

Это различие мотива и цели в сделке является более или менее прописной истиной, не представлей, казалось бы, особых трудностей в понимании. Известно, что мотив сделки не влияет на ее действительность¹: если сторона сделки, покупая автомобиль для поездок на дачу, убеждается, что на самом деле дорога слишком плоха и нужен автомобиль более высокой проходимости, то эта ошибка в мотиве никак не сказывается на силе сделки — купленный автомобиль придется все же оплатить (или: покупка топора не нарушает основы правопорядка, даже если он приобретается для посещения старухи-процентщицы).

¹ Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М., 2006. С. 199.

Но применительно к сделкам антисоциальным достаточно простое обычно различие мотива и цели становится не только решающим, но и чрезвычайно трудным практически.

Истцы постоянно указывают в качестве цели сделки именно ее мотив — те или иные возможные (ожидаемые), опосредованные результаты. Причем степень опосредованности, степень отдаленности этих результатов от исполнения сделки может быть самой разной и всецело зависит от произвольного усмотрения истцов и суда.

Между тем понимание цели сделки известно давно и споров не вызывает: юридические последствия, на которые направлена сделка, — это установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, говорит доктрина¹. То же понимание дано самим законом: сделкой являются действия, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК). Направленность, т.е., собственно говоря, цель — это и есть права и обязанности, создаваемые сделкой. Едва ли можно спорить с этим совершенно очевидным содержанием ст. 153 ГК: цель — это то, на что направлена сделка, а сделка направлена на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Двух целей у сделки быть не может, так как любое целенаправленное действие имеет лишь одну цель; да и ст. 169 ГК говорит только об одной цели.

Именно такой критерий совершенно правильно предложил в конечном счете Пленум ВАС РФ².

Правильное применение нормы ст. 169 ГК требует не забывать об этом и постоянно ограничивать основание иска **исключительно правами и обязанностями, установленными сделкой, и ничем иным.**

Именно содержание (права и обязанности) договора, как уже говорилось, должно быть очевидно противно основам правопорядка и нравственности. Никакое опосредование, никакое обсуждение дальнейших результатов для квалификации сделки по ст. 169 ГК не нужны, излишни и ошибочны.

Договор о продаже акций или нефти никак не нарушает основ правопорядка, хотя бы стороны в дальнейшем намеревались получить неоправданные налоговые выгоды или даже употребить вырученные средства на совершение сколь угодно тяжких преступлений.

А вот договор о подделке документов всегда нарушает основы правопорядка, даже если мотив сделки — вызволение человека из неволи.

Если правильно различать цель и мотив сделки, то мы обнаруживаем то, о чем постоянно говорят ведущие цивилисты: сфера применения нормы ст. 169 ГК весьма мала, эта норма является средством чрезвычайным и исключительным³.

¹ Новицкий И.Б. Указ. соч. С. 196.

² Пункт 1 постановления Пленума ВАС РФ от 10 апреля 2008 г. № 22 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с применением статьи 169 Гражданского кодекса Российской Федерации».

Это Постановление позволило в значительной мере нормализовать ситуацию с применением ст. 169 ГК. Однако, помимо этого, конечно, чрезвычайно важного эффекта, я хотел бы заметить, что данное Постановление толкование мотива и цели сделки применительно к содержанию ст. 153 ГК, определяющей сделку, бесспорно, выходит за рамки ст. 169 ГК и должно учитываться при разграничении мотива и цели сделки и в других случаях.

³ См., например, замечания А.Л. Маковского: Сфера применения статьи 169 ГК РФ // Закон. 2007. № 4. С. 8–9. Едва ли можно найти сколько-нибудь авторитетного цивилиста, занимающего противоположную позицию.

На практике весьма часто неверно определяется предмет иска по ст. 169 ГК.

По точному смыслу закона у иска по ст. 169 ГК может быть только один предмет: взыскание исполненного в доход Российской Федерации (при исполнении сделки одной стороной – взыскание причитающегося в возмещение полученного). Никакого иного предмета иска, кроме конфискации исполненного (причитающегося), быть не может.

Между тем истцы нередко заявляют требования совсем иные.

Например, налоговая инспекция оспаривала договор аренды оборудования, ссылаясь на то, что фактически оборудование арендатору не передавалось, договор имел целью укрытие от налогообложения оборотов по переработке и реализации нефтепродуктов и использование налоговых льгот, имевшихся у арендатора. Истец требовал взыскать сумму неуплаченного акциза – 30 309 119 руб. Суд квалифицировал договор по ст. 169 ГК и взыскал сумму акциза¹.

Примеры такого рода исков нередки.

Не может быть сомнений, однако, в том, что обязанность уплаты акциза, как и иного налога, – не гражданская и не может быть вообще целью сделки, равно как и предметом исполнения договора. Об этом уже говорилось. Но по ст. 169 ГК может быть взыскано только исполненное либо подлежащее исполнению по сделке.

Суммы неуплаченных налогов никогда не могут быть предметом требования по ст. 169 ГК.

Если сделка не исполнена либо и не предполагается ее исполнения, что характерно для сделок мнимых и притворных, то предмета иска вовсе нет.

В приведенном выше примере мотивировка решения указывает именно на мнимость сделки, и суд в соответствии с п. 1 ст. 170 ГК РФ отбрасывает мнимую сделку и применяет нормы налогового права, взыскивая сумму акциза, исходя из действительного, а не мнимого положения вещей. Все сделано вполне корректно, кроме одного: никаких оснований не только для применения (ст. 169 ГК, впрочем, фактически и не применена судом), а даже и для упоминания нормы ст. 169 ГК здесь нет.

Следующим возникает вопрос: а может ли быть иск только о признании сделки антисоциальной, без всяких имущественных требований?

Этот вопрос решается в рамках ст. 166 ГК РФ: истец должен обосновать свой интерес в предъявлении такого иска. Очевидно, что если сделка не исполнена, то интерес в квалификации сделки по ст. 169 ГК может быть только один: не допустить ее принудительного исполнения, лишит возникшие из сделки обязательства юридической силы. При ближайшем рассмотрении оказывается, однако, что в реальной жизни такой иск просто не может возникнуть. Заведомая, очевидная всем направленность сделки против основ правопорядка и нравственности делает фактически невозможным принудительное исполнение такой сделки. Невозможен иск о понуждении лица, обязавшегося поджечь магазин, но уклоняющегося

¹ Постановление ФАС ПО от 9 февраля 2005 г. № А55-1941/04-40. Дело помещено в издании: *Трофимов В.Н.* Недействительность сделок: Сборник судебной практики с комментариями. М., 2006. С. 101–105. Как следует из комментария, у автора не вызывает сомнения обоснование состоявшегося судебного решения.

от своего обязательства, к его исполнению. Невозможны и все прочие иски о понуждении к исполнению из ст. 169 ГК по самому своему содержанию.

Собственно, здесь — один из надежнейших практических тестов на выявление сделки, подпадающей под норму ст. 169 ГК: если суд, исходя из принятых в обществе представлений, сможет обязать должника к исполнению, то договор не имеет цели, противной основам правопорядка и нравственности; если это никак невозможно — значит, сделка охватывается нормой ст. 169 ГК. Поэтому договор о проведении аудита или продаже акций может быть принудительно исполнен, а значит — не охватывается ст. 169 ГК, а иск об исполнении договора о продаже ребенка ни в каком случае не может быть удовлетворен, и стало быть, перед нами договор, нарушающий основы правопорядка и нравственности.

Значит, в жизни иск о признании неисполненной сделки антисоциальной появиться не может; интереса в таком иске у кого-либо обнаружить невозможно, понимая, конечно, под интересам насущную, а не придуманную либо искаженную потребность. Но ГК последних не признает и не защищает.

Возвращаясь к вопросу о действии нормы о конфискации в рамках ст. 169 ГК, мы не можем не заметить, что в известной мере действие этой нормы слабее, чем действие реституции по ст. 167 ГК: взысканию подлежит только исполненное (подлежащее исполнению) в натуре, пока оно имеется у сторон. Замена утраченного исполнения денежной суммой, в отличие от механизма ст. 167 ГК, не предусмотрена. Не может быть заменено деньгами и исполнение в виде пользования, работ или услуг — не важно, носили эти работы или услуги антисоциальный характер или являлись вполне допустимыми. Например, если одна сторона в счет ремонта дома подделывает для другой паспорт, то предмета конфискации нет вовсе, если не считать фальшивого паспорта, который, впрочем, как объект права собственности не выступает. Между тем конфисковано может быть лишь то, что является объектом права собственности.

Полученное в порядке исполнения антисоциальной сделки имущество, оказавшееся у третьих лиц, может отыскиваться у них только на общих основаниях. Квалификация сделки по ст. 169 ГК в этом случае влечет лишь утрату этими лицами права на имущество, и не более того. Владельцы сохраняют позицию для защиты незаконного владения, для владения по давности или залога, по правилам ст. 302, 234 ГК. Иными словами, действие судебного решения о признании сделки антисоциальной в отношении третьих лиц тождественно действию о признании сделки незаконной (ст. 168 ГК) с той только разницей, что истцу для истребования имущества у третьих лиц нужно как-то получить право собственности. Но одного только решения о взыскании имущества в доход государства для возникновения права собственности недостаточно; да суд и не вправе вынести такое решение, если в момент рассмотрения дела имущество уже находится у третьих лиц, если только оно не передано им условно и на срок.

Отсюда вытекает, что если по своему характеру данная антисоциальная сделка не дает фактической возможности конфискации, то право на иск по ст. 169 ГК отпадает.

Весьма распространенный в практике подход, когда по ст. 169 ГК квалифицируются мнимые и притворные сделки, прикрывающие какие-либо налоговые мотивы, следует признать противоречащим закону. Выше этот вопрос уже затрагивался.

Во-первых, сама по себе цель сторон притворной сделки — скрыть другую сделку, сколь бы незаконной эта прикрытая сделка ни была, — не является целью, противной основам правопорядка и нравственности, т.к. законодатель указал иное, специальное последствие притворной сделки — применение правил, относящихся к прикрытой сделке.

В-вторых (и это относится также и к мнимым сделкам), притворные сделки не исполняются (исполняются только прикрытые), поэтому они не могут влечь конфискацию, а значит — не дают права на иск по ст. 169 ГК.

Видимо, следует сделать ряд оговорок относительно мнимых сделок. По своей сути они не порождают обязательства и не могут породить никакого иного права — ведь сделка заключается без намерения создать соответствующие ей правовые последствия. Поэтому даже если по этой сделке передается имущество, то на него также не может возникнуть право у получателя. Это вполне понятно. Но важно и другое; у получателя не может возникнуть не только право, но и незаконное владение в том смысле, который ему придается ст. 302 ГК. Поскольку передача имущества направлена на создание видимости передачи, то получатель не становится приобретателем и не получает защиты по ст. 302, 234 ГК.

Если владение — физическое, фактическое (независимо от наличия права) господство над вещью, то *имитация господства владением, конечно, не является.*

Однако сама по себе такая, выходящая за рамки норм о защите владения, позиция не может рассматриваться как противная основам правопорядка, а тем более — нравственности. Здесь вовсе не затронут публичный интерес, и речь идет об отпадении тех ограничений в защите собственности, которые вводятся нормами ст. 302, 234 (а также и п. 2 ст. 223) ГК. Иными словами, ситуация имеет только частноправовое значение, не дающее оснований для применения ст. 169 ГК.

Наконец, если законодатель специально различает сделки антисоциальные, с одной стороны, и мнимые и притворные — с другой, регулируя каждую из них разными нормами, то нет никаких оснований для отождествления этих сделок, что, к сожалению, делается сплошь и рядом.

Вообще говоря, можно измыслить ситуации, когда притворная сделка прикрывает антисоциальную. Например, предположим, что одна сторона заказывает другой незаконное изготовление порнографического фильма, но для прикрытия стороны заключают договор о проведении консультаций, чтобы оформить платеж изготовителю из средств заказчика. В этом случае притворная сделка отбрасывается как ничтожная (но отнюдь не квалифицируется в качестве антисоциальной), а прикрытая квалифицируется как антисоциальная, т.е. применяются относящиеся к ней правила. Поскольку эта сделка исполнена хотя бы одной стороной, взыскивается в доход государства сумма вознаграждения изготовителю.

Но чаще всего стороны не имеют никакого намерения обнаруживать антисоциальную сделку, даже и прикрывая ее другой, — ведь притворная сделка всегда заключается для ее демонстрации, предъявления третьим лицам или государственным органам тем или иным способом. Поскольку весьма редко любого рода демонстрация самой связи между сторонами антисоциальной сделки входит в их намерения¹,

¹ Например, в приведенном выше примере с изготовлением порнографического фильма любое обнаружение связи между уличенным в изготовлении порнопродукции лицом и заказчиком, даже при

весьма редко — практически, пожалуй, никогда, — антисоциальная сделка не будет прикрываться другой. Поэтому квалификация действий сторон одновременно по ст. 170 и ст. 169 ГК представляется практически невероятной и чаще всего — сигнализирует о допущенной юридической ошибке.

Для целей публичного преследования ст. 169 ГК, несмотря на наличие в ней элементов публичности, непригодна. Как и любая норма ГК, она исчерпывается только имущественным интересом. Поэтому, если в основании иска по ст. 169 ГК истцы указывают на обстоятельства, так или иначе совпадающие с тем или иным публичным правонарушением, обычно — уголовным преступлением, то это само по себе ставит под сомнение право суда в рамках гражданского процесса о признании сделки антисоциальной и ничтожной и применении последствий ее антисоциальности устанавливать такие факты, которые сопряжены с уголовным или иным публичным правонарушением.

Например, в рамках иска о признании договора на аудит акционерного общества истец ссылался на то, что ответчик составил заведомо ложное аудиторское заключение. Между тем в соответствии со ст. 11 Закона об аудите и аудиторской деятельности аудиторское заключение может быть признано заведомо ложным не иначе как решением суда, при этом такое решение является основанием для привлечения лица, подписавшего аудиторское заключение, к уголовной ответственности по ст. 202 УК РФ. Следует сделать вывод, что, пока не состоялось решение суда о признании аудиторского заключения заведомо ложным, суд не вправе устанавливать такой факт в ином порядке, кроме порядка, предусмотренного ст. 11 Закона об аудите и аудиторской деятельности. Стало быть, правомерным будет вывод, что иск по ст. 169 ГК для конфискации платы, полученной аудитором (и ни для какой иной цели), может последовать не иначе как после признания аудиторского заключения заведомо ложным. Обратный порядок исключен, поскольку, во-первых, нельзя придавать общей норме ст. 169 ГК преимущество перед специальной — ст. 11 Закона об аудите и аудиторской деятельности, а во-вторых, нарушается такая важная гарантия, как презумпция невиновности.

Получается — и так нередко и бывает, к сожалению, на практике, — что добиться обвинения лица в совершении серьезного правонарушения посредством иска по ст. 169 ГК гораздо проще, чем средствами уголовного преследования. Но норма ст. 169, как и другие нормы ГК, совсем не предназначена для таких целей.

Возвращаясь к критиковавшейся выше практике смешения мотива и цели сделки, здесь можно заметить, что неопределенность и произвольность мотива несут в себе серьезные угрозы презумпции невиновности.

Очевидно, что недопустимо говорить о вине в виде умысла сторон, если обсуждать не права и обязанности, созданные сделкой, т.е. ее известный сторонам результат, а какие-либо иные, заранее не известные и в норме ст. 169 ГК не указанные фактические обстоятельства. Даже нормы уголовного права не позволяют квалифицировать в качестве виновного отношение обвиняемого к тем последствиям, которые не описаны в законе в виде определенных юридических фактов, локализованных в пространстве и во времени. Тем самым сложившаяся практи-

категорическом отрицании факта заключения конкретного договора, существенно порочит заказчика и едва ли подвигнет его на демонстрацию каких-либо деловых связей с автором.

ка применения ст. 169 ГК РФ входит в противоречие с принципом презумпции невиновности, поскольку, как известно, нарушение основ правопорядка и нравственности тем или иным лицом увязывается в общественном мнении с совершением им преступлений.

В приводившемся выше деле против аудитора привлек внимание и другой аспект. Истец указывал, что аудитор неправильно проводил аудиторское исследование и составлял аудиторское заключение, в частности, ряд существенных, по мнению истца, обстоятельств не был указан в заключении, но был описан в письме аудитора руководству компании (такая форма предусмотрена законодательством для изложения менее значительных фактов). Тем самым в иске содержался довод, что договор является антисоциальным, поскольку при его исполнении были допущены серьезные нарушения закона.

Этот довод ошибочен в рамках ст. 169 ГК. Если верно предположение, что договор исполнен неправильно, с нарушением закона, то верным будет другое предположение: при иных действиях должника договор мог быть исполнен правильно. Но если договор мог быть исполнен без нарушений закона, то это значит, что в момент его заключения в нем не было ничего противного основам правопорядка и нравственности. Ведь по точному смыслу ст. 169 ГК сделка по своей цели, по характеру своих прав и обязанностей заведомо противна основам правопорядка и нравственности. Не может быть такого, чтобы антисоциальная сделка была законной в момент заключения и стала антисоциальной в порядке исполнения.

Договор о продаже ребенка никак нельзя исполнить так, чтобы он стал законным в процессе исполнения.

Еще раз повторю: суть нормы ст. 169 ГК в том, чтобы исключить исполнение антисоциальной сделки. Это исполнение заведомо недопустимо. Конфискация — санкция за исполнение, причем за исполнение в соответствии с условиями сделки, ведь уже в этих условиях была очевидна цель, противная основам правопорядка и нравственности.

Ни в коем случае конфискация не может быть санкцией за неправильное, ненадлежащее исполнение сделки.

Довольно много путаницы — об этом уже говорилось — в соотношении нормы ст. 169 ГК, которая, безусловно, имеет значение общей нормы, пусть и в качестве квалифицированного состава, предусмотренного ст. 168 ГК, по отношению к различным специальным нормам о сделках.

Так, акционерное общество, продав акции другому обществу, столкнулось с иском налоговых органов, в котором содержалось утверждение о продаже акций по цене ниже рыночной стоимости¹. Причиной занижения цены истец указывал то, что продавец и покупатель входили в один холдинг, а руководство и оформление хозяйственных операций осуществлялось централизованно. Истец расценивал продажу как совершенную с целью уклонения от уплаты налогов и квалифицировал сделку по ст. 169 ГК. В исковом заявлении истец просил суд взыскать в доход Российской Федерации акции в количестве, пропорциональном сумме занижения стоимости акций.

¹ Я оставляю в стороне вопрос, насколько убедительно обосновано занижение цены, — он имеет частный характер.

Между тем в силу ст. 40 Налогового кодекса РФ при отклонении, в том числе — занижении, цены товара более чем на 20 % налоговые органы доначисляют налог и пени исходя из рыночной стоимости. Тем самым законом установлены определенные последствия занижения цены отчуждаемого имущества, причем сама сделка рассматривается как действительная (в противном случае невозможно считать оборот по сделке оборотом по реализации, т.е. исчезает объект налогообложения). Никаких иных санкций закон не предусматривает. Понятно, что закон не позволяет заменить по усмотрению налоговых органов доначисление налога на сумму занижения стоимости товара конфискацией самого товара. Обнаружение занижения цены не только не дает налоговым органам такого выбора, но, напротив, создает у них обязанность точно применить норму ст. 40 НК РФ — т.е. доначислить налог. В этом, собственно, и состоит правило подчинения более общей нормы (которой является норма ст. 169 ГК РФ) специальной (которой является норма ст. 40 НК РФ).

Однако та путаница, которая, как уже говорилось, характерна для применения ст. 169 ГК, и в этом случае не позволила правильно применить совершенно очевидное и простое правило: специальная норма вытесняет общую.

Даже и без этого правила следует исходить из обоснованной выше необходимости крайне узкого толкования нормы ст. 169 ГК. Ну а в том случае, когда имеется специальное правило, вовсе избавляющее от нужды обращаться к ст. 169, — всякие иски о конфискации, конечно, исключаются.

Кроме того, это дело подтверждает и другой сделанный выше вывод: налоговые обязательства не могут быть целью антисоциальной сделки (как, впрочем, и любой сделки).

Изложенные выше суждения заставляют признать, что известные текущей практике иски, в которых антисоциальными объявляются сделки о проведении аудита, о продаже акций и т.п., не имеют почвы в норме ст. 169 ГК и выходят за ее пределы, неся разрушительные последствия для гражданского оборота в нашей стране.

Представляется весьма важным вернуться на практике к тому предельно узкому пониманию нормы ст. 169 ГК, требующему ее крайне осторожного применения, которое всегда было присуще отечественной цивилистике.

С учетом этого не лишено смысла высказанное одним из участников обсуждения проблемы в Налоговом клубе в феврале 2005 г. замечательное предложение о «необходимости совершенствования ст. 169 путем ее исключения из ГК».

Возвращаясь к вопросу о соотношении мнимой и притворной сделок (при том, что они, конечно, никак не могут квалифицироваться сами по себе как нарушение основ правопорядка), я бы хотел сказать, что мнимая сделка, в отличие от притворной¹, обычно направлена на результат, который отличен от укрытия распо-

¹ Притворная сделка обнаруживается по исполнению, хотя исполнение осуществляется в силу прикрытой сделки. Речь идет именно об исполнении, о передаче имущества. Например, банк заключил кредитный договор с собственником дома и, чтобы прикрыть ипотеку, сначала купил дом собственника, а затем в тот же день продал его ему же. Собственник при этом был обязан периодическими платежами (при расчете в их суммы были включены и проценты) вносить плату за проданный ему его же дом. Впоследствии должнику были предъявлены налоговые претензии в связи с невыплатой налога с дохода от продажи дома. Собственник ссылался на то, что оба договора носят притворный характер и прикрывают кредит и ипотеку. Налоговая инспекция возражала против довода о притворности договора, ссылаясь на то, что переход права собственности зарегистрирован в ЕГРП и, стало быть, договор испол-

ряжения имуществом, от укрытия сделки. Поэтому за мнимой сделкой мы обычно не видим никакого определенного акта распоряжения имуществом, который следует считать *немнимым*, действительным. Скорее всего результат, достигаемый мнимой сделкой, состоит в создании неверного представления о действительных правах и обязанностях. Поскольку мнимая сделка, как и всякая сделка, представляет собой действие, направленное на возникновение, изменение, прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК), то ее эффект состоит, стало быть, в том, что эти вытекающие из мнимой сделки права и обязанности на самом деле не возникли. Следовательно, сохранились те права и обязанности, та имущественная ситуация, которые существовали бы без этой сделки. И такое распределение прав стороны пытались скрыть либо не допустить тех последствий, которые вытекают из такого распределения прав и обязанностей.

Можно говорить о самых разных действительных целях мнимой сделки — устранение ответственности какого-либо лица, связанной с наличием у него имущества; недопущение совершения определенного и не желаемого сторонами действия, которое становится невозможным, если бы мнимая сделка была совершена в действительности; возникновение долга или утрата права, которые были бы неизбежны, если бы возникли те последствия, на которые внешне направлена мнимая сделка, и т.д. Как видим, эти цели не тождественны укрытию акта распоряжения имуществом и не могут быть сведены к какой-либо определенной группе фактов или обстоятельств. Но для целей п. 1 ст. 170 ГК и не требуется точного уяснения целей мнимой сделки и тем более применения тех правил, которыми регулируются те отношения, в которых скрыты мотивы мнимой сделки. Достаточно лишь выяснения того обстоятельства, что стороны на самом деле не имели намерения, воли на возникновение, изменение, прекращение гражданских прав и обязанностей. Привлечение к выяснению этого обстоятельства иных отношений сторон, которыми была мотивирована мнимая сделка, имеет только доказательственное значение, и хотя такое доказывание по общему правилу обычно имеет место, нормой п. 1 ст. 170 ГК эти отношения сторон не затрагиваются, в отличие от нормы п. 2 ст. 170 ГК, когда, напротив, после обнаружения притворности сделки суд обязан обсудить правила, относящиеся к прикрытой сделке. Поэтому, если применение п. 2 ст. 170 ГК всегда требует наличия *двух* договоров — притворного и прикрытого, то в силу п. 1 ст. 170 ГК указывается только *один* договор — мнимый.

Очевидно, что в рамках п. 2 ст. 170 ГК невозможно применить реституцию, а квалификация прикрытой сделки исключает указание на то, что она прикрывает другую сделку, совершена для вида, без намерения создать последствия и т.д., кроме тех случаев, когда за притворной сделкой мы обнаруживаем еще одну и тоже притворную.

нен. Между тем притворный договор, как указывала налоговая инспекция, не исполняется. Этот аргумент налоговой инспекции неверен, потому что регистрация права собственности в ЕГРП не является исполнением договора, т.е. передачей купленной вещи (ст. 454 ГК). В данном случае объектом налогообложения является оборот имущества по кредиту и ипотеке, а не по двум договорам купли-продажи.

К сожалению, эта логика не чужда и арбитражным судам. Возражая против довода о том, что сделка об отчуждении имущества мнимая, арбитражные суды также обычно указывают на то, что она исполнена, потому что право собственности зарегистрировано в ЕГРП.

Понятно, что само по себе обнаружение притворной сделки далеко не всегда означает, что прикрытая сделка будет точно квалифицироваться по ГК РФ как купля-продажа, подряд, услуги, либо какой-то иной договор. Такая ситуация ожидаема для законных прикрытых сделок, хотя и они могут оказаться непоименованными, хотя и вполне законными в силу правил ст. 421 ГК. Что касается незаконных сделок, то они в большом числе случаев будут выходить за рамки ГК РФ.

В качестве примера можно привести дело, уже упоминавшееся в другой связи.

Между учреждением культуры и обществом с ограниченной ответственностью «Меридиан» был заключен договор, названный агентским, по условиям которого ООО «Меридиан» получало право на проведение в принадлежащем учреждению на праве оперативного управления Доме музыки концертов по заранее поданной заявке без права учреждения отказаться от такого концерта. Договор был оспорен собственником (учредителем учреждения) по тому мотиву, что налицо распоряжение недвижимым имуществом – Домом музыки, что само по себе запрещено в силу ст. 298 ГК. Истец ссылаясь на то, что агентский договор является притворным, прикрывающим незаконное распоряжение имуществом.

Выслушав истца, судья предложил ему точно квалифицировать прикрытый договор. В данном случае это было затруднено тем, что, с одной стороны, договор представлял собой передачу имущества в пользование без владения, что допустимо только для аренды, а с другой – являлся безвозмездным, что присуще ссуде. Но нормы о ссуде не предусматривают возможности пользования без передачи вещи. Весьма затруднительно в данном случае говорить о смешанном договоре, так как нормы о ссуде являются специальными по отношению к аренде, и эти два договора трудно считать «различными», как указывается в п. 3 ст. 421 ГК¹.

В то же время, поскольку прикрытый договор – незаконный, то его квалификация в качестве незаконного распоряжения объектом недвижимости и не требует точного совпадения с тем или иным договором, предусмотренным ГК РФ. Достаточно, чтобы договор относился к числу сделок о распоряжении имуществом. Такими сделками во всяком случае будут являться любые сделки, в силу которых получатель так или иначе пользуется имуществом, приносимыми им выгодами, его материальной ценностью. Такая позиция получателя предполагает получение им права на имущество, что в обязательственных отношениях обеспечивается тем, что собственник, не утрачивая, конечно, права собственности ни полностью, ни частично, поступает своими возможностями в отношении своей вещи, чтобы создать соответствующее право получателю.

Очевидно, что и аренда, и ссуда являются способами распоряжения имуществом и потому охватываются нормой ст. 298 ГК. С точки зрения последствий в описываемом деле истец добивался отпадения прав и обязанностей, установленных договором (п. 1 ст. 167 ГК). Но если бы имущество было передано, то истец мог бы требовать, конечно, его возврата в порядке реституции независимо от неясности квалификации прикрытого договора. Точно так же не повлияла бы эта неясность и на отношения по компенсации пользования имуществом (п. 2 ст. 167 ГК) в том

¹ Можно, видимо, сформулировать в виде общего правила, что договоры одного типа не смешиваются в принципе.

случае, когда имелось бы пользование без передачи владения, как это характерно для концертного зала.

Поэтому незаконность прикрытой сделки может иметь одним из своих проявлений затруднительность или даже невозможность квалификации прикрытой сделки¹.

Несколько отвлекаясь, обсудим вопрос, который иногда возникает при обсуждении соотношения норм ст. 170 и 179 ГК. Некоторые цивилисты удивляются, как может сохранять силу оспоримая сделка, если она сама по себе является преступлением. Разве такая сделка не нарушает основы правопорядка? Например, если под видом алмазов проданы стразы, то такое действие образует состав мошенничества. В то же время, если сделка специально не оспорена, то она сохраняет действие. Нет ли в этом противоречия? Нет, закон противоречий не содержит. Здесь дело в том, что ни продажа алмазов, ни продажа стразов не являются сами по себе сделками, нарушающими основы правопорядка. Для квалификации по ст. 170 ГК необходимо, чтобы исключительно *содержание сделки*, а именно те права и обязанности, которые ею установлены, нарушали основы правопорядка. Продажа стразов, как и оплата стразов, не может поколебать основы правопорядка. А вот *мотивы*, которые преследуют стороны, не способны повлиять на природу сделки.

НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ СДЕЛКИ И ХИЩЕНИЕ

В практике уголовного преследования все большую роль приобретает квалификация сделок, поскольку в составе многих преступлений, вменяемых предпринимателям, именно совершение сделок оказывается в центре описываемого обвинением преступления.

Понятно, что оценки сделок средствами УК далеко не всегда оказываются убедительными, если учесть что в рамках не только уголовного, но и гражданского права остается немало слабо разработанных пунктов.

Например, существует представление, что если среди действий, квалифицированных как преступление, имеется сделка, то эта сделка не может быть действительной.

Известна также позиция, согласно которой отчуждение имущества ниже стоимости является хищением.

Имеются и другие суждения, кажущиеся верными, пока мы не обратимся к основам гражданского права — а сделки все же не могут квалифицироваться никакими иными средствами.

Поэтому если наука гражданского права оставит эту сферу правоприменения без внимания, то мы рискуем оказаться перед самыми сомнительными позициями, ставшими фактом судебной практики, что повлечет существенные искажения многих существующих представлений.

¹ Д. Шекин отмечает, что иногда «сложно доказать притворность сделки в силу того, что прикрытая сделка трудно просматривается при анализе прикрывающей сделки» (Шекин Д. М. Налоговые последствия недействительных сделок. 2-е изд. М., 2004. С. 98). Применительно к мнимым сделкам, как это было показано выше, прикрытой сделки вовсе невозможно усмотреть, и квалификация спорной сделки как мнимой затрудняется, наряду с прочим, теми трудностями, которые возникают при выявлении тех отношений и тех хозяйственных целей, для которых совершена мнимая сделка.

Пожалуй, имеет смысл начать с выяснения того, является ли продажа имущества ниже стоимости хищением.

Думаю, что обсуждение этого положения нужно предварить другим, которое возьмем за фундаментальное: **хищением является получение чужого имущества против воли собственника.**

Дело не только в том, что из этого исходит наука уголовного права¹.

Такое понимание кражи было присуще римскому праву, и из него выросло само понятие права собственности.

Известно, что римское понимание кражи было шире современного — например, использование залогодержателем заложенной вещи и получение от нее плодов по римскому праву считалось кражей, что едва ли согласуется с современными подходами. Поэтому наш исходный тезис правильнее уточнить следующим образом: не всякое получение чужого имущества против воли собственника — хищение, но хищение — это обязательно получение имущества не по воле собственника.

Отсутствие воли собственника на передачу (отчуждение) имущества понимается как в виде полного отсутствия воли (кража), так и в виде ее подавления или намеренного искажения (обман, злоупотребление доверием). Во втором случае и может возникать вопрос о соотношении хищения со сделкой по отчуждению имущества.

Если сделка совершена под влиянием насилия или угроз (тем самым она настолько порочна, что утрачивает признаки сделки), то хищение может квалифицироваться как грабеж (разбой). Ввиду очевидности этого случая в дальнейшем мы его затрагивать не будем. Отметим лишь то, что сделка, если она может быть отделена от собственно процесса насилия или угроз (а это бывает не так уж и часто и еще реже так квалифицируется, поскольку не влияет на судьбу уголовного обвинения), остается все же оспоримой (ст. 179 ГК).

Гораздо сложнее и важнее для экономики случаи хищения имущества, связанные с воздействием на волю собственника без насилия и угроз. Прежде всего, остановимся на составах мошенничества и присвоения с точки зрения соотношения их со сделками собственника.

При мошенничестве собственник сам передает имущество преступнику, поскольку его воля не свободна, она находится под влиянием обмана или злоупотребления доверием.

При присвоении (ст. 160 УК) имущество также передается преступнику собственником, однако вовсе не для присвоения — в этом отличие от мошенничества, когда воля собственника намеренно искажается преступником таким образом, чтобы действия собственника были направлены на передачу имущества в собственность преступника. Дальнейшие действия преступника в этом случае совершаются уже без всякого участия собственника и тем самым — не по его воле.

В то же время вверение имущества не имеет характера сделки по отчуждению этого имущества (в отличие от мошенничества); оно направлено на иные цели,

¹ Ср. с указанным Н. Лопашенко среди признаков противоправности преступления завладением имуществом «помимо и вопреки воле собственника или законного владельца» (Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономики. М., 2007. С. 56).

в том числе, возможно, — и управления, хотя скорее все же — сохранения, организации производства (переработки) и т.п.

Вообще говоря, вверением будет не только передача во владение, но и обеспечение иной власти, скажем, выдача доверенности или иных полномочий. Даже если владение понимать не только как актуальное господство над вещью, но и как имеющуюся возможность в любой момент установить такое господство, мы все же будем иметь некоторые, впрочем немногочисленные, ситуации, когда физическая власть для вверения имущества не передается.

Если для присвоения имущества владелец нуждается, кроме получения имущества (вверения), еще и в совершении собственником сделки по распоряжению имуществом, то это может быть только мошенничеством (или не преступлением вовсе). Для состава ст. 160 УК представляется важнейшим именно тот признак, что после совершенного собственником вверения имущества (что само по себе не имеет никаких признаков преступления) дальнейшие, уже преступные, действия преступник совершает самостоятельно, без участия собственника.

Иными словами, сделка по передаче имущества преступнику здесь предполагается действительной; ее недействительность, впрочем, не исключена, но имеет, несомненно, факультативный характер и никак не влияет на квалификацию преступления.

Хищение — это безвозмездное действие¹. Это утверждение, которое, насколько известно, не подвергалось до сих пор сомнению в силу прямого указания в законе (примеч. 1 к ст. 158 УК), в частности, означает, что любая возмездность предполагает вступление в соглашение с собственником, а соглашение — это отчуждение *по воле* собственника, сделка.

Если мы ограничили свой анализ только сделками, то возникает вопрос: как увязывается хищение посредством сделки с установленной законом ее безвозмездностью? Ведь понятно, что речь не идет о дарении — такие сделки не свойственны предпринимательству и без запрета, установленного ст. 575 ГК; понятно, что и в уголовно-правовой практике их практически нет.

Правило, применяемое при толковании УК, согласно которому если собственник получил некоторую компенсацию (возмещение), то хищение осуществляется в разнице между этой компенсацией и стоимостью вещи (раз нет сделки, то нет и цены; имеется только стоимость), ставит вопрос о связи этой практики с нашими тезисами. Можно заметить, что комментаторы УК употребляют обтекаемые обороты: имущество «оставлено» собственнику и т.п. Насколько можно судить, плата за товар не может считаться такой компенсацией, поскольку она является условием договора, ставшего результатом воли собственника. В то же время, если для целей

¹ Лопашенко Н.А. Указ соч. С. 36.

Как известно, возмездность и эквивалентность — это не одно и то же. Возмездность означает наличие какого-либо встречного имущественного предоставления, без обязательного приравнивания стоимости. Впрочем, в науке уголовного права имеется иная точка зрения, речь идет об эквиваленте (Там же. С. 59). А. Бойцов говорит о «символическом либо неадекватном возмещении» (Бойцов А.И. Преступления против собственности. СПб., 2002. С.249). Понятно, что такое соотношение должно быть понятным обеим сторонам — и собственнику, и преступнику.

обмана мошенник что-то передавал потерпевшему, то такая передача является соразмерной платой (ценой вещи) лишь постольку, поскольку сделка действительна или хотя бы лишена пороков воли. В последнем случае оплата не может рассматриваться как стоимость вещи.

Но не всегда в рамках уголовного дела проводится аннулирование сделки по мотиву порока воли, да и по другим основаниям. Строго говоря, это и формально невозможно, так как уголовный процесс не допускает споров о признании сделок недействительными и применения последствий недействительности сделок. Поэтому обвинение в мошенничестве не связано процессуально с признанием сделки мошенника недействительной.

Этот факт влечет два следствия: во-первых, для осуждения за мошенничество, как и иное хищение, вовсе не требуется предварительно признавать сделку недействительной, а во-вторых, доводы обвинения о недействительности или порочности тех или иных сделок никакого отношения к применению уголовного закона не имеют и потому не только не усиливают обвинение, но ввиду своей иррелевантности, неотносимости к делу, скорее его ослабляют.

В то же время доказанность средствами уголовного процесса обмана, насилия, угроз предрешает установление этих фактов в гражданском споре о недействительности соответствующей сделки. Но эта предрешенность все же не тождественна утверждению о недействительности сделки по отчуждению имущества в силу одного только вынесения обвинительного приговора.

Вполне понятно, что уголовное право не может иметь иные, отличные от ГК, основания для признания сделок недействительными или что наличие приговора, обвиняющего сторону сделки в хищении, само по себе является свидетельством недействительности сделки, совершенной преступником.

Следовательно, по материалам уголовного дела соответствующая сделка, обычно — оспоримая, может называться лишь сделкой с установленным пороком (поскольку обман установлен приговором), но не недействительной. Ни для уголовного, ни для гражданского закона такая квалификация сама по себе прямых юридических следствий не влечет и имеет смысл лишь постольку, поскольку позволяет избавиться от неточного тезиса об автоматически вытекающей из обвинительного приговора недействительности сделки.

И совсем уж лишено оснований обратное утверждение — что несоответствие сделки закону (ст. 168 ГК) является признаком ее противоправности как одного из признаков преступления.

Понятно также, что недопустимо расширять способы подавления воли, влекущие квалификацию сделки как преступления, иными, кроме указанных в УК. В том и состоит смысл уголовного закона, что из всех известных праву форм и способов подавления воли собственника законодатель выбирает только некоторые, которые ему представляются более опасными.

Например, известный ГК способ подавления воли собственника путем использования стечения тяжелых обстоятельств (ст. 179 ГК) не влечет квалификации действий стороны как хищения.

Можно также указать, что УК ограничивает угрозы, применяемые для получения имущества, указанными в ст. 163 УК, тогда как ст. 179 ГК допускает любые угрозы.

Это соотношение закреплено в известном и весьма важном выводе, что хищение — действие, запрещенное *уголовным* законом¹.

Уголовный закон, что вполне понятно, вводит меньше запретов касательно сделок, чем закон гражданский.

Но и гражданский закон указывает ограниченное число запретов, позволяющих квалифицировать сделку как правонарушение. В большинстве случаев российское гражданское право ограничивает совершение сделок не столько путем запрета, сколько путем различных позитивных предписаний, что, с одной стороны, серьезно осложняет гражданский оборот, но с другой — лишает истинности априорное суждение, что любая незаконная сделка является гражданским правонарушением (например, нельзя считать правонарушением то, что стороны не облекли сделку в предписанную законом форму). Ведь гражданское правонарушение означает нарушение частного субъективного права; между тем нарушение совершаемое обеими сторонами сделки, едва ли может быть нарушением частного права одной только стороны. А такого допущения, чтобы обе стороны были одновременно и нарушителем и потерпевшим, ввиду его абсурдности мы обсуждать не будем. Это верно и для односторонней сделки. Скажем, если представляемый забыл указать в доверенности дату совершения и тем самым лишил ее юридической силы, то, считая его нарушителем права (а это не так), придется признать его и потерпевшим, что лишает смысла любые апелляции к конструкциям правонарушения и ответственности.

Даже в рамках тех далеко не общепризнанных теорий, которые признают заключение любой недействительной сделки действием неправомерным, противоправным, не ставится под сомнение, что вина сторон не является обязательным свойством недействительных сделок, так как вина — это отношение не к факту нарушения закона, а к вредным последствиям, причиняемым нарушением другим лицам². Но если вина даже в ее гражданско-правовом значении не присуща недействительным сделкам, то лишено всякого смысла указание на недействительность сделок в рамках уголовного обвинения. Такое указание, как уже говорилось, не усиливает, а ослабляет обвинение.

Больше оснований говорить о вине (в частном праве) появляется при нарушении императивных норм гражданского закона, т.е. запретов (в уголовном праве вина возможна только как нарушение запрета, установленного *уголовным* законом, — об этом уже говорилось³), хотя и в этом случае должно выявляться отношение нарушителя к причиненному им вреду.

¹ Лопашенко Н. А. Указ. соч. С. 56; Бойцов А. И. Указ. соч. С. 248.

² Подробнее см.: Гутников О. В. Недействительные сделки в гражданском праве. 3-е изд. М., 2007. С. 48 и сл. О. В. Гутников настаивает на ошибочности мнений, отождествляющих недействительные сделки с правонарушениями, и приводит соответствующую литературу.

³ Позитивные правила для совершения сделок вообще не могут устанавливаться уголовным законом — ему недоступны регулятивные возможности. Но это отнюдь не означает, что уголовное преследование должно распространять свою опеку на сферу позитивного гражданского законодательства.

Но как раз нарушение запретов и не вызывает практических трудностей (а это лишний раз говорит в пользу того, чтобы регулировать заключение сделок посредством запретов, а не позитивных предписаний и описаний, как это пока делается в ГК РФ). Действительные затруднения связаны с обвинениями в нарушении общих положений ГК, несколько не имеющих формы запрета и даже какого-либо позитивного правила.

Иногда приходится сталкиваться с аргументом, что сделка является незаконной в силу нарушения общих положений, например ст. 1 ГК.

В ст. 1 ГК описываются основные черты метода гражданского права, который, как известно, произведен от предмета. Предмет же, в свою очередь, состоит из отношений собственности, имущественных отношений, выражающихся, как писал О.А. Красавчиков, в «экономических актах участников»¹. Эти акты, т.е., главным образом, сделки, и формируют предмет гражданского права². Связь собственности с личностью собственника и предопределяет то, что только по воле собственника может происходить движение имущества. Этот волевой акт собственника («экономический акт») — стало быть, предопределен, выражает суть отношений участников экономики и вызывает к жизни само гражданское право. Такие черты сделки, как равенство, неприкосновенность собственности, свобода договора и др., — даны самой сделкой, перенесены ею на закон, но являются все же не привнесенными экономической политикой свойствами гражданского законодательства, а даны ему предметом.

Иными словами, в описании предмета и метода гражданского права содержатся уже и описание сделки в целом (как «экономического акта»), а также по отдельности ее свойства — автономия, свобода, равенство сторон и пр.

Отсюда ясно, что сделка не может не соответствовать ст. 1 или 2 ГК. Другое дело, что вмешательство государства в частные отношения приводит к сужению возможности заключения сделок. Установленные законодателем для конкретных целей в *конкретных нормах* правила заключения сделок выступают их ограничителем, что и порождает возможность недействительности сделки в силу несоответствия ее закону (ст. 168 ГК). В этом случае тот экономический акт, который совершен собственником, являясь сделкой³, не порождает юридического эффекта в силу нарушения закона.

Эту связь можно выразить так: любой частный экономический акт, коль скоро он совершен свободно, по своему усмотрению и т.д., участником оборота, является сделкой, но некоторые сделки, оставаясь сделками, не порождают юридического эффекта в силу указания определенного закона, описывающего те или иные правила совершения сделок. Такие сделки признаются недействительными, причем в зависимости от избранной модели могут быть либо ничтожными, либо оспори-

¹ Цит. по: Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд. М., 2006. С. 37.

² Подробнее этот процесс описан в указанной работе В.Ф. Яковлева.

³ Преувеличение роли закона в частном праве приводит к возникновению теории, отрицающей за ничтожной сделкой качества юридического факта. Я здесь не буду заниматься разбором этой позиции, имеющей и мало практической ценности, и вовсе не относящейся к обсуждаемому вопросу. Подробнее см.: Гутников О.В. Недействительные сделки в гражданском праве. С. 27 и сл.

мыми. Норма ст. 168 ГК вводит общее правило ничтожности с предусмотренными законом изъятиями, хотя многие цивилисты достаточно убедительно высказываются за то, чтобы общим следствием несоответствия сделки закону была бы, напротив, оспоримость, а ничтожность — только в случаях, прямо в законе указанных.

Вторжение государства в эту сферу возможно, следовательно, путем установления дополнительных условий заключения сделок, данных самой жизнью, но не законом.

Пороки воли, которые могут повлечь утрату сделкой своих юридических качеств, — не продукт законодательной политики, а отражение самой сути волеизъявления, которое закон может лишь описать, но не может никак изменить. Понятно, что закон может так или иначе относиться к форме сделок, то сужая, то расширяя формальные требования, закон может ограничивать сделки, выводя те или иные вещи за пределы объектов права и т.д. Но закон не в состоянии придать, скажем, дорожно-транспортному происшествию качеств сделки, хотя оно и порождает обязательство.

Я здесь не буду касаться достаточно хорошо известных исторических, социальных и экономических обстоятельств возникновения конструкции оспоримых сделок, пороки которых могут быть задним числом исправлены волей участников оборота. Достаточно сказать, что и здесь не закон, а именно участники оборота решают, придать ли акту качества сделки или отбросить этот акт, а закон лишь признает такое положение вещей.

Итак, любая сделка, пока она сделка и потому что она сделка, имеет те качества, которые описаны в ст. 1 ГК. Не может быть, повторюсь, сделки, противоречащей ст. 1, 2 ГК.

Отсылка к ст. 1, 2 ГК возможна только путем выявления того факта, что соответствующие имущественные акты лишены тех свойств, которые присущи сделке. В этом случае речь идет о том, что по своей сути, независимо от того или иного определенного¹ закона, акт по передаче имущества сделкой не является. Так, не является сделкой кража или самоуправное отобрание вещи — именно потому, что они не являются актами свободного волеизъявления собственника. Однако ввиду очевидности этих ситуаций и здесь прибегать к их квалификации посредством отсылки к самым общим нормам ГК не приходится.

Возвращаясь к вопросу о продаже товара ниже стоимости, мы должны повторить, что сама по себе такая продажа отвечает гражданскому закону и не может преследоваться в рамках гражданского права. Как уже говорилось, только в случае порока воли мы вообще можем различить цену и стоимость. Иначе они совпадают, т.е. в действительной сделке цена равна стоимости.

Поэтому правильнее говорить о выгодной или невыгодной сделке.

Но невыгодность договора, конечно, не свидетельствует о том, что он совершен не по воле собственника и что другая сторона тем самым совершает преступление или правонарушение. Выгода или невыгода вовсе не являются предметом правового регулирования. Нормы ГК направлены исключительно на то, чтобы участники

¹ Закон вообще всегда определен, иначе он не закон. Однако некоторые факты текущей судебной практики заставляют, увы, прибегать и к таким уточнениям.

оборота совершали договоры своей волей на любых условиях, которые они свободно принимают. Между свободным решением и решением, принятым своей волей, нет и не может быть различия. Несвободное решение принимается под внешним влиянием, которое имеет своей целью именно волю стороны.

Это означает, что если цена договора ниже рыночной, то порок договора тем не менее должен отыскиваться в сфере нарушения свободы воли лица.

С точки зрения гражданского оборота была бы полной катастрофой возможность аннулирования договоров по причине их невыгодности для одной из сторон. Очевидно, что это означало бы немедленный крах всей экономической жизни, а значит — и существования общества.

По буквальному смыслу ст. 451 ГК расторжение договора возможно в связи с существенным изменением обстоятельств, если они изменились настолько, что если бы стороны могли это разумно предвидеть, то договор вообще не был бы заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях.

Из этой известной нормы вытекает, что если стороны предвидят последствия договора, то они не вправе ставить вопрос о его расторжении, а тем более — о недействительности.

Тем самым можно уверенно сказать, что не только субъективная ошибка стороны в части определения цены не может влечь недействительности сделки¹, но и вполне сознательное допущение невыгодности, более того — обоюдное понимание сторонами, что договором установлена цена ниже той, которую они бы считали рыночной для другого случая, не порочит сделку.

Критикуя суждение суда, что продажа имущества по заниженной цене позволяет квалифицировать сделку в части неоплаченного имущества как дарение, Л.А. Новоселова резонно отмечает, что с этим подходом нельзя согласиться, поскольку стороны действуют своей волей и в своем интересе².

Причины, по которым стороны заключают невыгодный договор, являются мотивами сделки и лежат за ее пределами по общему правилу: мотив не влияет на действительность сделки.

Известные оговорки должны быть сделаны лишь относительно оспаривания сделок несостоятельного должника — сам факт этих исключений показывает, что за их рамками сделки действительны.

И только в том случае, когда стороны заключают сделку мнимую или притворную, она оказывается недействительной, но именно потому, что воля сторон не была направлена на ее заключение.

Попутный вопрос: насколько допустимы сделки, совершенные лицами, находящимися в юридической или иной зависимости от другой стороны сделки, допускающей определять решения этой стороны. В частности, в ст. 105 ГК говорится о такого рода связи между дочерним и зависимым обществом.

¹ Еще раз обращаю внимание на то, что закон дает возможность лишь для расторжения договора в силу его скрытой невыгодности. Но во всех случаях — и при скрытой, и при явной невыгодности — договор действителен.

² Новоселова Л.А. Комментарий к Обзору практики рассмотрения споров, связанных с уступкой права требования // Вестник ВАС РФ. 2008. № 1. С. 11.

Этот пункт является достаточно важным для понимания связи свободы воли и зависимости при совершении сделки.

Вообще говоря, свобода при принятии решения о сделке никак не означает полной фактической независимости лица. Понятно, что оно испытывает множество материальных и психических влияний и воздействий, которые так или иначе влияют на формирование решения.

Но только некоторые воздействия признаются законом достаточными для того, чтобы лишить сделку силы. Они указаны главным образом в ст. 178, 179 ГК (и еще меньшее их число, как уже говорилось, имеет значение для уголовного закона). Мы можем, стало быть, сказать, что *если нет фактов, которые законом прямо указаны как влекущие недействительность (оспоримость) сделки по мотивам пороков воли, то сделка совершается свободно* (в том числе — и в смысле ст. 1 ГК).

Заметим, что закон не указывает юридической зависимости среди тех факторов, которые влияют на действительность сделки.

Постольку, поскольку материнское общество вправе давать указания дочернему, наступает не оспоримость (недействительность) сделки, но солидарная ответственность. Можно было бы порассуждать на тему о том, что солидарная ответственность указывает на возможность понимания этой сделки как фактически принятого совместного (общего) волеизъявления, подобно тому как это происходит в простом товариществе или сделке совладельцев, но важнее другое: сделка, совершенная в рамках ст. 105 ГК, всегда действительна. Это, конечно, препятствует возможности квалификации сделок, совершенных по указанию материнского общества, как способов хищения имущества дочернего общества.

Квалификация передачи имущества как хищения здесь будет зависеть, как и в случае с самостоятельным обществом, от поведения похитителя — есть ли в его действиях обман и/или злоупотребление доверием. Если имущество передается самому материнскому обществу, то ни обмана, ни злоупотребления доверием не нужно — достаточно прямого указания. Соответственно, нет и оснований для квалификации передачи как мошенничества. (О присвоении вверенного говорить еще меньше оснований — имущество дочернего общества вовсе не вверено материнскому.)

Если между потерпевшим и получившим его имущество нет отношений зависимости, то отпадают всякие основания ставить под сомнение действительность и законность передачи имущества, кроме тех, которые указаны в ст. 159, 160 УК.

Такая передача будет действительной сделкой, несмотря на доказанность угроз, давления, умелого (или не очень) использования неопытности собственника, извлечения выгод из сложившейся ситуации (скажем, аварий или отсутствия транспорта) и т.п.

Мы можем видеть, что, пока собственник своей волей распоряжается своим имуществом, невозможно говорить о хищении.

Для обоснования хищения необходимо доказать то, что имущество получено от собственника не просто с теми или иными несоответствиями закону, но именно против его воли и при этом таким образом, чтобы подавление воли собственника имело только те формы, которые указаны в УК.

Итак, действительность договора об отчуждении вещи сама по себе на самом деле является фактором, препятствующим квалификации передачи вещи как хи-

щения именно потому, что приобретатель становится собственником вещи, она для него — не чужая; тогда как уголовный закон преследует хищение *чужого* имущества. Если действительность сделки не может быть поколеблена законными способами, если сделка не имеет пороков, то хищение, стало быть, исключается. Но и в том случае, когда недействительность сделки следует из оснований, не предусмотренных УК, она не означает ни хищения, ни преступления; даже противоправность, а тем более — вина, в гражданском праве отнюдь не предполагается.

В том случае, когда уголовным процессом (не)действительность сделки не затрагивается — а она и не может затрагиваться, — состоявшееся в уголовном деле доказывание, как уже говорилось, предreshает судьбу гражданского спора в части установления соответствующих фактов постольку, поскольку такой спор будет возбужден.

Впрочем, нужно сделать и некоторые частные оговорки.

Речь идет об истребовании виндикационным иском вещей, переданных собственником мошеннику, от третьих лиц — добросовестных приобретателей. В силу известной оговорки ст. 302 ГК добросовестные приобретатели не имеют защиты против истца, если вещь была утеряна, похищена либо выбыла из владения иным путем помимо воли собственника (законного владельца). Возникает вопрос: всегда ли при наличии хищения имущество следует считать утраченным против воли собственника? Думаю, что это безусловно верно только для кражи, грабежа, разбоя.

Напротив, в случае мошенничества утрата владения против воли собственника налицо лишь в том случае, когда обман был направлен именно на получение владения — например, мошенник выдавал себя за профессионального хранителя, выманивая багаж у пассажира. Но если потерпевший по своей воле передал вещь, а обман затрагивал иные обстоятельства — скажем, преступник имел умысел не исполнять взятого на себя обязательства либо, получив вещь на время (в аренду, для ремонта, оценки и т.д.), затем ее продавал, то, как представляется, владение утрачено все же по воле собственника и он лишен защиты против добросовестного приобретателя.

Думаю, что эти же суждения применимы и к хищению путем присвоения вверенного. Здесь следует отличать, являлось ли вверение вещи одновременно актом передачи владения или владение оставалось у того же лица (и только тогда хищение будет совпадать с утратой владения). Так, передача вещи поверенному — это утрата владения и вверение имущества в смысле ст. 160 УК. В то же время передача имущества кладовщику организацией, хотя и рассматривается как вверение по ст. 160 УК, в смысле гражданского права не является утратой владения: юридическое лицо владеет через любого из своих работников, действующего в рамках должностных обязанностей. Поэтому, пока имущество у кладовщика, владение организация не утратила.

Мы видим, что действительная и лишенная пороков сделка об отчуждении имущества не может быть квалифицирована как хищение этого имущества. Но это не означает, что такая сделка не может влечь иные обвинения.

В частности, возможно обвинение в причинении вреда вследствие злоупотребления полномочиями (ст. 201 УК) и т.п.

Отдельный интерес представляет сопоставление невыгодной сделки с нормой ст. 40 Налогового кодекса РФ. Эта норма, как известно, позволяет поставить под сомнение цену сделки для целей налогообложения. (При этом сделка имеет свою цену, которая остается ценой сделки.) Не углубляясь в детали самой ст. 40 НК, отмечу, что НК, бесспорно, исходит при этом из действительности сделки, т.е. не ставит под сомнение ее юридический эффект, возникшие из этой сделки права и обязанности. Соответственно, с позиций ст. 40 НК продажа товара по цене ниже рыночной не может считаться хищением. Вытекающее из такой сделки налоговое правонарушение состоит не в отчуждении товара, а в неуплате (несвоевременной уплате) налога. Других нарушений законодатель в этой сделке не усматривает.

Впрочем, судебная практика дает пример, когда в продаже акций ниже рыночной цены с целью уклонения от уплаты налогов были обнаружены признаки сделки, противной основам правопорядка и нравственности (ст. 169 ГК). Этот подход не может не вызвать сомнений. При наличии специальной нормы ст. 40 НК РФ применение общей нормы ст. 169 ГК для того же юридического состава само по себе становится невозможным. Мотив уклонения от уплаты налогов вполне охватывается составом ст. 40 НК РФ. Более того, он всегда предполагается. Поэтому выявление этого мотива не требует переквалификации действий налогоплательщика по ст. 169 ГК. Я не говорю уж о том, что мотив вообще не имеет значения для применения ст. 169 ГК, которая указывает не на мотив, а на цель, т.е. на создаваемые сделкой права и обязанности.

Антисоциальная сделка, предусмотренная ст. 169 ГК, может оказаться в связи с уголовным преследованием лишь в том случае, когда преступниками совершена сделка, которая сама по себе, по своему содержанию, т.е. создаваемыми ею правами и обязанностями, противна основам правопорядка и нравственности. Скажем, наемный убийца договорился с заказчиком о совершении убийства, или в суде доказано обвинение в продаже ребенка.

И договор о совершении убийства, и договор о продаже ребенка – это сделки. Сделки, противные основам правопорядка и нравственности. Но сам по себе договор не влечет признание этих сделок антисоциальными, даже при всей очевидности этого. Только в одном случае – когда необходимо конфисковать полученное по такой сделке, приходится прибегать к иску по ст. 169 ГК. Никакие другие причины не являются законными для предъявления подобного иска. Весьма важно, что во многих случаях само по себе совершение антисоциальной сделки влечет и уголовное наказание. В этом случае ст. 49 Конституции РФ предопределяет субординацию средств преследования: сначала должна быть доказана вина в совершении преступления в судебном процессе, дающем обвиняемому все предусмотренные гарантии защиты начиная с презумпции невиновности и соответствующего распределения бремени доказывания. В противном случае мы оказываемся в недопустимой ситуации, когда гражданский суд обязан устанавливать факты, влекущие признание лица виновным в совершении преступления, без соответствующих гарантий.

Необходимо отметить и другое. Факт совершения преступления не означает, что сделка тем самым нарушает основы правопорядка и нравственности только потому, что преступление – нарушение основ правопорядка. Необходимо дополнительное условие: содержание сделки само по себе является недопустимым с точ-

ки зрения основ правопорядка и нравственности. В этом смысле продажа акций или нефти не могут квалифицироваться по ст. 169 ГК, так как по своему содержанию эти действия не нарушают основ ни правопорядка, ни нравственности, хотя бы при известном сочетании обстоятельств такие действия и представляли собой преступления (например, продаются чужие акции по поддельным документам).

Мошенник, прибегая к обману, стремится не привлечь к себе внимания, поэтому содержание заключаемых им сделок довольно редко будет нарушать основы правопорядка. Примером мошенничества, одновременно охватываемого ст. 169 ГК, может быть такой договор, когда мошенник обещает продать поддельный паспорт или за плату склонить чиновника к незаконным действиям, но заведомо не собирается этого делать. Такое, конечно, бывает, но в практике редко влечет квалификацию договора о подделке документов или подкупе должностного лица по ст. 169 ГК, и не потому, что содержание этих сделок терпимо с позиций основ правопорядка и нравственности, а потому, что не возникает практической надобности в конфискации исполненного по этим сделкам. А другого основания для спора по основаниям ст. 169 ГК, как известно, быть не может.

Для понимания соотношения мошенничества и нормы ст. 169 ГК может использоваться правило: когда совершена сделка, предметом которой является совершение преступления за деньги (или иное вознаграждение), которое на самом деле мошенник совершать не собирается, скорее всего имеются основания для применения ст. 169 ГК, поскольку эта сделка исполнена одной стороной. Обеими сторонами она, понятное дело, исполняться не будет — иначе нет мошенничества, а есть другое преступление, за совершение которого получены деньги.

Итак, мы приходим к следующим основным выводам:

- Хищением является получение имущества против воли собственника.
- Получение имущества по воле собственника является сделкой и не может квалифицироваться как хищение, если сделка лишена пороков воли. Именно подавление воли и позволяет считать, что имущество получено не *по воле* собственника.
- Воля на совершение сделки считается свободной, как о том говорится в ст. 1 ГК, поскольку не установлены факты, указанные законом как основание недействительности сделки (ст. 178–179 ГК).
- Продажа имущества ниже стоимости, равно как иная продажа, невыгодная одной из сторон по иным основаниям, сама по себе является действительной сделкой и не может квалифицироваться как хищение, поскольку отсутствуют факты, указанные в уголовном законе в качестве признаков хищения.
- Недействительность сделки, в том числе в силу несоответствия определенному гражданскому закону (ст. 168 ГК), не является основанием для уголовного обвинения в хищении и не влечет соответствующих уголовно-правовых последствий, а также не означает наличия вины в действиях сторон сделки.
- Вынесение обвинительного приговора за совершенное преступление не является актом признания сделки преступника недействительной, хотя во многих случаях создает предпосылки для признания сделки недействительной и применения последствий недействительности сделки по иску лица, имеющего имущественный интерес в оспаривании такой сделки.

ГЛАВА 20

РЕСТИТУЦИЯ, ВИНДИКАЦИЯ И КОНДИКЦИЯ

За десятилетие, прошедшее с первого издания книги, тема соотношения виндикации с реституцией приобрела большую популярность и стала едва ли не самым распространенным предметом научных исследований начинающих цивилистов. Появилось много работ, посвященных этим темам. Прояснились и практические аспекты применения норм о реституции. Это уже не дает оснований расценивать проблематику реституции как остро актуальную. После утверждения Президиумом ВАС РФ Обзора судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения, от 11 ноября 2008 г., в котором разрешены наиболее дискуссионные вопросы соотношения реституции и виндикации, в научном плане дискуссия по этой теме, видимо, может считаться в основном завершенной. Ведь прикладной характер юриспруденции прежде всего требует, чтобы были найдены решения возникших в жизни вопросов. После того, как эти решения найдены, бесконечное повторение ранее сказанного и опровергнутого, возвращение к многолетней дискуссии не представляет большого интереса, учитывая, что имеется множество иных, еще не решенных вопросов, требующих исследования.

В этом отношении сказанное ниже я бы просил рассматривать прежде всего как подтверждение тех позиций, которые уже изложены в упомянутом Обзоре. Сохраненная в этом издании критика имеет ту же цель толкования и обоснования принятых подходов, поскольку жанр Обзора не предполагает сколько-нибудь обширного истолкования предлагаемых решений.

Нужно, по-видимому, ввести реституцию в число известных праву явлений, квалифицировать обязанность участников недействительной сделки по возврату имущества.

Здесь мы должны снова обратиться к делению прав на вещные и обязательственные. Поскольку вопрос является дискуссионным, есть смысл показать механизмы, используемые для его решения, прежде всего идентификацию посредством классификации.

Мы уже затрагивали эту проблему в главе о дуализме гражданских прав, когда до определения собственности пытались найти ее место в системе прав. Хотя внешним образом определение предшествует освоению материала, давая инструменты для его расчленения, а классификация, как верно заметил К. Леви-Строс, появляется лишь *post factum*, вслед за явлениями, на самом деле и определение также находится под давлением эмпирии и интуиции, а не выступает чисто логической операцией.

В то же время понятия первичны по отношению к классификациям и служат последним теми опорами, на которых все классификации и основаны. Это соотношение обостряется, когда мы обнаруживаем явление, не включенное в классификацию. Это означает, что оно не может быть отнесено к тому или иному классу

и занимает позицию феномена уникального и своеобразного, который не может быть исчерпывающе определен.

Каждая подобная ситуация ставит под вопрос состоятельность правоведения как науки. Но дело не ограничивается ударом по авторитету юридического знания. Возникают и практические осложнения. Невозможность отождествить явление с другими не позволяет применить к нему известные юридические правила и грозит ему выпадением из механизма гражданского права. Фактически объявление института своеобразным означает вывод о его нетождественности со всем уже известным, отрицательный ответ на вопрос о его тождестве с каким-либо имеющимся явлением.

Поскольку отрицательный ответ дается легче, чем положительный, остается еще находящаяся в резерве возможность за счет более фундаментального анализа все же положительно решить вопрос о родовой принадлежности явления. Если и этот анализ также приводит к отрицательному выводу, то ситуация квалифицируется как кризисная: необходимо либо изменять своеобразную конструкцию, либо согласиться с чуждостью и начать возведение вокруг нее предохранительных механизмов с тем, чтобы она не разрушила, подобно вирусу, всю систему права.

Эти общие соображения имеют значение для реституции, которая чаще всего объявляется своеобразным явлением, не имеющим никаких уподоблений, все существование которого ограничено и исчерпано нормой ст. 167 ГК РФ. Реституция выводится тем самым за рамки системы гражданского права, хотя этот вывод, как и любой вывод, имеющий ограничительный, запретительный характер¹, должен быть обоснован юридическими ценностями, имеющими высший приоритет перед нуждами оборота и сферой частной свободы.

С технической точки зрения вопрос предстает как проблема классификации.

Исходя из основного деления всех прав на вещные и личные (относительные, обязательственные), эта связь может быть либо вещной, либо личной². Основываясь на содержании ст. 167, 171 ГК РФ, прямо указывающих на «каждую из сторон» как на обязанных лиц по реституции, следует прийти к выводу, что хотя сделка и падает, ее стороны все же остаются не в вещной, а в относительной связи, по своей природе принципиально не отличающейся от связи по поводу расторжения договора. Например, если одной из наиболее существенных черт реституции является возврат вещи без обсуждения права на нее, то и при возврате исполненного по расторгнутому договору, когда такое условие, конечно, имеется в договоре, вещь так-

¹ Например, когда в апреле 2005 г. на заседании Президиума ВАС РФ обсуждался вопрос о допустимости прекращения обязанности по реституции отступным, именно запрет рассматривался многими участниками дискуссии как основное содержание реституции, предопределяющее ее толкование. Мотивировалось это, конечно, своеобразным характером реституции и ее «задачами». В конечном счете вопрос, впрочем, был решен в пользу допустимости прекращения обязанности по реституции отступным, т.е. признано ее сходство с обязательствами.

² Существуют, конечно, исключительные имущественные права, которые не являются вещными. Но в этом случае, как и вообще при использовании классификации для целей идентификации, по умолчанию опускаются группы, которые заведомо не относятся к решаемой задаче. Реституция, как это следует из нормы ст. 167, 171 ГК, увязывается с движением либо вещей, либо денег. Значит, только правами на получение денег или вещей и ограничиваются те классификации, которые подлежат привлечению. Очень важно здесь отличать право на получение денег или вещей от прав на деньги или вещи.

же возвращается независимо от права на нее. Иначе обстоит дело и при виндикации, и при кондикции.

Д.М. Генкин писал, что «требование реституции вытекает из недействительности сделки, а не из субъективного права собственности, как это имеет место при виндикации», а потому и сама «реституция является своеобразным институтом»¹.

Противоположное мнение было высказано на почве ГК РСФСР 1922 г. Ю.К. Толстым, считавшим, что требования о возврате полученного по недействительной сделке являются либо виндикационными, либо предъявляются из причинения вреда или неосновательного обогащения². К этой позиции присоединяется Д. Тузов, полагающий, что «реституцию владения можно рассматривать как частный случай виндикации с той лишь особенностью, что в качестве виндиканта и незаконного владельца выступают здесь сами стороны недействительной сделки»³. (Кроме того, Д. Тузов полагает, что «добросовестный приобретатель становится *собственником* (курсив автора. — К.С.) полученной вещи»⁴).

В современной литературе требование из реституции, впрочем, квалифицируется как «обязательно-правовой способ» защиты права в противоположность вещным способам⁵. В Концепции развития гражданского законодательства отношения по реституции рассматриваются как относительные, допускающие субсидиарное применение к ним норм об обязательствах⁶.

Определение Д.М. Генкиным реституции как «своеобразного института», весьма важное само по себе, приобретает дополнительный смысл, если учесть своеобразие, получаемое этим институтом в каждой системе права.

В римском праве *restitutio in integrum* (восстановление в первоначальном состоянии) являлось чрезвычайным средством, применяемым претором по своему усмотрению. (Некоторые черты публичности можно проследить и в российском праве.) Со времени включения условий реституции в преторский эдикт у заинтересованных граждан появилось право просить о применении этого средства защиты.

Основанием применения *restitutio in integrum* являлась прежде всего помощь несовершеннолетним, которые причиняли себе убыток по недостатку жизненно-

¹ Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М., 1961. С. 193, 194. Хотя суждение Д.М. Генкина применительно к действующему ГК, как, впрочем, и ГК РСФСР 1964 г., кажется вполне очевидным, нужно отметить, что для своего времени, т.е. в условиях действия ГК 1922 г., этот вывод имел полемическую направленность и, видимо, опирался на известное классическому праву понимание реституции как чрезвычайного, нетрадиционного, а значит, своеобразного средства.

² Толстой Ю.К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. Л.: Изд-во ЛГУ, 1955. С. 115.

³ Тузов Д.О. Реституция в гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1999. С. 15.

⁴ Там же. С. 14. Это писалось, как можно видеть, до принятия в 2004 г. известной поправки к ст. 223 ГК и не в виде предложения изменить закон, а как изложение содержания действующего в 1999 г. закона. Поправка в ст. 223 ГК при все ее противоречиях все же не подтверждает, а опровергает вывод Д. Тузова уже тем, что отсутствие в 1999 г. этой нормы делало ошибочным утверждение о ее наличии. Нет более убедительного доказательства отсутствия какого-либо предмета, как его сотворение *после* того, как было объявлено о его существовании.

⁵ См., например: Юлдашбаева Л. Правовая природа бездокументарных ценных бумаг // Хозяйство и право. 1997. № 10. С. 46.

⁶ Концепция развития гражданского законодательства, разд. 5 «Законодательство об обязательствах», п. 1.1.

го опыта, ибо, как говорил Гай, «претор приходил на помощь лицам моложе двадцати пяти лет, чтобы они не терпели убыток по причине ошибки»¹.

Помогая взрослым, претор признавал основаниями вмешательства в форме *restitutio in integrum* такие причины, как мошенничество (особенно во вред кредиторам), принуждение, извинительную ошибку, отсутствие по уважительной причине. Причем *restitutio* применялась, если исковые средства, например *actio doli* (*vis, metus*), т.е. иски (или исковые возражения), направленные на защиту против обмана, насилия, принуждения, оказывались недостаточными².

Это притязание принадлежало и предоставлялось исключительно потерпевшему, что видно из самих оснований реституции — они все касаются только его личности (этот характер защиты лица, а не имущества, уже отмеченный применительно к посессорной защите, вообще характеризует преторские средства).

Очевидно, что описанное содержание реституции не позволяет рассматривать ее как универсальное или тем более само собой возникающее следствие сделки, имеющей пороки. Видно также, что реституция как общий инструмент³ сопровождается частными средствами защиты, имеющими приоритет как любое частное средство перед общим.

В английском праве под реституцией понимается инструмент, определяемый как «квазидоговор» и применяемый «в отношении недолжно полученных и уплаченных денежных сумм», основанный на «принципе неосновательно полученной выгоды или неосновательного обогащения»⁴, который, конечно, мы должны сбли-

¹ Гай. Институции. 4, 53,57. С. 279, 281.

Поскольку у некоторых читателей возникло ошибочное впечатление, что требование о реституции в римском праве непосредственно было требованием о возврате вещи, должен отметить, что, хотя «цель реституции состоит в восстановлении того положения вещей, которое существовало до того времени, когда лицо потерпело вред» (Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. М., 2003. С. 209), непосредственно вещи отыскивались после того, как реституционное требование было удовлетворено соответствующими гражданскими исками (виндикационным, кондикционным).

² Бартошек М. Римское право: Понятия, термины, определения. М., 1989. С. 278.

³ Такое определение применительно к римскому праву может рассматриваться как модернизация. В этом плане можно отметить, что Д. Дождев при изложении положений римского права не рассматривает отдельно *restitutio in integrum*, упоминая это средство как дополнительное при обсуждении конкретных материальных и процессуальных аспектов защиты права (см.: Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник. М., 1996. С. 126–127, 142, 189, 194, 200, 221, 227, 456).

Интересна отмеченная Циммерманом идея Дж. Смита о направленности реституции, вообще универсальной для архаичного права модели (при этом она не выступала, конечно, как специальное или субсидиарное средство) с ее стремлением вернуть прежнее положение, в прошлое, тогда как римское классическое право контракта повернулось к будущему (Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town, 1992 (Reprint). P. 716).

На самом деле реституция тем всегда отличается от договора, что она всегда ретроспективна, тогда как договорное обязательство обращено в будущее и за счет права на убытки обеспечивает даже в случае его нарушения тот доход, который планировался в будущем. Такая логика совершенна чужда реституции.

Вообще говоря, сама идея аннулирования сделки, т.е. уничтожения того факта, который имел место в прошлом, опирается на представление о возможности повернуть время вспять; этот круг представлений исходит из того вполне позитивистского взгляда, согласно которому право является чем-то полностью условным и не подчиненным естественной причинности. В этом смысле в договоре меньше условности и он ближе к здравому смыслу.

⁴ Ансон В. Договорное право / Пер. с англ. М., 1984. С. 405. Обширный материал по этому вопросу собран в кн.: Virgo Graham. The Principles of the Law of Restitution. Oxford, 2006.

зить с одноименным внедоговорным обязательством, а не с институтом последствий недействительности сделки.

Германское право реституцию как общее основание ничтожной (недействительной) сделки также не указывает.

Давая оценку реституции как чрезвычайному средству защиты, экстраординарному, даже героическому, по словам Дювернуа¹, означающему произвольное вмешательство публичной власти для восстановления справедливости, «устранения ущерба, происшедшего от применения права»², К. Сальковский заключает, что «чем больше развивается само положительное право, чем больше оно начинает воспринимать принципов справедливости в твердых нормах для отдельных случаев, тем менее оно нуждается в чрезвычайных средствах охраны»³.

На этом фоне чрезвычайности и «устранения ущерба, причиненного правом»(!)⁴, толкование нормы ст. 167 ГК РФ, конечно, требует повышенного внимания.

Мы можем опираться только на самые общие признаки классической реституции, определяющие ее природу, но не заимствовать детали юридического механизма, тем более, что «в устойчивую и ясную систему правила о реституции приведены не были»⁵. Еще меньше оснований при анализе реституции применять прямые аналогии из других систем права. Как уже говорилось, реституция как чрезвычайное средство находится в прямой зависимости от степени развития системы права, от состояния правопорядка. Понятно, что современное российское гражданское право имеет свои особенности и отличия, определяющие механизм реституции и исключаящие толкование реституции в ГК РФ с позиций как иностранного (в том числе германского) права, так и российских гражданских законов прежних периодов.

На мой взгляд, существование реституции и ее особенности в ГК РФ предопределены рядом причин. Среди них – каузальность передачи (традиции) вещи по договору об отчуждении вещи, что делает предметом реституции имущество, отчужденное лицом, не имевшим на то права⁶, а также (реже) порочные сделки собственника. На практике именно иски о сделках о распоряжении чужим имуществом составляют подавляющее число споров об истребовании имущества, переданного по недействительной сделке.

¹ Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 2. М., 2004. С. 98.

² Ульпиан определял цель эдикта о реституции как «исправление ущерба в праве» (Дигесты. С. 96; там же приводится замечание Каллистрата о том, что эдикт применяется не часто и только в чрезвычайном порядке).

³ Сальковский К. Основы системы и истории римского гражданского права. Киев, 1910. С. 111. Аналогична оценка реституции, данная Д. Гриммом (*Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права. С. 206).

⁴ Здесь можно усмотреть противоречие, ведь, скажем, незаконная сделка сама по себе ничтожна по воззрениям действующего гражданского законодательства, стало быть, реституция не противостоит праву. Но такой подход, когда неправовой сделка становится в результате нарушения законного запрета, уже содержит в себе отождествление права и закона, а это в сфере частного права далеко не бесспорно.

⁵ Сичинава Г.В. Ограничения применения реституции по российскому гражданскому праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 11. Автор говорит о рецепции института реституции в средневековой Европе.

⁶ Поправки в ст. 223 ГК вносят, конечно, противоречия в систему передачи права собственности: не делая ее абстрактной, они одновременно затрудняют защиту прав собственника и существенно дезорганизуют оборот недвижимости.

Между тем в германском праве с его абстрактным вещным договором отчуждение чужой вещи, а тем более продажа своей вещи по порочной сделке являются во многих случаях действительными и не создают нужды в механизме реституции, давая потерпевшей стороне кондикционный иск¹. Кроме того, отсутствие в ГК РФ, в отличие от гражданских кодексов других европейских стран, полноценной владельческой защиты лишает получателя вещи по недействительной сделке устойчивого юридического положения и понуждает его к поиску средств возврата в первоначальное положение. Это также вызывает необходимость в механизме реституции.

Наконец (и это, пожалуй, главное), ненадежность тех агентов, которые обслуживают гражданский оборот в современной российской экономике (регистраторы недвижимости и юридических лиц, регистраторы акций, нотариат, учетно-паспортная служба и пр.), заставляет сохранять институт реституции. Я должен снова заметить, что любые ссылки на опыт тех стран, в которых имеются иные юридические механизмы, опосредующие движение имущественных прав, без учета фактического состояния российского рынка и состояния отечественного административного и судебного аппарата, без понимания того, как работает закон в повседневной жизни, свидетельствуют не столько об учености тех авторов, которые ссылаются на европейские модели, на сконструированные на основании таких заимствований абстракции, сколько о том, что процесс обучения не доведен еще ими до конца.

Если теперь вернуться к вопросу о юридической природе требования о реституции, то появляются основания точнее определить его своеобразие: не являясь вещным, а выступая хотя и специальным, но все же обязательством, оно имеет сильный публично-правовой элемент — это, конечно, не чистое частноправовое средство (не случайно п. 2 ст. 166 ГК дает право требования реституции не только обладателю субъективного права, но и любому заинтересованному лицу; применить реституцию может и суд по своей инициативе²).

Публичные (преторские) черты реституции проявляются, в частности, в том, что она увязывается только с внешним положением и направлена на столь же внешнее восстановление прежнего положения, защищает не взаимные права сторон, а именно фактическую принадлежность имущества. Нужно отметить, что уничтожение силы сделки (волеизъявления) лишает отношения сторон правового, волевого содержания. Их взаимоотношения, утратив договорное основание, становятся, следовательно, фактическими, неправовыми. В этом смысле И.Н. Трепицын столетие назад правильно называл реституцию механизмом возврата имущества без выяснения прав на него.

Публичность реституции проявляется и в том, что она возникает в силу судебного решения, а не соглашения сторон недействительной сделки.

Реституция, имея такое качество, как возврат вещи без обсуждения права на нее (присущий, как уже говорилось, и возврату имущества в порядке обусловленных

¹ М. Смирнова приходит к выводу о существовании самостоятельного реституционного обязательства в российском праве именно в силу каузальности передачи (см.: *Смирнова М.А.* Соотношение обязательств в российском праве // *Актуальные проблемы гражданского права*: Сб. статей. Вып. 7 / Под ред. О.Ю. Шилохоста. М., 2003. С. 190).

² Критика этой нормы в Концепции развития гражданского законодательства (п. 5.1.3) может рассматриваться, на мой взгляд, как проявление тенденции к уменьшению значения реституции в целом. Такая тенденция сама по себе неизбежна как следствие упорядочения правопорядка.

расчетов по расторгнутому договору), отличается от владельческой защиты и никак не может ни заменить ее, ни отождествляться с нею. Поэтому и употребляемый иногда термин «реституция владения» не кажется верным. В римском праве он указывал прежде всего на механизм владельческой защиты, описывая который юристы часто употребляли термин «*restituere*»¹.

Реституция, возникающая по ГК РФ как следствие исполнения недействительной сделки, по своему содержанию отличается от возврата вещи в порядке владельческого интердикта тем, что она всегда взаимообусловлена: обсуждается одновременно все полученное обеими сторонами сделки; кроме того, эта реституция кроме вещей направлена и на присуждение денег, причем возврат вещей не может быть отделен от возврата денег.

По своему основанию владельческий интердикт связан с самоуправством, за которым он следовал или который предупреждал, тогда как реституция связана только со сделкой, т.е. с теми случаями, когда не было самоуправства.

Следовательно, выделение в рамках реституции только возврата вещей противоречит смыслу и содержанию того механизма реституции, который создан ГК РФ. Заимствование терминологии римской владельческой защиты, стало быть, утрачивает смысл и способно лишь ввести в заблуждение.

Право на иск о признании сделки недействительной и применении последствий недействительности довольно широко толкуется практикой. Между тем не может быть судебного спора только о признании недействительной сделки, как оспори-мой, так и ничтожной. Закон говорит о том, что спор не идет лишь о признании сделки недействительной, но также и обязательно — о применении последствий недействительности сделки. Для того, чтобы возбудить такой спор, **истцу нужно доказать не то, что оспариваемой сделкой было в прошлом нарушено его право или интерес, а то, что применение последствий недействительности сделки составляет его интерес или защищает его право в момент обращения в суд.**

Как любое средство защиты, иск о применении последствий недействительности сделки обращен не в прошлое, а в будущее, потому что только в будущем и может быть предоставлена защита². Суд не высказывает сочувствие потерпевшему, не «констатирует» нарушение его интереса, а ищет средства, указанные в ст. 167 ГК, которые помогут ему в будущем. Только в будущем, стало быть, и отыскивается интерес истца хотя бы и восстановлением прежнего положения³. Стало быть, если невозможно восстановление этого прежнего положения, то и защита невозможна, отсутствует право на иск.

¹ *Иеринг Р. ф.* Об основании защиты владения. Пересмотр учения о владении. М., 1883. С. 79. См., например: Дигесты. 43.16.1.35; 43.16.1.42.

² Это очевидное положение никак не колеблет того факта, что реституция имеет ретроспективное действие: при реституции, когда судом будет дана защита, эта защита будет воспроизводить то положение, которое уже было в прошлом. Если же защищается право из действительного договора, то будет создаваться то положение, которое было бы, если бы право не было нарушено, — положение, которое должно было возникнуть в будущем.

³ Выше уже говорилось о том, что реституция обращена назад, отыскивая в прошлом свои основания. Причем это утраченное положение должно восстанавливаться, естественно, в будущем. Защита нарушенных договорных прав, напротив, состоит в создании такого положения, которого никогда не было, но которое могло бы быть.

Акционерное общество, имея большую задолженность перед арендодателем по договору аренды, уступило права на аренду помещения другому обществу, причем по условиям этого договора новый арендатор принял обязанность выплатить арендодателю всю сумму накопившейся задолженности. Спустя некоторое время акционер прежнего арендатора – акционерного общества заявил иск в суде о признании сделки недействительной, доказывая, что сделка является крупной и нуждалась в одобрении акционеров. В обоснование своего иска он ссылаясь на то, что после освобождения помещения общество прекратило свою деятельность, не имеет никакого имущества, штат работников распущен. Фактически общество неплатежеспособно. Между тем истцу следовало указать, каким образом применение последствий недействительности договора будет отвечать его интересам. Ведь общество, не имеющее средств, не в состоянии выплатить новому арендатору те суммы, которые он внес за него при уступке арендованного помещения, не в состоянии нести и текущие обязанности по арендной плате. Очевидно, что при таких обстоятельствах выселение нового арендатора и вселение прежнего реально невозможны, а значит, удовлетворение иска никаким образом не повлечет удовлетворения интересов акционера.

В другом деле Комитет по управлению имуществом обратился в суд с иском о признании недействительной сделки приватизации здания. В момент рассмотрения спора судом выяснилось, что здание было продано, затем снесено и на его месте строится другое здание новым приобретателем. Истец не смог указать, для какой цели он требует признать сделку недействительной и не предъявил требований о применении определенных последствий недействительности сделки.

В этом случае следует признать, что у истца нет интереса, а значит, и права на иск, хотя суды нередко все же рассматривают такие споры, что едва ли отвечает точному смыслу закона. Как уже говорилось, поводом для обращения в суд является не то, что недействительной сделкой было нарушено право или интерес истца, а только возможность добиться таких последствий, которые будут интересны истцу уже после совершенной недействительной сделки. Один только факт бывшего нарушения права или интереса не является достаточным поводом для частноправовой защиты, осуществляемой гражданским правом. Ведь задачей гражданского права является не наказание нарушителей, не выражение сочувствия потерпевшему, а только восстановление его прав. Если истец не может указать, каким образом его право или интерес должны быть восстановлены судом, то он не имеет, следовательно, и права на иск.

Приведем также такой пример.

«Межотраслевой концерн «Уралметпром», являющийся акционером ОАО «ВИЗ», заявил иск о признании недействительным учредительного договора между ООО «Торговый дом «Квадро-С» и ЗАО «Финансово-инвестиционная компания «ВИЗ-Инвест». В обоснование своего права на иск концерн указывал, что ранее ОАО «ВИЗ» передало по договорам мены ООО «Торговый дом «Квадро-С» доли в уставном капитале ООО «ВИЗ-Сталь». Эти договоры признаны судом недействительными. Поэтому последующая сделка ответчиков, в которой они распорядились долями в уставном капитале ООО «ВИЗ-Сталь» также является недействительной и, по мнению истца, нарушает его интересы. Однако Президиум ВАС РФ

указал, что истец не заявил требований о применении последствий недействительности сделки и не указал, каким образом оспариваемый им учредительный договор нарушает его права и законные интересы. В таком случае следует считать, что истец не имеет права на иск о признании сделки недействительной¹.

Показательно и такое дело.

После смерти члена жилищного кооператива его наследниками были жена и сын от первого брака. Сын подал заявление о вступлении в наследство на $\frac{1}{4}$ часть квартиры в нотариальную контору. Жена умершего, не дожидаясь оформления прав на наследство, получила в жилищном кооперативе документы о полной выплате ею паевого взноса и о возникновении права собственности на квартиру в силу п. 4 ст. 218 ГК. После этого жена умершего продала квартиру третьему лицу, которое не могло знать о существовании наследника. Наследник оспорил договор и потребовал возвращения сторон в первоначальное положение. Ни одна из сторон сделки не желала, однако, совершать действия по возврату полученного по сделке. Суд также затруднялся вынести такое решение, несмотря на очевидную незаконность продажи, совершенной в обход наследника. Видимо, ощущалось также и то, что возврат квартиры продавцу имеет черты поощрения упречного поведения.

Но решение об отказе в иске было отменено в кассационном порядке.

Между тем интерес истца достаточно защищался требованием о признании права собственности на $\frac{1}{4}$ часть квартиры. Это право давало ему возможность вселения в квартиру либо выдела доли и получения денежной компенсации. При этом не важно, в чьем владении находилась квартира — продавца или покупателя (их отношения выходят за рамки спора о недействительности сделки). Поэтому и совершение реституции не составляло интереса истца. Понимание этого факта и являлось той помехой, которая препятствовала суду вынести решение об удовлетворении иска.

Тот факт, что реституция защищает именно интерес, а не право, позволяет суду и даже обязывает суд выяснять, способен ли заявленный иск действительно защитить интерес истца (тогда как если иск защищает *право* истца, то суд не может вступать в обсуждение вопроса, имеется ли у истца интерес в иске и право на иск: право самодостаточно и всегда подлежит защите в силу ст. 11 ГК). Это особенно важно в исках, заявленных в публичном интересе. Если, скажем, публичный орган требует в порядке реституции возврата неправильно отчужденного имущества и при этом возникают обязательства бюджета в порядке ст. 167 ГК, то суд не может отказать от обсуждения вопроса, в какой степени интересам публичного собственника отвечает заявленный иск, не потерпит ли бюджет неоправданного урона от аннулирования сделки. Так, при оспаривании договоров о реконструкции (восстановлении) памятников культуры публичный орган обязан доказать (а суд обязан проверить), что публичному интересу отвечает возврат объекта истцу (чаще всего —

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 23 августа 2005 г. № 3668/05 // Вестник ВАС РФ. 2006. № 1. С. 67.

Впоследствии этот тезис был подтвержден в п. 5.1.2 Концепции развития гражданского законодательства. Нужно заметить, что на практике, особенно в деятельности судов общей юрисдикции, он нередко встречает сопротивление.

помещения в здании, которое является памятником культуры) с одновременной компенсацией другой стороне всех затрат по восстановлению (реконструкции) памятника культуры. Этот интерес, как нетрудно убедиться, далеко не всегда очевиден.

Когда мы говорим о наличии интереса в применении последствий недействительности сделки, мы имеем в виду, конечно, имущественный интерес, который может состоять во владении имуществом, получении денег или имущественных прав, отпадении обязанностей в процессе применения последствий недействительности сделки. Здесь недопустимо расширительное толкование закона, когда под интересом понимается, например, какая угодно юридическая связь с одной из сторон сделки. Интерес, дающий право на оспаривание сделки и применение последствий ее недействительности, должен иметь совершенно конкретное, видимое выражение.

Интерес истца может состоять только в установлении того факта, что обязанности, которые у него возникли из недействительной сделки, на самом деле не возникли либо что право, которое было прекращено недействительной сделкой, на самом деле не прекращено (п. 1 ст. 167 ГК). Установив с помощью судебного решения недействительность сделки, истец освобождается от необходимости выполнять обязанность, потому что она не возникла. Применение нормы п. 1 ст. 167 ГК в буквальном смысле является применением последствий недействительности сделки, поэтому здесь нет противоречия защищаемой нами позиции, согласно которой нельзя оспаривать сделку, не требуя применения последствий ее недействительности.

Нужно подчеркнуть, что речь идет о правах и обязанностях, возникающих именно из сделки. Например, если недействительным признан договор купли-продажи, то права и обязанности из этого договора не возникли. А эти права и обязанности состоят в том, что продавец обязан передать вещь покупателю, а покупатель — оплатить ее. Недействительность договора означает, что продавец *не обязан* передать вещь, а покупатель *не обязан* оплатить ее.

В то же время признание договора купли-продажи недействительным не может решать судьбу такого права, как право собственности на товар. Спор о собственности в рамках применения последствий недействительности сделки недопустим.

Для оспоримой сделки законом установлен еще один вариант последствий — ее действие может быть прекращено лишь на будущее время, например, когда сделка еще не исполнялась либо когда заключена условная сделка под *отлагательным условием* и это условие еще не наступило. Здесь нет нужды вводить фикцию, что сделка недействительна с самого начала. Понятно, что и в этом случае прекращаются права и обязанности, созданные сделкой, т.е. обязательственные права и обязанности.

Реституция как обязанность по возврату имущества охватывает только последствия исполнения обязательств по недействительной сделке. Нетрудно заметить параллели между содержанием п. 1 ст. 307 и п. 2 ст. 167 ГК, разве что воздержание от действия к реституции не ведет¹.

¹ Воздержание от действий не влечет передачи имущества и способно породить лишь убытки в виде упущенной выгоды. Но убытки, как известно, реституцией не охватываются (в частных случаях деликта возмещаются только реальные убытки). Поэтому воздержание от действий по недействительному договору оказывается вне действия реституции.

В п. 1 ст. 167 ГК говорится о «юридических последствиях» недействительной сделки (которые реституцией не являются). Юридическими, в отличие от материальных последствий (т.е. реституции), могут быть только права и обязанности (в том числе отпадение, аннулирование прав и обязанностей).

Материальные последствия возникают только для исполненных (хотя бы частично) сделок, причем только в том случае, если исполнение состояло в передаче вещей (денег), производстве работ или оказании услуг.

Возвращается то же самое имущество. В рамках реституции невозможно достижение каких-либо соглашений о замене вещей, о выплате их стоимости и т.д. Ведь договорных отношений между сторонами нет, так как сделка признана недействительной. Если по сделке были получены товары как вещи, определяемые родовыми признаками, то и возвращаются те же товары. При этом их идентичность ранее переданным товарам не устанавливается, хотя по общему правилу при исполнении и отборе товаров они индивидуализируются и утрачивают качества родовых вещей. Для целей возврата полученного имущества это обстоятельство не имеет юридического значения, так как в рамках реституции не осуществляется защита права собственности.

Если по сделке была передана вещь, обладающая индивидуальными признаками: объект недвижимости, произведение искусства и т.п., — то должна быть возвращена та же самая вещь по той причине, что реституция не содержит юридических механизмов, позволяющих заменить одно имущество другим.

Может оказаться, что во владении другой стороны сделки не имеется имущества, полученного ею по сделке. Это обстоятельство расценивается законом как невозможность вернуть полученное. Причина, по которой наступила невозможность возврата полученного, не имеет значения — в любом случае обязанность вернуть полученное заменяется на обязанность возместить стоимость полученного в деньгах, если иные последствия не предусмотрены специальным законом.

Утрата полученной вещью идентичности, например, вследствие переработки, перестройки и тому подобных действий также рассматривается как невозможность вернуть полученное. И в этом случае у стороны сделки возникает обязанность возместить стоимость полученного в деньгах. При этом возмещение стоимости не является выкупом и само по себе не влечет таких последствий, которые могли бы рассматриваться как купля-продажа вещи. Право собственности на вещь, утратившую идентичность, возникает на общих основаниях, например по правилам о *переработке* вещи (ст. 220 ГК). Если в результате перестройки полученного по недействительной сделке объекта недвижимости налицо уже иной объект, то даже в том случае, когда перестройка велась с нарушением установленных градостроительных и иных правил и нормативов и строение является *самовольной постройкой*, объект тем не менее не может быть возвращен, поскольку является иным имуществом, отличным от полученного по сделке. Если же строительство велось в установленном порядке, то застройщик может стать собственником здания после сдачи его в эксплуатацию независимо от недействительности сделки по приобретению объекта недвижимости, подвергнувшегося перестройке.

Передача имущества по недействительной сделке, как и возврат его, не является реализацией имущества, что имеет определенное значение для налоговых правоотношений.

В рамках реституции невозможно *сингулярное правопреемство*. Поскольку имущество должно быть возвращено только стороне недействительной сделки и никакой иной, право на получение имущества не переходит вместе с самим имуществом к другим лицам. В этом случае, как уже говорилось, сторона, утратившая владение имуществом, полученным по недействительной сделке, возмещает его стоимость в деньгах.

Мы видим, что реституция охватывает лишь возврат исполненного по недействительной сделке, когда исполнение состоит в совершении действий: передаче вещи, производстве работ, оказании услуг. Впрочем, исполнение обязательства всегда состоит в совершении материальных действий: передаче имущества, в том числе денег, выполнении работы, оказании услуги.

Сделка может не только создавать обязательство, предусматривающее то или иное материальное исполнение (ст. 307 ГК), но и преследовать цель распоряжения нематериальными объектами, т.е. правами. Например, *уступка права требования (цессия)* является сделкой, в силу которой право требования переходит от одной стороны сделки (бывшего кредитора, цедента) к другой стороне (новому кредитору, цессионарию). Если эта сделка оказывается недействительной, то ее последствия проявляются в том, что право требования остается у прежнего кредитора. Из закона видно, что никакой обязанности вернуть право не возникает, и никакого понуждения к такому возврату быть не может. Идеальный объект, которым является право, не может быть предметом требования и предметом передачи. Поэтому судебный пристав не сможет забрать право у одного лица и отдать его другому¹.

Само по себе признание сделки недействительной уже означает, что право требования не перешло к новому кредитору (цессионарию). Если, однако, окажется, что к моменту признания сделки об уступке права требования само право уже было осуществлено, т.е. должник уже исполнил свою обязанность новому кредитору (цессионарию), то право считается прекращенным исполнением, а между сторонами недействительной сделки наступают отношения, регулируемые нормами о неосновательном обогащении (ст. 1106 ГК). Это означает, что та сторона, которая обогатилась за счет исполнения, должна выплатить той стороне, за счет которой произошло обогащение, сумму обогащения. При этом учитываются как стоимость полученного в результате исполнения, так и стоимость уплаченного по сделке о приобретении права требования, а также необходимые расходы, связанные с получением исполнения.

Если же обязательство еще не исполнено, то защита цедента осуществляется иском о признании за ним права требования к должнику, заявляемым одновременно с иском о признании сделки недействительной. Понятно, что признать можно только то право, которое было до предъявления иска.

Точно так же, если недействительным оказался договор о распоряжении одним из авторских прав, например правом на издание произведения, то никакой обязанности «вернуть право», конечно, не возникает. В силу признания издательского лицензионного договора недействительным признается тем самым, что право

¹ Эта проблема уже рассматривалась выше, при обсуждении механизма правопреемства.

использования произведения осталось у автора. Если окажется, что тем не менее другая сторона уже издала произведение и получила от этого издания доход, между сторонами также возникают отношения из обязательства о неосновательном обогащении: та сторона, которая обогатилась за счет другой, выплачивает ей всю сумму обогащения.

Если недействительным оказался договор об установлении *сервитута*, то и в этом случае последствия признания этого договора недействительным состоят лишь в том, что вещь признается свободной от сервитута. Обязанности «вернуть сервитут» быть не может, так как речь идет о явлении идеального мира — о праве. В то же время если по договору о сервитуте были уплачены деньги, то учитывается, пользовался ли фактически получатель сервитута этим правом, хотя бы и без основания. С учетом этого пользования решается вопрос о возврате полученных денежных сумм.

В ст. 181 ГК применительно к исковой давности исполнение ничтожной сделки называется основанием реституции. Это позволяет сказать, что *если сделка сама по себе является исполнением и, стало быть, не может быть исполнена, то она не охватывается реституцией*. Я имею в виду теорию, в рамках которой действия по исполнению обязательства расцениваются как сделка. Вот такого рода сделки (к ним можно отнести и вещный договор, понимая его фиктивность) реституции не подлежат и нормой ст. 167 ГК не охватываются. В главе о передаче вещи об этом уже говорилось.

Если договор об отчуждении права не признается недействительным, а расторгается в связи с нарушением получателем права условий договора, то можно говорить о переводе прав на прежнего обладателя, как это сделано законодателем в ст. 1234 ГК. Этот перевод имеет аналогию с переводом прав по договору купли-продажи по иску о нарушении преимущественного права покупки, т.е. совершается в силу решения суда и не нуждается в исполнении¹. Отличие этого механизма от признания права стороны недействительной сделки с момента совершения этой сделки очевидно: при переводе права его приобретатель считается имевшим право от момента перехода по договору до момента вступления судебного решения в законную силу, и соответственно все его действия по осуществлению права являются правомерными (а действия прежнего обладателя в этот период, напротив, ничтожными). При этом с неисправной стороны взыскиваются убытки (п. 5 ст. 1234 ГК).

Если же признается недействительной сделка, то право считается никогда не перешедшим, сделки получателя лишены основания и с него поэтому взыскивается неосновательное обогащение.

Едва ли нужно доказывать, что широко употребляемое в учебной литературе правило: при признании сделки недействительной следует считать, что ее как будто не было, — не имеет буквального смысла и распространяется лишь на те последствия, которые имели в виду стороны при заключении договора.

«Факт договора ведь нельзя сделать не происшедшим; отменяется лишь совокупность последствий»². Д.И. Мейер также замечал, что «ничтожность действия не должно понимать в том смысле, что действие ничтожное не имеет никакого

¹ Исполнение вообще не может состоять в принудительном совершении должником какой-либо сделки, как об этом уже говорилось.

² *Эннексерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. 1. Полумтом 2. М., 1950. С. 119.

юридического значения: оно не влечет только тех последствий, которые влекло бы за собой в случае действительности; но совершенно отказать ему в значении нельзя»¹.

Недействительная сделка порождает свои собственные последствия (прежде всего реституцию, поскольку сделка исполнена), не входившие в намерения сторон. Имеются и другие позитивные следствия сделки, например, передача вещи по недействительной сделке является передачей по воле отчуждателя: воля на передачу владения вещью, хотя бы выраженная и в недействительной сделке, сохраняет свое значение для целей виндикации, т.е. должна быть учтена при установлении того, выбыла ли вещь из владения собственника по его воле или нет.

Другое следствие состоит в том, что суд вправе применить при расчетах в порядке ст. 167 ГК цены, признанные сторонами недействительного договора².

Можно указать и на то, что невозможность вернуть полученное, если оно, в частности, выразалось в пользовании имуществом, выполненной работе, предоставленной услуге, порождает не обязательство вернуть аналогичное предоставление, т.е. пользование аналогичным имуществом, совершение аналогичной работы или оказание аналогичной услуги (что отвечало бы буквальному смыслу возврата в первоначальное положение³), а обязательство возместить стоимость полученного в деньгах. Основанием этого обязательства может служить лишь выраженная в недействительном договоре воля на полученное исполнение⁴; тем самым подтверждена его ценность для стороны в сделке, что и порождает обязанность оплатить полученное.

Именно так следует понимать смысл суждения Президиума ВАС РФ, высказанного в одном из дел: «...земляные работы не были предусмотрены договором, а потому их стоимость не могла быть взыскана в качестве последствия признания договора недействительной сделкой»⁵.

Применительно к договорам страхования полученное стороной сделки (страхователем) предлагается считать переложением риска. Тогда в порядке реституции страхователем будет возмещаться передаваемая страховщику сумма, исчисляемая

¹ Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 1. М., 1997. С. 54, 204.

² Это прямо признавалось в практике 1920-х гг. (гражданская коллегия в 1927 г. указывала: «Применяя ст. 151 ГК (недействительность договора вследствие нарушения формы или в виду заблуждения. — К.С.), суд не лишен права, в определенных случаях, исходить при взаимных расчетах сторон и из договорных цен, несмотря на признание договора недействительным» (см.: Гражданский кодекс РСФСР с постанетайно-систематизированными материалами / Под ред. С. Александровского. 3-е изд. М., 1928. С. 507), но трудно найти возражения против такого подхода и сегодня. Если вещь не является родовой, товаром и цена ее не определяется рынком в порядке ст. 424 ГК, то нет никаких иных средств установления ее стоимости, кроме как путем обращения к цене, установленной недействительной сделкой (кроме тех случаев, когда пороки воли затрагивают предмет сделки, конечно).

³ Д. Степанов обсуждает с достаточными основаниями проблему «обратимости спецификации» (Степанов Д.И. Обязательство по оказанию услуг и его объект // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2004. № 5. С. 23 и сл.). Хотя сам по себе этот вопрос относится, конечно, к договорному праву, отмечу, что применительно к действию нормы ст. 167 ГК никакие услуги и работы не являются обратимыми. (Возврат результата работы, произведенной во исполнение недействительной сделки, конечно, не был бы примером обратимой спецификации; впрочем, такой возврат и невозможен.)

⁴ При разногласиях о том, что и каким образом получено, следует исходить из норм об исполнении обязательств.

⁵ Постановление от 28 декабря 2004 г. № 11509/04 // Вестник ВАС РФ. 2005. № 4. С. 56.

«исходя из пропорции от страховой премии»¹. Иначе признание страхового договора недействительным влечет только одностороннюю реституцию, что едва ли правильно. Благом, получаемым страхователем в результате переложения риска, является, видимо, определенность планирования (такого рода нематериальное благо, дающее в случае нарушения право на компенсацию, обнаружено Европейским судом по правам человека в Страсбурге в деле «Комингерсол» против Португалии). Хочу заметить, что страховой договор не должен в любом случае оспариваться по мотивам незаконного владения объектом страхования, как об этом говорилось выше.

Юридический эффект недействительной сделки проявляется в том, что правила о реституции вытесняют общие нормы о кондикции исходя из уважения к изъясленной воле сторон недействительной сделки. Именно поэтому Пленум Верховного Суда РФ и Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в п. 27 постановления от 8 октября 1998 г. № 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами» указали, что «при применении последствий исполненной обеими сторонами недействительной сделки, когда одна из сторон получила по сделке денежные средства, а другая – товары, работы или услуги, суду следует исходить из равного размера взаимных обязательств сторон. Нормы о неосновательном денежном обогащении (статья 1107 Кодекса) могут быть применены к отношениям сторон лишь при наличии доказательств, подтверждающих, что полученная одной из сторон денежная сумма явно превышает стоимость переданного другой стороне»².

Специфическим эффектом недействительной сделки может являться такое юридическое следствие, как добросовестность владения. Нужно, на мой взгляд, еще раз подчеркнуть, что применительно к ст. 302 ГК РФ *добрая совесть возникает исключительно в силу недействительной сделки* о приобретении имущества (в том числе и в случае, указанном в ст. 223, 234 ГК) и никак иначе. Понятно, что добросовестность сама по себе, а также и добросовестное владение субъективным правом не являются. Добросовестность подобно вине не относится также к числу фактов вообще, хотя так же, как и вина, является «вопросом факта», т.е. должна в каждом случае устанавливаться судом с учетом фактических обстоятельств.

Добрая совесть не может считаться фактом потому, что не принадлежит к числу материальных явлений, а выступает характеристикой сознания субъекта права, т.е. относится к числу феноменов идеальных, хотя и существующих, познаваемых.

Постольку, поскольку доброй совести в известных случаях придается юридическое значение, она может быть отнесена к одному из возможных юридических последствий недействительной сделки.

¹ Шербаков Н. О реституции по страховой сделке // эж-Юрист. 2005. № 12. С. 2. В статье автор приводит пример из судебной практики, где реституция рассчитана таким способом.

² Вестник ВАС РФ. 1998. № 11. С. 13–14. По мнению Л. Новоселовой, неэквивалентность исполнения, произведенного по недействительной сделке имеет место, например, если «сторона в сделке купли-продажи докажет, что вследствие заблуждения была вынуждена уплатить сумму, значительно превышающую стоимость имущества, а пользоваться имуществом не могла из-за серьезности дефектов» (Новоселова Л.А. О правовых последствиях нарушения денежного обязательства // Вестник ВАС РФ. 1999. № 12. С. 92). Это – исключение, а правилом является «презумпция равенства», как формулирует Л. Новоселова, предоставления по недействительной сделке, а эта презумпция в свою очередь основывается на уважении воли сторон.

Кроме изложенных следствий недействительной сделки можно указать также на то, что признание долга, хотя бы оно было сделано в рамках сделки (волеизъявления), оказавшейся недействительной, сохраняет при известных условиях, например если не имелось пороков воли, свою силу для целей исковой давности, т.е. прерывает исковую давность¹.

Все изложенное позволяет заключить, что недействительная сделка относится к числу юридических фактов, с которыми связываются определенные юридические последствия.

Понятно, что недействительная сделка как юридический факт не может быть признана сделкой. Поэтому отнесение ее к числу юридических фактов не содержит никакой угрозы механизму правопреемства. В то же время порождаемые ею последствия не могут быть аннулированы.

Выше уже говорилось, что обязательное распределение всех действий между сделками (актами) и поступками не способно охватить немало указываемых в законе действий дееспособных субъектов частного права, что обозначает пробелы в теории юридических фактов.

Обязанность по реституции не поставлена в зависимость от фактического, наличного владения вещью или иным имуществом, подлежащим возврату, что характерно именно для личной, а не вещной связи.

Кроме того (и это, конечно, важнее с позиций позитивного права), формулировка п. 2 ст. 167 ГК не оставляет никаких сомнений в ее личном, а не вещном действии. Поэтому требования, заявляемые непосредственными участниками сделки, должны иметь строго личный характер. Следовательно, здесь виндикация, поскольку мы говорим о современном праве, должна уступить личному иску.

Личный характер реституции ясно выражен в постановлении Президиума ВАС РФ, указавшего, что спор о признании сделки недействительной не может быть рассмотрен без участия одной из ее сторон. Ликвидация участника сделки делает спор невозможным². Понятно, что если бы право имело вещную природу, то исчезновение лица не мешало преследовать вещи, переданные по недействительной сделке.

Но если из нормы п. 2 ст. 167 ГК следует, что обязанность возврата полученного по сделке (и соответственно право требования) возникает лишь в отношении другой стороны сделки, т.е. является, безусловно, личной, то, значит, она не распространяется на отношения с третьими лицами. (Закон не позволяет распространить силу обязательства из реституции на третье лицо аналогично, например, интересной норме § 822 ГГУ, согласно которой если получатель безвозмездно предоставит полученное третьему лицу и вследствие этого прекращается обязанность получателя к возврату неосновательного обогащения, то третье лицо обязано возвратить полученное на тех же основаниях, как если бы оно получило исполнение от кредитора без правового основания.)

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 28 марта 2000 г. № 6858/99 // Вестник ВАС РФ. 2000. № 6. С. 84. Тот факт, что аналогичная позиция имеет силу и для незаключенных договоров, заставляет обсудить феномен незаключенного договора как юридический факт. При этом возможно только исполнение недействительного договора, для незаключенного договора об этом говорить нельзя.

² Постановление от 11 октября 2005 г. № 7278/05 // Законодательство. 2006. № 2. С. 26.

Это обстоятельство является ключевым. Как известно, в практике постоянно возникает стремление распространить реституцию за пределы отношений между сторонами в сделке и вести ее по требованию истца или по собственной инициативе далее, пока не будет отыскан предмет сделки, если он, конечно, представляет собой индивидуально-определенную вещь (в противном случае действие реституции, бесспорно, завершается на другой стороне, обязанной вернуть имущество, поскольку в отношении вещей, определенных родовыми признаками, невозможность исполнения (по классическому правилу «*genera non pereunt* — род не погибает») никогда не наступает).

Попутно нужно ответить на другой вопрос: нельзя ли толковать невозможность возвратить полученное в натуре не только в смысле утраты (в том числе переработки и тому подобной утраты тождественности) вещи, но и в смысле дальнейшей передачи вещи третьим лицам? Это предположение подтверждается, например, если считать приобретение вещи по давности третьим лицом первоначальным; тогда оно должно означать утрату вещи собственником. Если, опираясь на сходство юридической связи из реституции с личным (обязательственным) требованием, допустить применение аналогии, то можно сделать вывод, что утрата индивидуально-определенной вещи приводит к прекращению этой связи в натуре (как в норме ст. 416 ГК) и замене этого требования денежным, как это прямо и указано в ст. 167 ГК.

При возмездной сделке, однако, денежная компенсация не всегда имеет смысл, так как собственник обязан будет также вернуть покупную цену вещи, которая предполагается равной стоимости; предусмотренное здесь законом субсидиарное применение норм о неосновательном обогащении приводит к отказу в иске¹. Кстати, поэтому следует считать, что у истца нет права на иск о применении последствий недействительности сделки, если вещь уже утрачена ответчиком, так как заведомо будет вынесено решение об отказе в иске.

Что касается лиц, не вступавших в договор (в этом случае имеется в виду и истец, предъявивший иск обеим сторонам договора о признании сделки недействительной), а оказавшихся в одном процессе лишь вследствие приобретения имущества, ставшего предметом недействительной сделки, то их связь ограничена только принадлежностью спорной вещи и может иметь, следовательно, качество только вещной связи. В этих рамках и возникает возможность виндикационного иска взамен исключенной для собственника реституции.

Например, АО «Сельстройкомплект» обратилось в суд с иском о признании недействительным договора купли-продажи пирса, заключенного между ПКФ «Гемма» (продавцом) и предпринимателем Стариковым (покупателем). До вынесения решения истец дополнил иск, потребовав имущество из владения покупателя. В судебном заседании было установлено, что продавец не был собственником пирса и не имел права продавать его, причем спор-

¹ Я. Шапп говорит о применении в аналогичном случае «сальдо-теории», в соответствии с которой «если кредитор уже не имеет того, что он получил от должника, должник должен возвратить приобретенное лишь в ответ на возмещение кредитором стоимости встречного исполнения», при этом требования вследствие ничтожного договора «зависят друг от друга в той же степени, что и направленные на исполнение договорные притязания» (Шапп Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. М., 1996. С. 105). Еще раз подчеркнем, что в части последствий недействительной сделки прямые нормативные заимствования из германского права исключены, можно обсуждать только отдельные идеи.

ное имущество приватизировано истцом. Дело было прекращено со ссылкой на то обстоятельство, что ничтожная сделка является таковой сама по себе и в оспаривании не нуждается. Отменяя это решение, Президиум ВАС РФ указал, что суд вправе применить реституцию в силу п. 2 ст. 166 ГК по своей инициативе, а рассматривая виндикационный иск, должен обсудить, является ли покупатель Стариков добросовестным приобретателем¹.

Постановление Президиума ВАС РФ оставляет суду право определиться с тем, возвращать ли вещь продавцу в порядке реституции (при этом подчеркивается, что в применении реституции суд не связан исковыми требованиями) или вернуть вещь собственнику по виндикационному иску. Для нас здесь важно определенное разграничение этих форм защиты права, что до определенного времени не всегда встречалось в судебной практике. О субординации способов защиты можно, видимо, судить по тому, что сначала говорится о реституции, а затем о виндикации. Применительно к данному делу интересным представляется такой вопрос: если покупатель Стариков является добросовестным приобретателем, а продавец ПКФ «Гемма» действовал недобросовестно, то как расценивать присуждение сначала спорной вещи (пирса) в пользу продавца по реституции с последующим виндицированием ее уже от него?

Очевидно, такой подход имел бы большой интерес для истца, так как в любом случае, пока спорная вещь находится у стороны недействительной сделки, требование о реституции может быть заявлено, а если не заявлено, то реституция может быть произведена и судом по своей инициативе² независимо от выяснившихся при рассмотрении дела обстоятельств, в том числе и свидетельствующих об отсутствии у продавца прав на вещь (в любом случае у покупателя таких прав не может быть больше, пока не существует нормы о приобретении собственности добросовестным покупателем, но в отношении недвижимости, каковой является пирс, эта норма, следовательно, неприменима).

Однако виндикация возможна лишь по отношению к владельцу вещи и пока он владеет вещью. Следовательно, если состоялось присуждение по реституции в пользу стороны по сделке, то независимо от мотивов такого присуждения она может и не вступить во владение имуществом и тем самым исключить применение к ней виндикации. По классическому праву, если владелец избавлялся от владения с целью избежать виндикации, он считался пассивно управомоченным по этому иску и отвечал как действительный владелец. Это правило не известно ГК РФ и не может быть применено, если лицо уклоняется от вступления во владение; но, видимо, возможно заявление требования к лицу, если оно иным образом извлекает выгоду из присуждения по реституции, например уступает требование

¹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 9. С. 28–29.

² Эта весьма существенная черта реституции приобретает особое значение, если согласиться с резонным суждением, ограничивающим способы защиты права «лишь теми, которые применяются по инициативе лица, права которого нарушены» (см.: *Ведяхин В.М., Шубина Т.Б.* Защита права как правовая категория // Правоведение. 1998. № 1. С. 71). В этом случае мы получаем еще один аргумент: ценности, защищаемые реституцией, не являются субъективным правом.

Г. Сичинава приходит к выводу о том, что «нет оснований рассматривать реституцию как средство защиты гражданских прав, свойства последнего в ней могут присутствовать лишь в качестве сопутствующего результата» (*Сичинава Г.В.* Указ. соч. С. 12).

по исполнительному листу в порядке цессии или отчуждает вещь, поручив другой стороне недействительной сделки, обязанной к возврату вещи решением суда, передать владение приобретателю.

У этого вопроса есть и процессуальный аспект: у кого имеется право требовать реституции от суда (от предъявления иска до исполнения решения): у любого заинтересованного лица либо только у сторон в сделке? Наличие в применении реституции черт публичности, позволяющих суду по своей инициативе принять решение в этой части, заставляет признать вопрос непростым. Но, определившись с тем, что права, вытекающие из ст. 167 ГК, являются по сути личными и определенно не вещными, мы должны сделать из этого и единственно возможный вывод: право на иск (с некоторыми крайне немногочисленными исключениями) и во всяком случае право на исполнение, взыскание имущества принадлежит только стороне в сделке, по которой перешло имущество¹.

В этом смысле интересно такое дело.

В 1994 г. муниципальное объединение коммунального хозяйства передало районной «Службе заказчика» по жилищно-коммунальным услугам объекты жилого и нежилого фонда и инфраструктуры на сумму более 8 млн руб. При передаче имущества, как можно судить, было нарушено действовавшее законодательство.

ТОО «Строительно-производственная фирма «Русь» являлось кредитором муниципального объединения коммунального хозяйства. Не добившись взыскания задолженности, ТОО «СПФ «Русь» обратилось с иском о применении последствий недействительности сделки по передаче имущества. Суд иск удовлетворил. Президиум ВАС РФ решение отменил, указав, что передача имущества не нарушила интересов истца, «поскольку на момент составления акта передачи у ТОО «СПФ «Русь» не имелось имущественных притязаний к муниципальному объединению коммунального хозяйства»².

Аргументация не кажется бесспорной. Статья 166 ГК отнюдь не требует, чтобы интерес в реституции возник у истца уже в момент совершения недействительной сделки. Напротив, интерес обсуждается именно на будущее, ведь именно в будущем может состояться присуждение по реституции, а только в нем и может быть интерес истца. В этом смысле сам факт, что истца обидели (или не обидели) в прошлом оспариваемой сделкой, еще никак не говорит о наличии у него интереса в реституции.

Другое дело, что если интерес состоит в том, чтобы забрать у стороны сделки имущество, на которое истец намерен обратиться взыскание как кредитор (третье лицо по отношению к недействительной сделке) другой стороны сделки, то права на иск у истца нет по другой причине: он не является стороной недействительной сделки. Соответственно у сторон сделки отсутствует и интерес в исполнении такого решения, даже если оно будет вынесено.

Выход за пределы отношений сторон по сделке, стало быть, и выход за рамки отношений по реституции, осуществляется в силу той истины, что если владение

¹ Если речь идет о конфискации (ст. 169 ГК), то истцом, естественно, должен выступать орган государства.

² Вестник ВАС РФ. 2001. № 5. С. 33–34.

вещью оказывается незаконным (фактическим), то предполагается существование где-то собственника, а значит, сохраняется и возможность виндикации.

Виндикация, естественно, всегда может натолкнуться на заявление о добросовестности ответчика: «...если, в случае ничтожности отчуждения, непосредственный участник сделки совершит дальнейшее отчуждение, то, конечно, добросовестные приобретатели могут воспользоваться для своей защиты известными нормами»¹. Поэтому реальный потенциал виндикации, как может показаться, не слишком велик, ведь собственник, передавший вещь по своей воле, не имеет право истребовать ее от добросовестного приобретателя по возмездной сделке (ст. 302 ГК), а когда речь идет о недействительных сделках, предполагается и передача вещи по воле собственника.

Но если виндикация и невозможна, то тем не менее вследствие недействительности сделки не возникает права собственности у добросовестного владельца. Таким образом, обнаруживается уже обсуждавшаяся и отторгаемая правосознанием наших юристов ситуация разведения собственности и владения вещью.

Что касается самой вещи, ставшей предметом недействительной сделки, то, если виндикация невозможна при наличии оснований, т.е. обогащении за счет иного лица, возникает обязательство из неосновательного обогащения в виде приобретения вещи без основания, выполняющее по отношению к виндикации, как и к реституции, субсидиарные, восполнительные функции, так как «специальные правила должны иметь преимущество перед общими нормами об обязательствах из неосновательного обогащения»².

Здесь можно привести такой пример.

Товарищество с ограниченной ответственностью «Стиль» купило у АО «Абаканское рудоуправление» металлопрокат, оплатив купленную продукцию встречной поставкой компьютерного оборудования. Однако в связи с отсутствием у покупателя подъездных путей металлопрокат был отгружен в адрес АО «Инстройкомплекс». Получатель металлопроката – АО «Инстройкомплекс» распорядился полученной продукцией по своему усмотрению, передав весь металлопрокат АО «Абаканвагонстрой» в счет оплаты квартир по договорам долевого участия.

Не получив купленного металлопроката, ТОО «Стиль» обратилось в суд с иском к АО «Абаканское рудоуправление», Управлению Красноярской железной дороги, АО «Инстройкомплекс» и АО «Абаканвагонстрой» об истребовании из чужого незаконного владения металлопроката. В судебном заседании истец изменил исковые требования и просил взыскать стоимость утраченного имущества – 3 192 914 658 руб. Суд взыскал сумму 3 185 587 311 руб. с АО «Абаканвагонстрой».

Отменяя это решение, Президиум ВАС РФ указал, что суд правильно применил ст. 393 ГК, предусматривающую ответственность за нарушение обязательства в виде обязанности должника возместить убытки. Вместе с тем решение суда о возложении ответственности на

¹ Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 307.

² Маковский А.Л. Обязательства из неосновательного обогащения // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского. С.А. Хохлова. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 598.

конечного получателя металлопроката неправомерно, потому что АО «Абаканвагонстрой» является добросовестным приобретателем, поскольку оно получило спорное имущество от АО «Инстройкомплекс» на основании договоров на долевое участие в строительстве жилых домов и не имеет никаких обязательств перед истцом»¹.

Аргументация надзорной инстанции едва ли может быть принята полностью. Если речь идет об обязательстве (а с этим спорить не приходится), то добросовестность приобретения имущества никак не может повлиять на решение по делу, ведь добросовестность приобретения (и владения) имеет юридический смысл в рамках вещных, а не обязательственных правоотношений.

Суд первой инстанции допустил очевидную ошибку, взыскав стоимость имущества с «конечного» получателя. «Конечный» получатель – это, без сомнения, владелец спорного имущества (для того, чтобы не выходить за рамки нашей проблемы, будем считать, что имущество индивидуализировано, не обезличено на момент рассмотрения спора; в противном случае, впрочем, приходим к тому же решению, но оно дается еще проще). Владелец, получив имущество от неуправомоченного отчуждателя, становится незаконным владельцем и может отвечать по виндикационному иску собственника. Но в нашем деле, во-первых, ТОО «Стиль» – не собственник, а покупатель, во-вторых, имущество приобретено возмездно и добросовестно, а значит, виндикация хотя формально и возможна, но заведомо практически безуспешна, ведь имущество выбыло из владения собственника – АО «Абаканское рудоуправление» по его воле. Учитывая это, нужно признать отказ истца от первоначально заявленного виндикационного иска вполне оправданным.

Перспективу в этом случае сохраняет только обязательственный иск. Истец был вправе заявить иск из договора купли-продажи, поскольку сделка не признана недействительной, требуя от продавца (поставщика) выполнить свои обязательства. В данном случае, как видно, этот иск по каким-то причинам отпал, и истец располагает лишь внедоговорным обязательственным иском из неосновательного обогащения. При этом требуется доказать, что ответчик обогатился, т.е. приобрел или сберег свое имущество за счет истца. Очевидно, что таким неосновательно обогатившимся лицом может быть лишь АО «Инстройкомплекс», которое сберегло за счет истца свое имущество (денежные средства, надо полагать) на сумму переданного металлопроката по договорам долевого участия.

Мы можем видеть, что реституция является довольно сильным средством защиты интереса, применяемым в субординации с виндикационным и кондикционным исками, которые защищают уже субъективное право.

В литературе, однако, представлена позиция, отрицающая само право реституции на существование и предлагающая вовсе ее отбросить, заменив соответственно кондикцией или виндикацией (как уже указывалось, эта позиция отвечает содержанию ГК РСФСР 1922 г.).

Наиболее настойчиво эту позицию, охарактеризованную в литературе как «необоснованное смешение сферы действия вещных и обязательственных исков»²,

¹ Вестник ВАС РФ. 1998. № 9. С. 26–27.

² Гражданское право: Учебник. В 4 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд. Т. 1: Общая часть. М., 2004. С. 510 (автор главы – В.С. Ем).

отстаивает Д. Тузов. Но прежде, чем приступить к ее обсуждению, необходимо все же отметить, что вопреки распространенным сегодня подходам, аннулирование сделок само по себе — явление крайне нежелательное. Как отмечал Д.И. Мейер, нельзя признавать сделку недействительной без крайней необходимости, Поэтому текущую практику решительного аннулирования судами сделки, как только обнаруживаются самые малые, самые формальные основания к этому, нужно признать безусловно вредной, влекущей самые разрушительные последствия для нашего весьма слабого экономического организма.

Говоря выше о чрезвычайности, свойственной реституции, мы уже показали, что сама по себе она не может быть средством получения предпринимательского дохода. Ее ретроспективность, направленность на восстановление первоначального положения тем отлична от восстановления права (собственно, способом защиты права она и не является), что в лучшем случае она способна лишь вернуть то имущественное состояние, которое имелось в прошлом.

Все доходы, приносимые имуществом, из реституции исключены (они возможны лишь в рамках кондикции). В ряде случаев нормы гл. 9 ГК РФ предусматривают взыскание реальных убытков, когда недействительная сделка имеет дополнительно и свойства деликта¹, но никогда — неполученных доходов. Однако нормальное хозяйствование предполагает постоянный доход, прирост имущества. Возврат к прежнему состоянию, имевшемуся в прошлом, стало быть, — это уже потери, это удар по хозяйствованию, по предпринимательству, которое всегда включает планирование дохода, увеличение имущества (а не просто получение того, что было в прошлом). Именно поэтому реституция — ненормальное, нежелательное, вынужденное юридическое средство и массовое обращение к нему не оправданно с экономической точки зрения.

Возвращаясь к собственно механизму реституции, мы должны заметить, что виндикация, в отличие от реституции, — вещно-правовое средство защиты.

Вещно-правовой характер виндикационного иска не исчезает, конечно, от того, что данный иск направляется против известного лица — владельца, как это кажется Д. Тузову, который настаивает на том, что виндикационный притязание становится из абсолютного относительным². Даже если не видеть несообразностей этого суждения, невозможно все же не заметить, что виндикационный иск всегда остается вещным.

Истец по виндикационному иску, в отличие от истца по иску о защите относительного права, а также архаичного права «относительной» собственности, как называл ее М. Казер, или средневековых «прав владения», т.е. таких прав на вещь, которые не достигали полной собственности (*gewere, seisin* и т.п.), доказывает не только то, что его право сильнее права ответчика, но именно то, что его право сильнее права всякого иного лица, как участвующего в деле, так и не участвующего.

И ответчик не столько доказывает свое право на вещь (обнаружение такого права, причем не более сильного, чем у истца, а какого угодно, даже самого слабого права, лишь бы оно создавало законное владение, лишь переводит спор из разря-

¹ В общем виде незаконная сделка, описанная в ст. 168 ГК РФ, как и в некоторых других статьях главы 9 (ст. 170, 173, 174 ГК), не является правонарушением, влекущим ответственность. Выше уже говорилось, что иск о применении последствий недействительной сделки по ст. 167 ГК не является способом защиты права и уже только поэтому — формой ответственности.

² Тузов Д.О. Реституция и виндикация: проблемы соотношения // Вестник ВАС РФ. 2002. № 3. С. 123.

да вещных в число обязательственных (это влечет отказ в виндикационном иске)), сколько оспаривает право истца.

Однако это очевидное обстоятельство не замечает Д. Тузов. Между тем обсуждение этой стандартной ситуации сильно изменило бы все выводы, так как Д. Тузову и иным немногочисленным, впрочем, сторонникам относительного характера виндикации пришлось бы признать возможность наряду с «относительным» виндикационным спором о вещи еще и возможность относительного обязательственного (личного) спора о вещи, автоматически исключающего первый иск по причине их разной природы, но ответчик на практике оспаривает доказательства о праве на вещь истца, хорошо понимая, в отличие от некоторых теоретиков, что смысл иска именно в праве истца, а не в обязанности ответчика.

Суд не может присудить вещь в пользу истца по виндикационному иску, если его право не будет установлено в рамках данного процесса как самое сильное, самое полное право на вещь, действующее против любого лица. В этом (но не только в этом) и проявляется вещная природа виндикационного иска, хотя бы ответчик известен и иск был направлен против известного лица.

Не будем здесь затрагивать факультативную защиту законного владения в рамках ст. 305 ГК: сама эта защита, с одной стороны, выступает как абсолютное требование, иск в защиту стоящего за истцом собственника (если ответчиком, естественно, не является собственник), а с другой стороны, продиктована отсутствием ординарной владельческой защиты в ГК РФ. Да и сам Д. Тузов претендует на универсальность своей идеи, не ограниченной одними только исками законного владельца против собственника, когда и на самом деле может обнаруживаться относительная связь законного владельца, связанного договором с собственником. Но в этих случаях нет и виндикации.

Утрата вещи владельцем немедленно лишает виндикационное требование всяких оснований. Оно теперь разворачивается против нового владельца, и так может происходить много раз. Но это как раз самым очевидным образом обнаруживает абсолютный, вещный характер требования: оно не *относится* ни к какому определенному лицу, а следует за вещью и в этом следовании ничем не ограничено, имеет абсолютный характер.

Наконец, если следовать логике Д. Тузова, то вещных (да и абсолютных) прав вообще нет, так как любое право защищается требованием к определенному лицу: не важно, в виде иска или связь не имеет природы спора.

Иногда высказывается идея, что у собственника имеется право требования, а у незаконного владельца — отвечающая этому праву обязанность возврата вещи и что эта обязанность имеет природу обязательства с возможностью распространения на нее всех норм об обязательствах¹. Понятно, что эта идея прямо вытекает из предположения об относительном характере виндикационного требования и тесно связана с ним.

¹ Иногда это предположение мотивируют полезностью включения в ГК РФ уступки виндикации. Однако виндикационный иск должен уступаться именно как вещный. Эта уступка должна иметь свое место в юридическом составе об отчуждении вещи, как об этом уже говорилось в главе о механизме возникновения права собственности. Сама по себе такая передача права на виндикацию должна отличаться от цессии требования, да и не может не отличаться в силу неустраиваемых различий между вещным и обязательственным правом.

Сама по себе возможность такого рассуждения объясняется тем уникальным положением, в котором находится современная отечественная цивилистика. Она уже вполне забыла четкую грань между классическими исками о вещи (*in rem*) и к лицу (*in personam*) и считает возможным игнорировать ее. С другой стороны, смутно помнится какая-то методика выведения права из защищающего его иска с благополучным забвением ее корней (которые уходят все в ту же классику). Только на этой скудной почве и произрастают такие невзрачные растения.

Приходится отметить, что **никакого обязательства и никакой обязанности вернуть вещь собственнику владелец не имеет**¹. И соответственно иск собственника к владельцу не имеет ни обязательственной природы, ни относительного характера.

Во-первых, вся теория обязанности владельца может возникнуть только из умозрительной и вполне фантастической конструкции наличия некоей обязанности не мешать собственнику и уж наверняка не отбирать у него вещь. Только как следствие нарушения этой обязанности и может возникнуть обязанность вернуть вещь. Но ведь владелец, передав владение, избавляется по ГК РФ от виндикационного иска. Однако нельзя избежать ответственности, утратив имущество или тем более изменив его до утраты идентичности. Ответственность, раз возникнув, уже не может быть прекращена, пока существует нарушитель.

Недееспособность, вообще исключая ответственность, никаких изменений в положении незаконного владельца, однако, не влечет независимо от того, возникла она к моменту предъявления иска или имелась уже тогда, когда им было получено владение². (Владение как действие фактическое может осуществляться без участия юридически валидной воли, поэтому мы можем обнаружить владение и у детей, и у душевнобольных.) Значит, обязанность незаконного владельца вернуть вещь — не форма ответственности (что и без того всем ясно). А раз так, то у него нет никакого деликтного обязательства. Ну а то, что у него не было обязательства договорного, — это уже вполне очевидно.

Следовательно, у него нет никакого обязательства, ибо по ГК РФ кроме договорных и иных внедоговорных обязательств (обязанностей) не бывает³.

Во-вторых, всякая обязанность создается правом только для одной цели — воздействовать на поведение людей. Поэтому существование обязанностей, о которых не известно обязанным лицам, в реальной жизни невозможно. Между тем добро-

¹ Этот вопрос применительно к дуализму гражданских прав уже рассматривался в более широком контексте в гл. 5 настоящей работы.

² Если владение было получено недееспособным по сделке, то добрая совесть будет обсуждаться по личности представителя, заключившего сделку и получившего исполнение на имя представляемого. Вообще говоря, недееспособность не исключает обсуждения (не)добросовестности и применительно к его личности, поскольку является внешней характеристикой поведения лица, не затрагивая состояние его воли. Однако если сделка недействительна в силу недееспособности и иных пороков воли приобретателя, то добросовестность уже не имеет места, так как она увязывается с отсутствием права на отчуждение вещи — качеством, характеризующим иную сторону сделки и отличным от пороков воли (теоретически возможно наличие в сделке двух и более оснований ее недействительности, но сюжет одновременного оспаривания сделки обеими сторонами по разным основаниям ввиду его крайней абстрактности не стоит обсуждения).

³ Вытекающее из нормы ст. 303 ГК обязательство незаконного владельца, по своей природе близкое кондикционному, касается только эксплуатации вещи, извлечения из нее доходов, но не затрагивает владения. А мы обсуждаем именно позицию владельца.

совестный владелец, основательно полагающий себя собственником вещи, тем самым заведомо не знает о том, что он должен отдавать вещь иному лицу.

Но и недобросовестный владелец никак не понуждается законом к выполнению обязанности: в худшем случае он лишится вещи (причем это случится совсем не обязательно), что, учитывая отсутствие у него права на вещь, невозможно считать имущественной санкцией.

В-третьих, эта обязанность является бессрочной, что в относительных отношениях, кроме случаев, прямо указанных в законе (например, применительно к ренте), недопустимо. (Срок исковой давности, как известно, регулирует поведение истца, но не ответчика.) Закон не устанавливает никаких санкций за просрочку и никак не вознаграждает скорейшее возвращение вещи. Закон не предусматривает и возложения на владельца издержек по возврату вещи, если собственник их понес¹.

В-четвертых, эта обязанность не определена законом по месту и способу исполнения.

Но если всякая обязанность — мера должного поведения, то легко заметить, что у придуманной некоторыми теоретиками обязанности вернуть вещь собственнику нет никакой меры.

Однако обязанность, которую закон позволяет исполнять (или не исполнять) как угодно долго, не указывая где и каким образом ее исполнять (или не исполнять), конечно, обязанностью не является.

В-пятых, если бы для передачи права на виндикацию применялись нормы о цессии, то непонятно, как это могло бы быть в тех случаях, когда право собственности передается при неизвестности владельца. А ведь именно эта гипотеза наиболее практически актуальна для самого вопроса отчуждения собственности при утрате владения прежде всего в сфере суброгации в пользу страховщика. Право придется описывать через вещь (что как раз выдает его вещную природу), а не через указание на должника. Но это совершенно невозможно для прав относительных, ведь возникает вопрос: к кому оно относится? Кроме того, цессия предполагает некоторое участие должника, например получение им извещения о состоявшейся цессии.

Впрочем, перечисленное выше, казалось бы, может быть отнесено в известной мере и к обязанности вернуть исполненное по недействительной сделке в порядке реституции, а я пытаюсь здесь показать, что у реституции есть некоторые черты обязательства. По этому поводу можно сказать, что возврат имущества в порядке реституции, являясь чрезвычайным средством с сильным публичным элементом, никак не может считаться обычным обязательством; это невозможно оспаривать. Мерой этой обязанности остается, как видно, восстановление первоначального положения: именно то имущественное положение, которое было до исполнения недействительной сделки, должно быть восстановлено в порядке реституции. Соответственно параметры первоначального положения и задают меру обязанности

¹ В то же время в рамках негаторного иска и его разновидности — иска о сносе строения издержки могут быть возложены на ответчика, и здесь на самом деле ответчик может быть обязан к совершению определенных действий для устранения нарушений права собственности (при отсутствии срока и ответственности за неисполнение, конечно). Не думаю, однако, что одно это обстоятельство превращает негаторный иск, в отличие от виндикационного, в обязательство или относительное правоотношение. Впрочем, насколько известно, такая квалификация негаторного иска не является сколько-нибудь актуальной и пригодной для конструирования теорий различной ценности.

по реституции в части, скажем, места или способа исполнения обязанности. Например, если арматура передавалась по недействительной сделке в упаковках по 500 кг, то также должна быть исполнена и обязанность по возврату этого имущества. Публичное начало реституции означает, что только суд определяет эти параметры, способ исполнения реституции исходя из интересов сторон и публичного интереса. Условия недействительного договора играют лишь вспомогательную роль: если, скажем, в действительности исполнение было иным, чем указано в договоре, то следует исходить из обстоятельств действительного исполнения.

Но главная черта обязанности — в том, что ее невозможно стряхнуть, от нее нельзя избавиться. Эта черта присуща обязанности по реституции, но не свойственна позиции ответчика по виндикации.

Ведь, как уже указывалось, утрата, в том числе намеренная, вещи владельцем или переработка, изменение ее до утраты идентичности влекут утрату виндикационного требования к нему. Однако праву не известны такие относительные обязанности, от которых можно избавиться собственными действиями, в том числе совершенными в собственных интересах¹. Именно здесь обнаруживается то, что невозможно изгнать из теории, потому что это — сама жизнь: всякая относительная обязанность — личная и следует за лицом независимо от воли лица на это. А всякое вещное право, как и вещный иск, следует за вещью, но не *относится* к лицам, т.е. не создает у них обязанности.

В то же время требование о реституции, как уже говорилось, никак не может квалифицироваться в качестве вещного. Это требование адресовано только к другой стороне сделки, а не следует за предметом сделки. Это прямо указано в ст. 167 ГК и в других нормах § 2 гл. 9.

У требований из реституции есть специфика, которая затрудняет, как уже говорилось, безусловное причисление их к обязательственным. Например, спорно, входят ли эти требования (и обязанности) в состав имущества и соответственно в наследственную и конкурсную массу, подлежат ли зачету и т.д.²

Но главной особенностью требования реституции является та, что по точному смыслу ст. 167 ГК, как и других норм § 2 гл. 9 ГК, сторона недействительной сделки не должна не только доказывать свое право на переданное имущество, но и не должна иметь такое право. *Имущество, переданное по недействительной сделке, возвращается только потому, что сделка оказалась недействительной*, а не потому, что одна из сторон сохранила на него право. Если допустить привлечение общих норм ГК РФ (что само по себе небесспорно), то можно сказать, что возврат этого имущества не подчиняется правилам о передаче вещи в собственность, но регулируется правилами об исполнении обязательства, состоящего в передаче имущества без его отчуждения, аналогично аренде, хранению и подобным обязательствам, или, пользуясь классической терминологией, возврат вещи по реституции — это

¹ Я не стану обсуждать здесь угрюмых тезисов вроде намеренной ампутации руки художником (хотя Ю. Норштейн высказывался как-то в том смысле, что и к локтю можно кисть привязать). Впрочем, и в этом случае обязательство не прекращается, если сохранность руки является обстоятельством, за которое отвечает художник (п. 1 ст. 416 ГК).

² Применение норм о реституции показывает, впрочем, что на отношения по реституции все чаще распространяются правила об обязательствах, хотя эта практика и встречает критику с позиций ограничительного толкования реституции как специфического инструмента.

не dare, a facege. Соответственно не применяются нормы ст. 223, 398 ГК и другие нормы, регулирующие отчуждение вещи (например, передача вещи в порядке реституции не является основанием для регистрации права собственности). Это обстоятельство, кстати, показывает, что для возникновения обязательства не нужно иметь права на вещь, если обязательство не является обязательством об отчуждении, а реституция не является обязательством об отчуждении вещи.

Почему возник такой механизм?

Здесь, видимо, учтено то обстоятельство, что нужды оборота заставляют скорее вернуть имущество тому, кто, возможно, не имеет на него права, чем вовсе исключать неправильно отчужденную вещь из оборота. Известно, что ответственность за судьбу вещи несет собственник. Если собственник утратил возможность (неважно, по своему недосмотру или по другим причинам) вернуть вещь, то это само по себе усиливает позицию незаконного владельца вещи, который теперь, хотя и в более узких рамках, несет бремя заботы о вещи. Соответственно ему дается и определенная защита.

Общество в целом не может и не должно заботиться об интересах собственника больше его самого. А вот о судьбе вещи общество заботится, ведь хозяйственная эксплуатация, сохранность вещей — условия его существования. Отсюда и следует, что в известных случаях защиту будет получать лицо, предположительно или несомненно собственником не являющееся. Нужно отметить, что это — *не защита субъективного права, а защита оборота*. Многие недоразумения возникают именно из-за того, что заранее принимается без обсуждения постулат: единственным объектом защиты являются субъективные права; на самом деле есть и иные объекты. Защита незаконного владения подтверждает этот факт, как бы ни противилось ему правосознание, воспитанное на понятиях, отрицающих гражданский оборот¹.

К числу лиц, защищаемых в силу нужд оборота, относится и сторона недействительной сделки. Она получает право на реституцию и в том случае, когда не имеет права на истребуемую вещь. Именно в этом пункте сосредоточились главные трудности в применении реституции.

Дело в том, что постигшие российскую экономику в начале прошлого века разрушительные события привели к почти полному сворачиванию гражданского оборота. Другой стороной того же процесса стало, как уже говорилось, упрощение, примитивизация гражданско-правовых средств и механизмов, а также и самих подходов к защите лица. Гражданский оборот и порождаемое им фактическое (незаконное) владение более не рассматривались как объекты защиты. Естественно, что это правосознание подчинило себе суды несмотря на то, что закон еще сохранял некоторые средства защиты незаконного владения. Ведущие тенденции в разрушении права, его деградации обозначались именно массовой практикой, в том числе судами (об этом уже говорилось при обсуждении вопроса об идеологии защиты владения). Тенденция судов вопреки закону давать защиту только праву несмотря на то, что закон прямо защищает и неправое — незаконное владение в част-

¹ Именно поэтому ссылки в доказательство своей правоты на стереотипы и инерцию, присущие судебной практике, противящейся защите любых иных, кроме субъективного права, объектов, не пристало делать тем цивилистам, которые желают развития отечественного частного права, а не его разрушения.

ности, это наша старая беда, которую нужно не столько углублять и развивать, как к этому призывает Д. Тузов, сколько все же преодолевать.

Обсудим теперь теоретические доводы Д. Тузова.

Во-первых, автор полагает, что реституция как защита фактического положения является посессорным средством¹. Конечно, это не так. Не любая защита незаконного владения является посессорной (владельческой). Владельческая защита применяется лишь против насилия и тому подобных действий, направленных против владельца (самоуправства, как говорится в ГГУ). А когда вещь передана без насилия, т.е. по воле владельца, по соглашению его с иным лицом, защита осуществляется в рамках личных отношений с этим лицом. Применение силы, самоуправство для овладения вещью исключают обращение к норме ст. 167 ГК (об этом уже говорилось).

Думаю, что отступление от общеизвестного понимания владельческой защиты понадобилось Д. Тузову только для того, чтобы потом обосновать свой тезис о том, что реституция – лишь часть виндикации² и соответственно в ней вовсе нет нужды.

На мой взгляд, и этот вывод неверен. Но в то же время нельзя не заметить, что место реституции в российском праве во многом определяется общей ситуацией с владельческой защитой, точнее, с ее неразвитостью.

Нормальная защита владения состоит в том, что владелец защищается против любого лица, посягнувшего на его вещь силой или тайно, т.е. против его воли. При этом нарушитель владения может быть и лицом, имеющим право на вещь (или предположительно имеющим такое право), т.е. действующим самоуправно. Такое самоуправство также недопустимо, и от него также дается защита. Таким образом, любой владелец вещи может быть уверен, что он не утратит владения иначе, как по суду. Это гарантирует устойчивость вещных отношений в целом.

В современном российском праве, в отличие от права других стран, от права дореволюционной России, допускается лишь ограниченная владельческая защита лиц, владеющих для давности (ст. 234 ГК). Следовательно, широкий круг владельцев оказывается вовсе без защиты. Это не может не влечь ослабления владения, полученного по недействительной сделке. Эти владельцы оказываются в крайне уязвимой позиции: заплатив (как правило) за вещь, они не получают не только права на нее, но и уверенности в том, что они не потеряют вещь в результате насилия. Даже если они владеют открыто и добросовестно, частное право не защитит их от насильственного посягательства, исходящего от собственника (законного владельца), т.е. от самоуправства. И вовсе без всякой защиты они остаются, когда не имеют доказательств своей доброй совести. Поэтому этим лицам и дана возможность вернуться в прежнее положение: отдав вещь, истребовать деньги.

Такая же возможность дана и другой стороне сделки уже в силу равенства всех участников оборота, а также потому, что обществу нет никакого смысла защищать незаконного приобретателя от действия реституции: ведь тем самым вещь безусловно исключается из оборота. Конечно, в некоторых случаях и возврат вещи отчуждателю не гарантирует ее немедленный возврат в оборот. Но посредством этого устранения обнаруженного последнего нарушения условий оборота создаются условия

¹ Тузов Д. О. Указ. соч. С. 119.

² Там же. С. 124.

для устранения нарушения прежнего, предшествующего. Стимулом для приведения в действие этого механизма является интерес в возврате уплаченного с одновременным возвратом незаконно отчужденной вещи.

Конечно, этот механизм безупречен, но он, очевидно, более логичен и разумен, чем та «правильная» практика, в соответствии с которой суды заставляют стороны недействительной сделки доказывать свое право на имущество, переданное по этой сделке, и которая поддерживается Д. Тузовым. Ведь каков результат этой практики?

Стороне недействительной сделки отказывается в реституции лишь потому, что она не смогла доказать свое право на вещь, подлежащую возврату. Единственное рациональное объяснение здесь может состоять только в том, что нельзя отдавать вещь тому, кто не смог устранить сомнений относительно своего права на нее. Но если исходить из этого, то как можно оставлять вещь у того, у кого несомненно нет права на нее? Ведь недействительная сделка имеет главным своим результатом именно то, что у получателя никакого права на вещь не возникает. И так, суд, отказывая в реституции потому, что истец не доказал права на вещь, оставляет вещь ответчику, у которого заведомо нет права, без всякого доказывания¹. Иначе как крайне нелогичным (чтобы не сказать бессмысленным) такой подход назвать невозможно². Очевидно, что с точки зрения системы ГК РФ недостаточность, незавершенность защиты фактического владения, трудности, иногда непреодолимые, связанные с возвратом в оборот незаконно отчужденных вещей, делают необходимым сохранение механизма реституции³. С практической точки зрения, как уже говорилось, приходится сохранять реституцию как грубое, неправовое, исключительное средство восполнения слабости и ненадежности нашего правопорядка.

Кстати, говоря о реституции, мы должны иметь в виду не только незаконную сделку (ст. 168 ГК), что вообще не замечают критики реституции. И при отчуждении вещи недееспособным лицом (ст. 171 ГК), и при совершении сделки под влиянием заблуждения, и во всех других случаях, предусмотренных § 2 гл. 9 ГК, вещь возвращается стороне сделки независимо от права на нее. Неужели кто-то будет отстаивать положение, по которому если вещь отчуждена малолетним или недееспособным либо под влиянием заблуждения или обмана и т.д., то истец обязан доказывать свое право на вещь, а если не докажет, то в реституции следует отказать и оставить вещь обманщику и насильнику?

¹ Если строго следовать этой логике, то и уличенный мошенник, вина которого доказана приговором, не обязан вернуть похищенное, пока потерпевший не докажет свое право на имущество, поскольку основанием истребования являются ст. 178 или 179 ГК. Можно указать и на иные абсурдные следствия из этого тезиса, который, впрочем, сам по себе – абсурд.

² Вообще, праву известен механизм, согласно которому при прочих равных условиях фактический владелец имеет преимущество. Но этот механизм действует в рамках развитой владельческой защиты, а, по мысли Д. Тузова, отказ в реституции из-за отсутствия титула тем и хорош, что основан на идее отказа в защите владения. Соответственно нет никаких оснований подозревать описанную практику и идеологию в защите фактического владения незаконного приобретателя по известному (но не нам) принципу: *владение – само по себе основание*.

³ Отсюда видна уязвимость критики ст. 167 ГК с позиций классического права, так же как с позиций права германского или российского дореволюционного: если эта критика ограничивается лишь призывом к устранению данной нормы без введения полноценной защиты владения, то ничего, кроме дальнейшего ослабления и без того почти незащищенного нашим правом оборота, она в себе не несет.

Насколько известно, эту позицию пока стесняются защищать даже самые горячие сторонники аннулирования реституции. Но если молчаливо признается допустимость реституции без доказывания права (а реституция — это механизм, применяемый без доказывания права) для всех случаев, кроме незаконной сделки (ст. 168 ГК), то и вся аргументация, направленная на уничтожение нормы ст. 167 ГК утрачивает всякое право на существование, так как правило ст. 167 ГК является универсальным и воспроизводится и в иных составах недействительных сделок либо путем отсылки, либо путем поправок, не затрагивающих главного — возврата имущества стороне сделки без всякого указания на наличие у стороны права на это имущество. А универсальное правило нельзя критиковать, затрагивая только одно из его частных проявлений. Такая критика не более осмысленна и убедительна, чем рассмотренное выше предложение оставлять имущество заведомо незаконному владельцу для вящей защиты права собственности.

Этот вопрос стал предметом обсуждения Президиумом ВАС РФ, который посчитал нужным специально указать, что при применении реституции в порядке п. 2 ст. 167 ГК суд не исследует права стороны на истребуемое имущество¹.

Осталось обсудить еще один аспект темы: может ли виндикация полностью взять на себя функции реституции или, что то же самое, можно ли рассматривать реституцию как разновидность виндикации с подчинением ее требованиям гл. 20 ГК, как предлагает Д. Тузов²? Из этого следует, что если собственник обосновывает свой иск из совершенной им недействительной сделки правом собственности, то должны применяться нормы ст. 301–302 ГК. Посмотрим, как это получится.

Во-первых, из ст. 302 ГК, бесспорно, вытекает (это было прямо указано в ГК РСФСР 1922 г.³, и на эту истину сослался и КС РФ в Постановлении от 21 апреля 2003 г. № 6-П), что между истцом (собственником) и ответчиком (приобретателем по недействительному договору⁴, незаконным владельцем) стоят третьи лица и подразумеваются куда более сложные события, чем одна недействительная сделка, как это следует из ст. 167 ГК.

Например, когда обсуждается вопрос, выбыла ли вещь из обладания истца против его воли, то, очевидно, не может иметься в виду передача вещи по сделке, в том числе по недействительной. Исполнение сделки, в том числе недействительной, — это всегда передача вещи по воле владельца (стороны).

Предполагается, конечно, насильственный (к нему приравнивается и хищение) либо самоуправный акт, прервавший владение истца. Значит, в гипотезе нор-

¹ Пункт 3 Обзора судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. № 126).

² Тузов Д. О. Указ. соч. С. 134.

³ Норма ст. 60 ГК РСФСР 1922 г. описывала ответчика по виндикационному иску как «лицо, которое добросовестно приобрело имущество не непосредственно у собственника». Указание на «добросовестного приобретателя», как нетрудно понять, является указанием на наличие договора (недействительного).

⁴ В главе о традиции отмечалось, что виндикация возможна вследствие передачи вещи в силу гонимой традиции, когда между собственником и незаконным владельцем не было никакого договора, хотя бы и недействительного (например, ошибочное исполнение, исполнение незаключенного договора). В этом случае, как, скажем, и при хищении, виндикационный иск возможен без опосредующих владельцев, непосредственно между собственником и незаконным владельцем, которому он вещь передавал, потому что здесь *нет договора*.

мы уже заложено что-то иное, кроме недействительной сделки, давшей владение ответчику. Налицо цепь юридических фактов и составов, из которых не все могут быть сделками, и цепочка владельцев, разделяющих истца и ответчика.

Далее, ответчик может считаться добросовестным, если он не мог знать, что получает вещь без достаточного основания. Но если вещь получена от истца, который является собственником (а это так по концепции Д. Тузова), то ответчик получает вещь по достаточному основанию. Значит, и эта гипотеза отпадает. Если же предположить, что вещь передана собственником в нарушение закона, то незаконность сделки, как известно, исключает добрую совесть получателя.

Наконец, может быть измышлена ситуация, когда вещь передана собственником незаконно, но с доброй совестью получателя, например, когда отчуждена арестованная или иным образом запрещенная к отчуждению вещь так, что получатель не мог знать о запрете. Но в этом случае защита будет исходить от третьего лица, например залогодержателя, т.е. выступать как виндикационный иск (это прямо подчеркнуто в ст. 33 Закона об ипотеке (залоге недвижимости), поскольку истец (залогодержатель, кредитор в отношении арестованного имущества) не будет обязан к встречному предоставлению). Если же дать защиту в этих случаях должнику, то будет невозможно не признать, что тем самым санкционируется злоупотребление правом¹: сначала собственник (должник) в нарушение закона сознательно отчуждает вещь, получив плату за нее, а затем обращает собственное нарушение себе на пользу и возвращает вещь по правилам о виндикации. Но поскольку остается только эта гипотеза виндикации, в которой возможно добросовестное незаконное приобретение от собственника, то можно без всяких сомнений заключить, что отнюдь не для этих целей создавался механизм доброй совести.

Итак, создающее механизм норм ст. 301–302 ГК условие о добросовестности получателя оказывается иррелевантным, не имеющим юридического значения, если будет предпринята попытка применить виндикацию между сторонами в сделке.

¹ Недопустимость реституции в этом случае может быть мотивирована и наличием в этом институте публично-правовых черт, что отмечает и Д. Тузов (Указ. соч. С. 134). Автор, впрочем, оспаривает взгляды тех авторов (Г.Н. Амфитеатрова, О.С. Иоффе, Д.М. Генкина и др.), которые высказываются в поддержку самостоятельного характера реституции и как следствие — приобретения ею публично-правовых черт. Оспаривается им оно потому, что не соответствует «современным условиям».

На мой взгляд, напротив, именно современные условия заставляют признать, что поскольку поводом для аннулирования сделки наряду с иными основаниями является и нарушение закона, то речь должна идти о придании нормам ст. 166–167 ГК помимо частного также и публично-правового характера. Например, ст. 1417 недавно принятого и, надеюсь, достаточно современного ГК Квебека гласит: договор является ничтожным, «если основанием для признания его недействительным служат требования к порядку заключения договора, установленные для защиты общественного интереса».

Соответственно право прибегать к аннулированию договора в частных интересах должно быть ограничено: ведь трудно оправдать такое положение, когда сначала закон нарушается, а потом нарушение используется нарушителем в своих интересах, когда истец горячо убеждает суд в том, что он самым серьезным образом нарушил закон при совершении сделки и потому ему должна быть непременно предоставлена судебная защита (это еще один абсурд, следующий из критикуемой нами позиции). Тогда отпадет и основание к применению реституции, по крайней мере в сколько-нибудь широких масштабах.

Напротив, отрицание публичных черт в ст. 166 ГК, интерпретация этой нормы как способа защиты частного права, права собственности (вопреки прямому указанию в ст. 166 ГК, что она защищает интерес) будут вести и к росту числа злоупотреблений, и к неустойчивости оборота.

А это значит, что в норме ст. 167 ГК заложен какой-то другой механизм, исключаящий подчинение реституции правилам о виндикации.

Но может быть, получатель может оказаться недобросовестным, т.е. заведомо знающим, что есть препятствия к получению вещи? Однако и эта гипотеза не подтверждается. Если вещь приобретается у собственника, то никакого заблуждения относительно управомоченности отчуждателя, понятно, быть не может. Ведь продавец, будучи собственником, не будет представляться посторонним лицом, а если ему и будет угодно вести себя столь причудливо, то даже инсценированное таким образом заблуждение получателя никак не влияет на приобретенное им действительное право. При наличии действительного права не может быть недобросовестности (как, впрочем, и доброй совести: она не нужна, если есть право на вещь).

Итак, перебрав все возможные варианты, мы можем убедиться, что *механизм, предусмотренный ст. 301–302 ГК, не предназначен для возврата вещи собственником, заключившим недействительную сделку, от другой стороны этой же сделки.*

Конституционный Суд РФ совершенно правильно заключил, что «добросовестное приобретение в смысле статьи 302 ГК Российской Федерации возможно только тогда, когда имущество приобретается не непосредственно у собственника, а у лица, которое не имело права»¹.

По этому пути идет и практика.

Например, прокурор в интересах комитета по управлению государственным имуществом Красноярского края обратился в суд с иском к ОАО «Красноярский завод лесного машиностроения». Истец требовал признать недействительной (ничтожной) сделку приватизации в части включения в уставный капитал ответчика стоимости здания общежития и обязать ответчика возвратить здание.

Суд признал незаконность приватизации общежития, но в иске отказал, сославшись на то, что передача здания в уставный капитал акционерного общества произведена по воле собственника; общество является добросовестным приобретателем, и полученное имущество не может быть у него изъято.

Отменяя это решение, Президиум ВАС РФ указал, что, поскольку речь идет о реституции, норма ст. 302 ГК неприменима, так как «регулирует иные отношения»².

Нужно вновь подчеркнуть, что если бы такое и было возможно, то налицо было бы очевидное злоупотребление: отдав вещь и получив за нее эквивалент, собственник по виндикационному иску возвращал бы только вещь, отказываясь обсуждать вопрос о встречном предоставлении в пользу ответчика.

Если же мы признаем, что приобретатель имеет право в том же процессе потребовать возврата уплаченного, то получим тот же механизм реституции, с которым

¹ Пункт 3.1 постановления Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 167 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан О.М. Мариничевой, А.В. Немировской, З.А. Скляновой, Р.М. Скляновой и В.М. Ширяева».

² Постановление № 5704/99 (Вестник ВАС РФ. 2002. № 8. С. 54–56). Впрочем, Президиум ВАС РФ не придал значения другому доводу судов низших инстанций: передача общежития ответчику не противоречит публичному интересу. А этот довод должен во всяком случае обсуждаться при аннулировании сделок приватизации. На мой взгляд, он имеет решающее значение в каждом споре, основанном на ст. 168 ГК РФ.

борется Д. Тузов, только существенно ограничивающий права собственника, поскольку, по мысли автора, он будет еще и нести бремя доказывания своего права.

Можно заметить, что вся аргументация Д. Тузова сосредоточивается лишь на случаях недобросовестного получения вещи. Эта гипотеза означает, что получатель заведомо знает, что, получая вещь, он не приобретает на нее никакого права. Тем не менее он сделку совершает. Но если так, то получателю вполне выгодна эта незаконная сделка, и риск реституции его не пугает. Не думаю, что так может себя вести тот рачительный хозяин, для которого написан Гражданский кодекс. Поэтому предложение Д. Тузова лишить другую сторону сделки права на реституцию лишь увеличит энтузиазм такого рода приобретателей, получивших дополнительную теоретическую защиту своего недобросовестного поведения. Насколько этот механизм отвечает интересам общества – судить читателю.

В последние годы сложилась достаточно устойчивая арбитражная судебная практика, в основание которой положено последовательное размежевание реституции и виндикации, причем каждое из этих средств имеет свои черты, о которых уже много говорилось выше¹.

До сих пор мы говорили о возврате вещи в порядке реституции. Но, как известно, норма ст. 167 ГК предусматривает и возврат стоимости вещи. Д. Тузов делает из этого вывод, что реституция состоит из двух разных механизмов: виндикационного (направленного на защиту права собственности) и иного, а «между ними так же мало общего, как между виндикационным притязанием и заменяющим его в случае гибели вещи требованием о возмещении убытков»².

Сравнение, конечно, как и вся теория, крайне неубедительно. Виндикация следует за вещью, а требование из деликта – за лицом; виндикационный иск обосновывается правом собственности на стороне истца и незаконным владением на стороне ответчика; деликтный иск – убытками на стороне кредитора и виновным противоправным поведением должника. В первом случае – традиционный вещный иск, во втором – традиционный обязательственный. Действительно, нет ничего общего.

А вот когда речь идет о реституции, то в обоих случаях требование не идет дальше стороны сделки, в обоих случаях – и при возврате вещи, и при возврате денег – иск личный, а вина или иные характеристики поведения сторон юридического значения не имеют, т.е. общего очень много, и эти общие черты весьма существенны. Но между денежным и натуральным присуждением по реституции есть разница, хотя совсем не та, о которой говорит Д. Тузов.

Денежное обязательство, возникающее из нормы ст. 167 ГК взамен натурального, отличается тем, что в этом случае другая сторона возвращает уже не чужое, а свое имущество. Для того, чтобы увидеть, какие здесь возникают осложнения, следует обратиться к практике.

ТОО «Люта» заключило договор поручения с импортером на выполнение таможенных формальностей в отношении большой партии ввезенного риса. Поручение выполнено не бы-

¹ См. пункты 1 и 2 Обзора судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. № 126).

² Тузов Д.О. Указ. соч. С. 124.

ло, таможенные платежи не внесены, а весь груз продан третьему лицу — ООО «Арес», которое в свою очередь поставило рис оптовым покупателям. Однако в этот момент рис был арестован по требованию следователя, расследовавшего нарушение таможенных правил. Соответственно груз в основной части не был оплачен (полученные до ареста суммы были перечислены покупателем импортеру).

Спустя несколько лет ТОО «Люта» обратилось с иском к ООО «Арес» о взыскании стоимости проданного риса. В этом иске суд отказал, так как в силу ст. 131 ТК (1993 г.) распоряжение товаром до завершения таможенных процедур запрещено. Соответственно сделка по продаже риса является ничтожной и не дает права на взыскание стоимости. Но в решении суда было сказано, что истец вправе заявить требования по ст. 167 ГК о применении последствий ничтожной сделки.

В данном случае это будет требование о взыскании стоимости риса, так как его в натуре у ответчика нет. Но не может не вызвать сомнения ситуация, когда то, что нарушает правопорядок, т.е. взыскание цены запрещенного к продаже товара, становится возможным посредством механизма реституции.

Полагаю, что в тех случаях, когда в порядке ст. 167 ГК истребуются не вещи, а деньги, в том числе стоимость пользования вещами, работ или услуг, должен возникать вопрос о правах на имущество. Ведь, чтобы истребовать не свои деньги (а деньги всегда принадлежат владельцу как стороне недействительной сделки), нужно обосновать право на их получение. Единственным применимым механизмом здесь оказывается кондикция, так как всякое иное обязательственное основание отпадает, а вещное притязание для истребования денег в принципе неприменимо.

Например, продана квартира за 200 тыс. руб., хотя ее стоимость на самом деле — 500 тыс. руб., и этот факт доказан. Добившись признания сделки недействительной (скажем, по основаниям ст. 178 ГК), истец получает назад квартиру и возвращает 200 тыс. руб. При этом не подлежит обсуждению действительная стоимость квартиры и соответственно — обогащение покупателя (хотя в рамках нормы ст. 178 ГК РФ возможно взыскание реального ущерба). Но если квартира утрачена, в том числе отчуждена третьим лицам, то истребуется ее стоимость¹. Исходя из этого возвращается размер неосновательного обогащения. В этом случае должно обсуждаться и право истца на имущество. Очевидно, неосновательное обогащение может возникать в этой ситуации за счет собственника, но, скажем, не арендатора, тогда как арендатор мог бы иметь право на возврат самой квартиры в порядке реституции.

С позиций кондикционного требования в иске ТОО «Люта» должно быть отказано, так как ответчик не обогатился в результате сделки: все полученное было направлено на счет импортера. Кроме того, и истец не был собственником груза, а выступал как агент (что при истребовании груза в натуре в порядке реституции не имело бы значения).

Применимость кондикции, как представляется, вытекает также и из того, что в противном случае мы вынуждены будем практиковать независимое встречное истребование денег без каких-либо расчетов, что едва ли имеет разумное обосно-

¹ Если сделка признана недействительной по иным основаниям, кроме пороков воли, то презюмируется, что согласованная сторонами цена и является стоимостью (так проявляется одно из собственных юридических следствий недействительной сделки).

вание, хотя часто представляет интерес для одной из сторон, например в случаях отсутствия денег на счете и т.п., как форма кредитования

Р. Бевзенко и Т. Фахретдинов, обсуждая соответствующую судебную практику, пришли к выводу, что имеет место зачет, но зачет особенный, применяемый судом по своей инициативе, *ex officio*. Думаю, что для такого вывода все же нет оснований. Зачет — это сделка, и суд его совершить заведомо не может. Следовало бы скорее развить тезис апелляционной инстанции в приведенном авторами деле, которая расценила встречное исполнение сторонами недействительной сделки как «неосновательное обогащение одновременно обеих сторон»¹.

На самом деле одновременного неосновательного обогащения обеих сторон, конечно, быть не может. Обогащается всегда только одна сторона, что следует из ст. 1102 ГК, либо, как в приведенном примере, где исполнение признано равноценным, ни одна. В последнем случае в иске о взыскании денег следует отказывать, что и сделал суд апелляционной инстанции. Но это все же не зачет, а применение правил о неосновательном обогащении.

Нормы о кондикции, стало быть, оказываются применимыми для возврата исполненного по недействительной сделке всякий раз, когда присуждение становится денежным для обеих сторон сделки.

Вообще говоря, зачет в рамках одной сделки исключен, так как предметом сделки не может являться встречная передача однородного имущества ввиду бессмысленности такого предоставления. Именно поэтому установлены дополнительные условия зачета, такие, как зрелость, допустимость основания. Эти дополнительные условия отпадают, поскольку речь идет о реституции: здесь встречные требования имеют тождественное основание и возникают одновременно.

Спорным вопросом является природа денежных требований о реституции: можно ли их считать обязательственными или настолько близкими к обязательствам, что становится допустимым применение норм об обязательствах. Статья 1103 ГК, позволяющая субсидиарное применение норм о кондикционных обязательствах, заставляет признать эту близость. Может, правда, показаться, что здесь существует аргумент, ставящий под сомнение такой вывод, ведь нормы о кондикции применимы субсидиарно и к виндикационным требованиям, которые являются вещными. Но более детальный анализ показывает, что кондикция может действовать только в сфере расчетов при возврате имущества из чужого незаконного владения (ст. 303 ГК). А эти отношения являются, как и любые расчеты, денежными и, следовательно, обязательственными. Итак, субсидиарное применение норм об обязательствах из неосновательного обогащения² само по себе является аргументом

¹ Бевзенко Р.С., Фахретдинов Т.Р. Зачет в гражданском праве. М., 2006. С. 71.

² Нужно подчеркнуть, что речь идет именно о субсидиарном применении; реституция не утрачивает своего значения специальной нормы, вытесняющей общую норму. Это видно, например, из того, что несмотря на то, что сторона должна была знать о недействительности сделки, переданные по ней деньги подлежат возврату, несмотря на правило п. 4 ст. 1109 ГК.

Следует также отметить, что возможна и иногда высказывается более радикальная позиция, отрицающая субсидиарное применение кондикции к реституции. Эта позиция черпает свои аргументы преимущественно в истории русского права и в сравнительном праве.

Но, как представляется, в сфере кондикции национальные различия весьма велики (хотя и менее значительны, чем национальные различия реституции), причем довольно широко представлен меха-

в пользу обязательственного характера требования денег по реституции. Ведь субсидиарность предполагает родственность.

Другим аргументом может быть такой: никаких иных имущественных прав, кроме обязательственных (личных) и вещных, не существует. Требование денег не может быть вещным притязанием. Следовательно, это притязание обязательственное, личное. По смыслу ст. 167 ГК оно не может считаться строго встречным. Понятно, что здесь мы имеем в виду не встречность в смысле исполнения обязательства (ст. 328 ГК), а встречность иную, о которой говорит, например, ст. 410 ГК. Иными словами, мы говорим не о обусловленности исполнения сроком¹, а о том, что каждая из сторон одновременно и обязана в отношении другой, и управомочена.

Прежде всего (и это касается не только встречности) механизм реституции предполагает наличие судебного решения. Иногда, впрочем, обсуждается проблема возможности признать сделку недействительной соглашением сторон.

Вот пример из практики.

Товарищество с ограниченной ответственностью «Сириус» в 1991 г. заключило с государственным предприятием — нефтеперерабатывающим заводом договор аренды очистных сооружений. В дальнейшем арендованное имущество было приобретено в собственность арендатором и передано в виде учредительного взноса в уставный капитал ЗАО «Сириус». Нефтезавод в 1994 г. акционировался, приватизировал свое имущество (очистные сооружения не были включены в состав имущества, подлежащего приватизации). Между вновь созданными акционерными обществами — ЗАО «Сириус» и ОАО «Нефтезавод» — стали возникать конфликты по поводу эксплуатации очистных сооружений. В 1998 г. ОАО «Нефтезавод» предъявило иск к ЗАО «Сириус» о признании недействительным договора аренды, заключенного в 1991 г. В суде стороны заключили мировое соглашение, которым договор аренды был признан недействительным; кроме того, стороны обязались установить договорные отношения по поводу эксплуатации очистных сооружений. Мировое соглашение было утверждено судом. Впоследствии, в 2004 г., суд вновь рассматривал спор между этими же сторонами и ссылался на то, что ничтожность аренды подтверждена определением суда и не может быть поставлена под сомнение.

Не обсуждая того вопроса, что по обстоятельствам дела ничтожность аренды отнюдь не была очевидной (договор был заключен еще в период действия Основ законодательства об аренде), попробуем оценить проблему в общем плане.

Во-первых, вызывает сомнение право сторон на «признание» сделки ничтожной². Здесь, кажется, возможны два подхода: если сделка ничтожна и без призна-

низм субсидиарного применения обязательств из неосновательного обогащения (подробнее см.: Цвайгерт К., Кётиц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права / Пер. с нем. В 2 т. Т. 2 М., 1998. С. 289 и сл.). Поэтому в данной области придется искать собственный механизм взаимодействия реституции и кондикции, а материал из истории как русского, так и европейского права, хотя и весьма полезен, но все же не способен дать аргументов прямого действия.

¹ Срок исполнения обязанности по реституции определяется судом в решении о применении последствий недействительной сделки либо по умолчанию — нормами об исполнении судебного решения. Стороны лишены возможности увязать сроки исполнения; соответственно говорить о применимости к реституции нормы ст. 328 ГК не приходится.

² Понятно, что для оспоримой сделки это в принципе исключено уже хотя бы потому, что обе стороны оспоримой сделки лишены права ее оспорить, а значит, и договориться об ее аннулировании, что не означает, конечно, что они не могут просто прекратить договор.

ния, то такое признание лишено юридического значения. Если же признание должно иметь место в результате судебного вмешательства, как это следует из ст. 12, 166 ГК РФ, то это уже прерогатива суда.

Во-вторых, право на любые соглашения о недействительности сделки имеют, без сомнения, только сами стороны сделки, что вытекает из содержания ст. 167 ГК, относящей только к сторонам сделки все ее последствия. В нашем случае, заметим, мировое соглашение заключают иные лица.

В-третьих (и это представляется наиболее важным), в соглашении о признании сделки ничтожной имеется внутреннее противоречие. Любое соглашение направлено на возникновение, изменение, прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК). Если предметом соглашения о признании сделки ничтожной является прекращение прав и обязанностей из такой сделки, то само признание ее ничтожной означает, что таких прав и обязанностей не возникло и, следовательно, нечего прекращать. Соглашение о признании сделки ничтожной невозможно; такое соглашение, в отличие от самой недействительной сделки, не является юридическим фактом и не порождает никаких последствий.

Если обратиться к нашему примеру, то можно заметить, что установленная мировым соглашением обязанность сторон заключить договор об эксплуатации очистных сооружений является нарушением закона: если эти сооружения неправомерно получены ЗАО «Сириус» (бывшим арендатором), то, следовательно, оно не вправе их эксплуатировать и предоставлять услуги по очистке нефтезаводу, как и нефтезавод не вправе договариваться об эксплуатации имущества с лицом, заведомо не имеющим права на это имущество. Мы можем видеть, что не только соглашение о признании сделки ничтожной невозможно в силу закона, но и следствия из этого признания также нарушают закон.

Широко распространенное среди сотрудников государственных органов мнение, что они вправе без суда квалифицировать сделки как ничтожные для налоговых, таможенных целей, целей уголовного преследования или исполнения актов о принудительном взыскании имущества, вызывает сомнения уже потому, что такая квалификация подразумевает применение в той или иной форме санкций.

Но и для публичных целей допустимо применение реституции, равно как и признание сделки ничтожной исключительно судебным решением.

Итак, исключительным основанием реституции является судебное решение. Но судебное решение реализуется посредством исполнительных процедур, которые всякому обязательству придают новое качество¹. Все действия сторон должны получать форму процессуальных актов (уже в рамках судебного спора заявление о зачете, например, должно иметь форму встречного иска). Только с этими оговорками действуют и обязательства из недействительной сделки.

Кроме того, в силу ст. 328 ГК встречный характер обязательства имеет своим основанием договор, но у нас договор не действует. Отсюда вытекает, что ни од-

¹ Здесь интересно указать на правило, имевшее всеобщее значение в римском праве: со стадии *litis contestatio*, открывавшей спор, прежнее обязательство заменялось новым, происходила новация. Отношения из *litis contestatio* характеризовались иногда как квазидоговор (см., например: *Соколовский П.Е. Договор товарищества по римскому гражданскому праву*. Киев, 1893. С. 48). Речь не идет об аналогии, но параллельность механизмов все же заметна.

на из сторон недействительной сделки не может приостановить предоставление, поскольку другая сторона уклоняется от выполнения своей обязанности. Но если мы ведем речь о замене натурального предоставления денежным на стадии исполнения (скажем, обнаружилась гибель вещи), то возникает вопрос о праве на зачет двух денежных требований в рамках исполнения обязанности по реституции. (Поскольку решение о реституции уже вынесено, нормы о кондикции неприменимы.)

Некоторые аспекты проблемы видны в таком деле, хотя в нем и не было замены натурального обязательства денежным.

Между банком и институтом был заключен кредитный договор. Но за несколько дней до заключения договора в отношении института (ФГУП) была введена процедура наблюдения. Впоследствии кредитный договор был признан ничтожным. Институт заявил иск о возврате 433 065 руб., списанных банком по платежному поручению в счет процентов по договору.

Президиум ВАС РФ указал, что в этом случае должна быть применена двусторонняя реституция с зачетом ранее уплаченной истцом суммы. При этом споры о недействительности сделок и применении последствий их недействительности рассматриваются в общем порядке, вне рамок процесса о банкротстве¹.

Как видим, суд признал допустимым зачет в рамках реституции. С этим следует согласиться по тем причинам, о которых говорилось выше. Нужно только заметить, что зачет требований о реституции не мог бы осуществляться в судебном процессе, так как пока идет спор в суде, еще не возникли и требования о реституции, стало быть, нет предмета зачета; зачет возможен лишь на стадии исполнения.

В то же время указание о том, что требование о реституции должно заявляться вне процедуры банкротства, кажется нелогичным. Ведь применимость зачета при расчетах означает подтверждение наличия денежных обязательств из недействительной сделки (в данном случае — кредитного договора). Но исполнение денежных обязательств должно происходить в рамках процедуры банкротства.

Реституция лишь постольку выводится за пределы банкротства, поскольку она предполагает возврат имущества в натуре хотя бы одной стороной.

Реституция как восстановление в прежнем имущественном положении следует и за признанием недействительными учредительных документов общества, созданного путем преобразования другого общества.

Обычным решением является такое, когда одновременно с признанием недействительными учредительных документов вновь созданного восстанавливается прежнее юридическое лицо². Чаще всего для этого принимается административный акт в том же порядке, как и для регистрации. Видимо, такая практика соответствует смыслу закона, который говорит о восстановлении нарушенного права (ст. 12, 13 ГК). Но нельзя не заметить, что в результате появляется два юридических лица: новое, которое еще существует, несмотря на установленные пороки при его соз-

¹ Дело № 9180/00 (Вестник ВАС РФ. 2002. № 2. С. 40–41).

² Например, Президиум ВАС РФ в постановлении от 26 ноября 1996 г. № 3070/96 указал, что признание недействительными учредительных документов общества с ограниченной ответственностью «Челябинский дробилейный завод» и постановления о его регистрации восстанавливает статус арендного предприятия, путем преобразования которого было создано ООО.

дании, и прежде, поскольку именно в этом состоит восстановление нарушенного права. Однако у этих двух юридических лиц имеется один на двоих имущественный комплекс. На почве этого имущества и возникают осложнения.

Общим подходом к имущественным взаимоотношениям двух организаций является, естественно, применение механизма реституции.

Это необходимо подчеркнуть, так как в большинстве случаев имущество просто забирают у одного (вновь созданного) и возвращают прежнему юридическому лицу. Никакой правовой почвы такие действия не имеют, несмотря на их распространенность. Конечно, это и не реституция, поскольку здесь нет двусторонности.

Например, был признан недействительным договор купли-продажи муниципального предприятия, и в порядке реституции возвращены в муниципальную собственность ряд объектов, входящих в имущественный комплекс предприятия, а в пользу покупателя взыскана часть оплаченной суммы.

Президиум ВАС РФ решение отменил и дело направил на новое рассмотрение, указав, что суд оставил без внимания доказательства, представленные обществом, о затратах на реконструкцию объекта. Таким образом, двусторонняя реституция проведена с нарушением требований п. 2 ст. 167 ГК¹.

Итак, если признаны недействительными учредительные документы общества, созданного путем преобразования, то между прежним и новым обществами устанавливаются отношения по реституции; при этом должны быть возмещены и затраты вновь созданного общества, в том числе с применением норм ст. 1102–1103 ГК.

Сложность этого на первый взгляд очевидного суждения состоит в том, что общество, созданное с нарушениями, должно быть ликвидировано, если нарушения неустранимы. А ликвидация, как может показаться, препятствует установлению каких-то новых, не существовавших раньше имущественных прав.

На самом деле здесь нет непреодолимых препятствий. Сам по себе процесс ликвидации сводится к выявлению кредиторов и дебиторов. Права из недействительной сделки после их определения должны стать правами требования и соответствующими обязательствами. С этой точки зрения прежняя организация будет выступать кредитором (или собственником) в отношении вновь созданной организации независимо от того, находится ли она в стадии ликвидации, одновременно являясь ее должником (дебитором) в части, например, затрат на истребуемое имущество.

В случае ликвидации все еще остаются два юридических лица, одно из которых выступает через ликвидационную комиссию. Между ними и ведутся все расчеты.

Следующим возникает вопрос: каким образом входят права, вытекающие из недействительной сделки, в состав имущества лица, в том числе в состав конкурсной массы? Очевидно, что эти права являются неопределенными: неизвестно, во-первых, будет ли признана сделка недействительной, в том числе ничтожной, — понятно, что без оценки фактических обстоятельств судом в большинстве случаев нельзя

¹ Приложение к информационному письму Президиума ВАС РФ от 21 февраля 2001 г. № 60 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами Федерального Закона «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2001. № 5. С. 82–83 (п. 5).

считать ту или иную сделку ничтожной. Во-вторых, неизвестно, будет ли присуждение по реституции денежным или натуральным. Наконец, в-третьих, неизвестно, в каком размере состоится денежное присуждение. Отсюда вытекает практическое следствие: право из недействительной сделки должно учитываться именно как право из недействительной сделки, а не в какой-то иной форме. Видимо, оно может быть предметом оценки и тогда будет выражено в стоимостном выражении. Но это не означает, что это право становится денежным, кроме случаев, когда речь идет о позиции покупателя (вообще плательщика).

Право из недействительной возмездной сделки, как правило, сопряжено с обязанностью (если сделка была исполнена)¹. Обязанность эта так же не определена, как и право. Именно эта неопределенность и неопределимость и препятствуют рассмотрению прав и обязанностей из недействительной сделки как оборотных. В частности, они не могут быть предметом уступки права и перевода долга. Но как только права и обязанности точно установлены судебным решением, становятся допустимыми и осуществимыми и цессия, и перевод долга, и, как видим, зачет. Весьма важно также, что после дискуссии о природе реституции, в ходе которой обсуждались и ранее принятые решения, санкционировавшие зачет и цессию денежных требований из реституции, Президиум ВАС РФ признал возможность прекращения обязанности по реституции посредством отступного², что, конечно, было бы невозможно, если бы реституция не имела ничего общего с обязательством.

С момента выдачи исполнительного листа право из недействительной сделки становится обычным правом и входит в имущество без каких-либо особенностей соответственно как денежное требование к известному должнику или право тре-

¹ Именно это обстоятельство создает препятствия для применения нормы п. 11 ст. 142 Закона о банкротстве в форме изъятия или обращения взыскания на незаконно полученное третьим лицом имущество должника так, как это предлагается в консультации по этому вопросу (см.: *Вержак М., Полудняков В.* Иск «последней надежды» // *Хозяйство и право.* 2002. № 2. С. 114). Простое лишение третьего лица имущества без обсуждения его расходов на приобретение, затрат на содержание и т.д., явно противоречит основам права. Ссылка на германское право (Там же. С. 116) в данном случае не убеждает хотя бы по следующим причинам. В германском праве вообще ограничена возможность длительного незаконного владения (хотя при этом оно достаточно защищено): движимость сразу становится собственностью (§ 932 ПГУ), а недвижимость неограниченно виндицируется независимо от поведения приобретателя. Кроме того, германская система учета прав на недвижимость практически исключает то, что объект недвижимости банкрота окажется неизвестным управляющему. Фактически остаются, стало быть, недобросовестно приобретенные третьими лицами движимые вещи банкрота.

В российском же праве избран вариант длительного незаконного владения в рамках механизма приобретения по давности, причем добросовестный владелец, ведущий владение для давности, защищен от любых лиц, кроме собственника и законного владельца. Поэтому в силу ст. 234 ГК требование о выдаче вещи любого лица, кроме собственника (а в нашем случае собственник ликвидирован), не подлежит удовлетворению, поскольку налицо добросовестное владение.

Но и недобросовестность приобретателя не может означать возможности простого изъятия у него вещи (в том числе и для реализации). Должно быть правовое основание, дополняющее норму ст. 142 Закона о банкротстве. Очевидно, что таким основанием ввиду отсутствия собственника может быть лишь кондикция. Если же речь идет о расчетах при утрате вещи, то применимость кондикции не вызывает уже никаких сомнений, как об этом говорят и авторы консультации.

² Обзор практики применения арбитражными судами статьи 409 ГК РФ // *Вестник ВАС РФ.* 2006. № 4 (п. 6). Этой рекомендации предшествовала дискуссия, в ходе которой были высказаны различные точки зрения на природу реституции (*Вестник ВАС РФ.* 2006. № 4. С. 143–146). Президиум ВАС РФ поддержал, как видно, обязательственную природу реституции.

бования вещи из владения известного лица. (Это последнее требование, напомним, не является требованием об отчуждении вещи, передачи ее в собственность.)

Уместно напомнить, что Г. Шершеневич называл исполнительный лист «новым обязательством»¹. Поэтому, даже если выводить право на реституцию за пределы обязательств, с момента выдачи исполнительного листа обязательство все же возникает. Но, как уже отмечалось, требование об исполнении обязанности по реституции всегда основано на судебном решении и в принципе имеет форму исполнительного документа, хотя может быть осуществлено и добровольно.

Понятно, что право требования денег — еще не деньги. Как всякое обязательственное право, оно зависит от платежеспособности должника. Поскольку речь идет о реституции, кредитор может воспользоваться своим правом на зачет, если и его обязанность состоит в платеже. А вот если кредитор, имеющий право на требование денег по реституции, обязан к выдаче вещи, то он может прибегнуть и к удержанию, ведь если мы рассматриваем требование реституции как обязательственное, если мы признаем возможность зачета, отступного и цессии в этой сфере, то естественным следствием оказывается и применимость удержания (этот вопрос рассмотрен отдельно).

Впрочем, я далек от категоричности в своем выводе об обязательственной природе реституции, хотя сомнений в том, что это — личная обязанность, конечно, нет никаких.

Выявление у обязанности по реституции некоторых черт обязательства позволяет расширить защиту прав и интересов участников оборота: не только сторон действительной сделки, но и их кредиторов и должников. Этим и продиктованы сделанные выше выводы. В то же время весьма желательное вытеснение реституции из оборота будет происходить не за счет расширения у нее свойств обязательства, а за счет ограничительного толкования права на иск о признании сделки недействительной и применения последствий недействительности сделки и уменьшения числа судебных решений об удовлетворении таких исков.

Изложенное позволяет сформулировать общий подход к проблеме таким образом: после признания сделки недействительной переданное по этой сделке имущество оказывается удерживаемым без всякого основания. На первый взгляд, истребовать это имущество можно как в рамках реституции, так и вещным иском о защите собственности, а равно и требованием из неосновательного обогащения (которое может иметь форму как требования вещи, так и компенсации). Но существенные различия этих средств заставляют установить их очередность, или субординацию, которую после всего изложенного мы можем представить в следующем виде.

Первенствует реституция², действующая между сторонами договора.

Между непосредственными сторонами договора вследствие признания его судом недействительным возникают обязательства относительного (личного), а не вещ-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 48.

² Обычное и более привычное применение этого правила состоит в вытеснении виндикации обязательством, прежде всего договорным. Например, АО «Тюменьавиатранс» обратилось в суд с иском об истребовании у АО «Аэропорт «Сургут» имущества аэропортного комплекса в г. Сургуте в связи с тем, что распоряжение Госкомимущества, на основании которого ранее передавался комплекс, было признано недействительным. Отменяя решение об удовлетворении иска, Президиум ВАС РФ указал, что «между сторонами заключен договор текущей аренды», этот договор не расторгнут, а при наличии аренды истребование имущества собственником у владельца недопустимо (Вестник ВАС РФ. 1997. № 10. С. 18).

ного характера, содержание которых описывается ст. 167 ГК (в соответствующих случаях и другими нормами § 2 гл. 9 ГК), в том числе и по поводу переданной по недействительному договору вещи. Соответственно вещь возвращается стороне, передавшей ее, в любом случае, если только она сохранилась у другой стороны сделки, и ссылки на добросовестность приобретения, а равно на права, возникшие до и помимо недействительного договора, не имеют места.

Можно, конечно, заметить, что в некоторых случаях недобросовестность ответчика сама по себе является основанием недействительности сделки. Но, во-первых, это обстоятельство имеет все же частный характер, а во-вторых, поскольку речь идет о двусторонней реституции, обязанность безусловного возврата вещи лежит на той из сторон, которая получила вещь, а ею может оказаться, конечно, и истец.

Если же аннулирование сделки приводит к отпадению основания, породившего право на вещь, у третьего лица, с которым прежний собственник или владелец не вступал в договор, то восстановивший свое право собственник (законный владелец) получает не личный, а вещный (виндикационный) иск к незаконному владельцу, а последний соответственно располагает предусмотренной для виндикации защитой (ст. 302 ГК). Здесь обнаруживается, что если стороной в сделке было лицо, не имеющее вещной защиты (например, незаконный владелец), то виндикационный иск, в отличие от реституции, оказывается ему уже недоступным. Принципиальным условием виндикации является то, что стороны процесса об истребовании вещи не вступали между собой в сделку о передаче этой вещи.

В третью очередь предъявляется иск из неосновательного обогащения к лицу, получившему без оснований выгоду от сделки, как всеобщее субсидиарное средство (ст. 1103 ГК), «генеральная кондикция», следуя определению А.Л. Маковского¹.

Здесь мы имеем в виду, конечно, кондикцию о возврате вещи или ее стоимости в отличие от расчетов по неосновательно приобретенным (сбереженным) плодам и доходам от вещи, о которых говорится более подробно далее и которые в данном контексте выступают как факультативные отношения.

Обращает на себя внимание та сторона этой кондикции, которая сближает ее с виндикацией и которая состоит в достаточно безразличном «следовании» обязательства за неосновательным обогащением подобно тому, как виндикация следует за вещью. Иными словами, данное обязательство возникает на стороне неосновательно обогатившегося за счет истца независимо от его прежних отношений с ним в силу одного только факта обогащения.

По этой причине само отношение из неосновательного обогащения вполне может быть опосредованным, быть только имущественной связью безличного характера. Именно эта ослабленность личного элемента и отодвигает кондикцию на вторую роль², заставляя ее уступить непосредственной связи сторон договора, в том числе и недействительного.

Неудобство этого средства в сравнении с иском о вещи, как и любого обязательственного требования, состоит в том, что его обеспеченность находится в за-

¹ Маковский А.Л. Обязательства из неосновательного обогащения. С. 598.

² Ср. с высказыванием о «вторичном» характере права требования, вытекающего из неосновательного обогащения. Оно в принципе должно уступать таким претензиям, которые истец компетентен предъявить, исходя из других правовых оснований (см.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. С. 301).

висимости от платежеспособности должника (когда кондикция является денежным требованием). Здесь интересно указать на сходную ситуацию в английском праве: если истец, имевший вещный иск из неосновательного обогащения, утратил его (например, вследствие обезличивания имущества), то он «в случае неплатежеспособности ответчика может требовать свою собственность преимущественно перед другими кредиторами»¹.

Понятно, что кондикционное требование, в отличие от требования по реституции, является требованием о защите *права*. Уже только то, что в ст. 1102 ГК говорится о том, что одно лицо обогатилось *за счет* другого, указывает на то, что предмет обогащения относился к собственному имуществу кредитора, был *его* имуществом. В этом смысле следует отличать принадлежность имущества *лицу* и наличие имущества *у лица*. Во втором случае, который охватывается реституцией, имеется в виду только владение, т.е. право не затрагивается. Но кондикция обращает внимание на право.

Изложенная субординация исков, которыми располагает собственник, исключает, как это видно из всего предшествующего изложения, допущение здесь конкуренции исков (вопреки известным из литературы и практики взглядам) для отыскания вещи: ведь если имеется иск из реституции, собственнику нет никакого смысла требовать вещь по виндикации², а если собственник не был стороной в недействительной сделке, он не имеет и требования реституции на свое имя.

Говоря о соотношении реституции, виндикации и кондикции, нельзя не обсудить возможность предъявления иска об истребовании индивидуально-определенной вещи, которая оказалась для ответчика неосновательным обогащением. Многие цивилисты в принципе отрицают этот иск и полагают, что в данном случае применима только виндикация³. Но тогда теряют в значительной мере смысл и связь нормы ст. 1104–1105 ГК о возврате обогащения в натуре. Ведь родовые вещи, попадая даже и без основания к должнику по кондикции, обезличиваются и становятся его собственностью. Соответственно возвращаются не эти вещи, а такие же. Здесь еще можно считать ситуацию отвечающей норме ст. 1104 ГК. Но вот как может получиться, что исчезла возможность вернуть родовые вещи (ст. 1105 ГК), уже непонятно.

Думаю, что есть основания согласиться с теми цивилистами, которые допускают возможность истребования индивидуально-определенных вещей кондикци-

¹ Ансон В. Указ. соч. С. 425. Употребление термина «собственность» в этой ситуации, конечно, неприемлемо в российском праве.

² Но если бы он и захотел сформулировать свой иск как виндикационный, то натолкнулся бы на особенности виндикации в ГК РФ (о которых уже много сказано и которые отличают этот иск от аналогичного средства защиты в некоторых других системах права), состоящие в невозможности истребовать вещь по правилам ст. 301–302 ГК от владельца, которому вещь была передана истцом.

³ См., например: Магалия Е.А. Соотношение требований из неосновательного обогащения с требованиями об истребовании имущества из чужого незаконного владения и возмещения вреда в гражданском праве // Законодательство. 2002. № 5. С. 11; Телюкина М.В. Кондикционные обязательства (Теория и практика неосновательного обогащения) // Законодательство. 2002. № 4. С. 6. Оговорка М. Телюкиной, что кондикционный иск возможен как субсидиарный при том, что «в первую очередь» предъявляется виндикационный иск, не вполне ясна. Полагаю все же, что речь не идет о конкуренции исков. Это, конечно, невозможно: виндикация — требование своей вещи; кондикция — требование чужой. Соответственно не может быть такого юридического состава, когда одновременно или даже по очереди возможно предъявление сначала виндикационного, а затем — кондикционного иска.

онным иском¹. Например, это возможно при исполнении недолжного или (более практически важная гипотеза) вследствие расторжения договора о передаче вещи, если она не оплачена. Понятно, что здесь неприменимо требование о реституции, ведь договор действителен. Неприменима и виндикация: действительный договор привел к возникновению собственности у покупателя. Остается лишь кондикционный иск. Он заявляется по правилам ст. 1104 ГК (в общем сходным с нормой ст. 398 ГК): взыскивается вещь, поскольку она имеется у должника, но не у третьих лиц, имеющих на нее вещное право. Если вещь должником утрачена, взыскивается ее стоимость. При этом не требуется заявлять отдельного иска о вещи и о деньгах, как и при реституции. Если в процессе рассмотрения требования о выдаче вещи обнаружится, что она утрачена, то нельзя на этом основании отказать в иске; суд должен взыскать стоимость, но не как убытки, а как неосновательное обогащение. Кондикционный иск, конечно, является обязательственным.

Обсуждение кондикции вещи ставит вопрос о связи этого требования со сделкой приобретения вещи в том смысле, что отсутствие основания обогащения многими понимается обязательно в смысле недействительности такой сделки. На самом деле такой связи нет, что является весьма трудной истиной для практики. Характерно такое дело.

Покупатель приобрел квартиру на следующих условиях: каждому из проживавших в ней трех совладельцев он покупал отдельную квартиру, а затем они дарили ему свои доли в общей квартире. Таким образом он приобрел $\frac{2}{3}$ квартиры, а затем был вынужден срочно уехать, не завершив третьей части сделки. Он выдал агенту доверенность для завершения сделки, однако агент оформил $\frac{1}{3}$ доли в квартире на свое имя.

Бывший совладелец подтверждал, что отдельную квартиру ему покупал действительно покупатель, а свою долю он передал, доверяя агенту, которого он знал как представителя покупателя.

Покупатель пытался оспорить различными исками дарение, совершенное агентом на свое имя, однако нетрудно убедиться, что эта сделка действительна. Кроме того, покупатель не был стороной договора дарения доли и в любом случае оспаривание сделки не могло дать ему полноценной защиты. (Мы оставляем в стороне возможный иск к агенту об убытках из договора поручения, как и преследование агента иными средствами, скажем, публично-правовыми, по тем же причинам.) Дело многократно рассматривалось судами разных инстанций.

На мой взгляд, здесь налицо неосновательное обогащение: агент получил долю в квартире именно за счет покупателя, причем основание (в данном случае — воля покупателя на передачу этой доли агенту) явно отсутствует. Присуждение должно состоять в виде $\frac{1}{3}$ доли в квартире, т.е. в натуре по смыслу ст. 1104 ГК.

Это дело показывает, что неосновательное обогащение далеко не всегда связано с недействительностью сделки, по которой имущество получено должником по кондикции (неосновательно обогатившимся); причем как раз неосновательное обогащение в натуре предполагает, что сделка, в силу которой должник обогатился вещью за чужой счет, действительна.

¹ Бердников В.В. Распорядительная сделка как способ изменения имущественно-правового положения истца // Законодательство. 2002. № 3. С. 35–36.

Одна из главных практических проблем, как это видно из судебной практики, состоит в смешивании существующих форм защиты, использовании субсидиарных средств прежде основных, вещных прежде личных и т.п.

Например, ненецкий филиал «Архангельскпромстройбанка» предоставил кредиты «Нарьян-Марскому объединенному авиаотряду», которые возвращены не были, долг авиаотрядом признан. В порядке исполнения акцептованного платежного требования судебный исполнитель арестовал имущество должника и передал его банку на хранение (таким образом, банк, не являясь собственником — им остался должник, — стал владельцем по договору хранения). Банк по договорам от собственного имени продал часть имущества, в том числе авиатопливо и резервуары, кооперативу «Буран» и передал его покупателю.

Прокурор Ненецкого автономного округа предъявил в суд иск к банку и кооперативу «Буран» о применении последствий недействительности ничтожных сделок и возврате имущества Нарьян-Марскому авиаотряду¹.

Окончательное решение судом не принято, но дело имеет интерес с точки зрения выбора способов защиты права. Есть все основания считать, что банк, приняв на хранение арестованное имущество, не имел права его отчуждать от собственного имени, поскольку такой порядок обращения взыскания на имущество должников не предусмотрен процессуальным законом. Следовательно, данный договор действительно может быть признан ничтожным. Проблема, однако, заключается в другом.

Сама ничтожная сделка заключена между банком и кооперативом. Следовательно, реституция может применяться только между ними. В иске же заявляется требование о передаче имущества авиаотряду, причем это требование, как видно из формулировки иска, расценивается как требование о реституции. Но авиаотряд не является стороной, что-либо получавшей или передавшей по ничтожной сделке, а значит, на него и не может быть распространено действие реституции.

Требование истца в пользу авиаотряда может быть лишь виндикационным иском, однако ответчик получает защиту от этого иска, если будет доказано, что он не мог знать о том, что банк не имел права отчуждать резервуары. Здесь добросовестность кооператива «Буран» может быть поставлена под сомнение: если он был создан путем реорганизации авиаотряда или его подразделений, он не мог не быть осведомлен о всех обстоятельствах, связанных с банковским кредитом и принадлежностью имущества.

Виндикация в данном случае имеет бесспорным предметом лишь топливные резервуары, поскольку они достаточно индивидуализированы. Что касается топлива, оно может быть виндцировано только в том случае, если в течение времени спора не расходовалось и, главное, таким образом было отделено от всякого иного топлива, что имелась возможность его идентификации — ситуация, маловероятная, учитывая хозяйственное назначение этого имущества.

А вот реституция должна состоять в возврате в натуре того же количества топлива того же качества и резервуаров, если только они не погибли (в этом случае,

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 8 октября 1996 г. № 2319/96 // Закон. 1997. № 5. С. 93–94.

естественно, отпадает и виндикация). Соответственно другая сторона возвращает полученные денежные суммы. Но право на реституцию, повторим, имеют лишь стороны в сделке купли-продажи.

В данном случае возможна и защита интересов авиаотряда обязательственным (невещным) иском: если будет установлено, что банк выручил от продажи имущества авиаотряда сумму, превышающую долг, то разница составила бы неосновательное обогащение, которое могло бы быть взыскано авиаотрядом (впрочем, выручка банка гораздо меньше признанного долга).

Ответчик – незаконный владелец, поскольку сделка признана недействительной. Такой владелец, если в иске отказано, продолжает владение и, если не будет опровергнута его добросовестность, впоследствии приобретет право собственности по приобретательной давности.

В предыдущих изданиях здесь анализировался ряд конкретных дел с целью разграничения реституции и виндикации. В настоящее время, как уже говорилось, вопрос в значительной мере стал ясен, поэтому я посчитал возможным опустить этот анализ, тем более что читатель при необходимости может найти его.

Если подытожить сказанное выше о природе реституции в российском праве, то можно отметить следующие, хотя и не все, черты реституции:

– реституция является специфическим механизмом, роль которого предопределяется состоянием правопорядка конкретного общества; чем слабее правопорядок, тем значительнее место реституции. Соответственно сравнение реституции со схожими институтами иных правовых систем не имеет смысла, а прямые заимствования недопустимы. По мере укрепления правопорядка значение реституции снижается. В каждом конкретном деле следует искать возможность избежать признания сделки недействительной и тем самым уменьшить применение реституции. Право на предъявление иска о применении последствий недействительности сделки следует толковать ограничительно. Реституция не является средством защиты владения;

– реституция имеет природу чрезвычайного средства с заметным публичным элементом. Она применяется независимо от права на возвращаемое имущество, независимо от вины, от доброй совести, иных характеристик поведения сторон недействительной сделки. Реституция не является средством защиты права. Правовые инструменты (взыскание убытков, кондикция) могут лишь субсидиарно применяться наряду с реституцией, но не вместо нее;

– обязанность по реституции, возникает в силу судебного решения и имеет природу обязательства. Если возвращается вещь, то налицо обязательство о передаче вещи не в собственность (*facere*). Передача имущества в рамках реституции не имеет вещного эффекта, т.е. сама по себе не создает у получателя права собственности или иного вещного права;

– реституция в порядке п. 2 ст. 167 ГК применяется лишь постольку, поскольку недействительная сделка исполнена путем передачи имущества, денег, производства работ, оказания услуг (ст. 307 ГК). Если предметом сделки являлись не материальные объекты (вещи, деньги, работы, услуги), а права (права требования, права на результаты интеллектуальной деятельности и т.п.), то механизм п. 2 ст. 167 ГК не применяется.

ТАБЛИЦА РАЗЛИЧИЙ МЕЖДУ РЕСТИТУЦИЕЙ И ВИНДИКАЦИЕЙ

№ п/п	Виндикация	Реституция
1	Иск предъявляется к лицу, которое приобрело вещь не от истца	Иск предъявляется к лицу, которое приобрело вещь от истца
2	Истец всегда доказывает право на истребуемую вещь	Истец по общему правилу не доказывает свое право на вещь. В случае, если право на недвижимую вещь зарегистрировано за ответчиком, одновременно может предъявляться второй иск о признании права
3	В случае удовлетворения иска вещь передается ответчиком истцу без встречного возврата имущества	В случае удовлетворения иска применяется встречный возврат полученного имущества от ответчика
4	Утрата вещи ответчиком влечет отказ в иске	Утрата вещи ответчиком не влечет отказа в иске; взыскивается денежная компенсация
5	Добросовестность имеет значение	Добросовестность не имеет значения
6	Срок исковой давности исчисляется субъективно (с момента, когда истец должен был узнать о нарушении права)	Срок исковой давности исчисляется объективно (с момента начала исполнения сделки)

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ДОГОВОР ОБ АРЕНДЕ. НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ДОГОВОРА АРЕНДЫ И УЛУЧШЕНИЯ ИМУЩЕСТВА

В последнее время в коммерческом строительстве стало правилом еще до завершения отделки здания, предназначенного для размещения множества фирм — торговых и развлекательных центров, мультиплексов и т.п., привлекать к работе будущих арендаторов. Это выгодно обеим сторонам. Так, если «жильцы» найдены заранее, то после сдачи помещений в эксплуатацию их собственник сможет избежать потери доходов вследствие простоя площадей. Арендаторам тоже нужно время, чтобы не просто разместиться на арендованной территории, но и приспособить объект аренды для своих нужд. Если здание находится на стадии отделочных работ, то отпадает необходимость в перепланировках, переустройстве коммуникаций и инфраструктуры, изначально предусмотренных застройщиком (собственником), — будущий арендатор может сразу все устроить с учетом собственных потребностей.

Договор о будущей аренде — это, естественно, предварительный договор. В период его действия арендатор производит нужные ему работы, а соответствующие расходы, вполне естественно, защищаются предварительным договором.

Казалось бы, налицо хорошо понятная и эффективная юридическая модель. Но на практике в ее освоении возникли совершенно неожиданные осложнения.

Характерно такое дело.

Застройщик, выступая заказчиком в строительстве объекта недвижимости, до момента ввода объекта недвижимости в эксплуатацию и регистрации права собственности заключил соглашение с торговой фирмой об использовании коммерческой недвижимости. Соглашение представляло собой договор, регулирующий заключение в будущем договора аренды помещений и связанные с этим отношения сторон.

По условиям соглашения с момента государственной регистрации права застройщика на объект недвижимости помещения передавались торговой фирме на условиях краткосрочной аренды, а с момента государственной регистрации договора аренды помещений — на условиях долгосрочной аренды.

При этом одновременно с заключением предварительного договора аренды стороны подписали договор аренды, который являлся приложением к соглашению. В договоре аренды указывалось, что на застройщике лежит обязанность провести строительные работы на объекте недвижимости и минимальные отделочные работы. Торговая фирма обязалась осуществить собственными силами и средствами в помещениях, которые предполагалось передать ей в аренду, оставшиеся отделочные работы — за исключением тех, которые взял на себя застройщик.

Указанные работы были закончены фирмой до момента вступления в силу договора аренды. Положения договора аренды предусматривали, что при прекращении аренды (досрочном расторжении договора аренды) все неотделимые улучшения помещений, возникшие в результате ремонтных работ, остаются у застройщика (арендодателя) без какой-либо компенсации арендатору. При этом учитывалось, что арендодатель не имеет ни правового, ни экономического, ни какого-либо иного интереса в результатах отделочных работ: каждый новый арендатор обычно перестраивает помещения по-своему, все сделанное предыдущим арендатором при этом ликвидируется.

Право собственности застройщика на объект недвижимости было зарегистрировано, помещения были переданы торговой фирме на условиях краткосрочной аренды, а после регистрации договора аренды – на условиях долгосрочной аренды.

Вскоре после регистрации договора аренды арендатор – торговая фирма существенно нарушила условия аренды, в результате чего договор аренды был расторгнут арендодателем в одностороннем порядке (что допускалось договором аренды). Стороны подписали акт приема-передачи, по которому помещения с рядом неотделимых улучшений были возвращены арендодателю.

Арендатор обратился в суд с иском о взыскании стоимости неотделимых улучшений как неосновательного обогащения арендодателя. При этом предварительный договор рассматривался как недействительный, поскольку застройщик на момент заключения соглашения не являлся собственником недвижимого имущества и его нельзя было понудить к заключению основного договора аренды через суд.

Кроме того, истец указывал, что встречным предоставлением за обязательство торговой фирмы произвести подготовительные работы на объекте являлось обязательство застройщика передать помещения в аренду сроком на 10 лет. Поскольку соглашение в части предварительного договора об аренде является недействительным, обязательство арендатора осталось без надлежащего встречного удовлетворения. Значит, имело место неосновательное обогащение арендодателя.

Суд согласился с этими доводами и удовлетворил иск, взыскав с арендодателя неосновательное обогащение в размере полной стоимости расходов арендатора на отделочные работы и проценты на эту сумму.

Решение суда представляется крайне сомнительным. Чтобы убедиться в этом, рассмотрим последовательно ряд вопросов.

Зачем заключается предварительный договор?

Прежде всего, вспомним, что предварительный договор порождает два взаимных обязательства: каждая из сторон обязана заключить договор, и каждая из сторон вправе требовать от другой заключения договора. Сами по себе эти обязательства, одинаковые для обеих сторон, можно описать как обязательства совершить определенное действие (в отличие от имущественного обязательства, состоящего в передаче денег или вещей, выполнении работ, оказании услуг и т.п.). Как следует из п. 6 ст. 429 ГК РФ, каждая из сторон может сделать предложение о заключении договора и тем самым потребовать его заключения. Следовательно, в буквальном смысле обязательство состоит в обязанности принять предложение другой стороны, которая тем самым проявляет себя как кредитор в смысле ст. 307 ГК РФ и оферент в смысле ст. 432 ГК РФ, при том, впрочем, что акцепт здесь обязателен, а в случае уклонения от акцепта договор заключается в судебном порядке (ст. 446 ГК РФ).

Мотивом заключения предварительного договора является прежде всего необходимость защитить расходы, которые необходимо произвести в ожидании заключения основного договора (затраты на наладку оборудования, запуск нового производства и т.п.). Повышенный риск того, что такие расходы могут оказаться напрасными, как раз и связан с тем, что у лица еще нет права на объект. Если бы средства были потрачены на аналогичные цели, но в отношении объекта, который

находится у лица на определенном имущественном праве, степень риска была бы значительно меньше.

Можно также говорить о таком мотиве заключения предварительного договора, как получение гарантии заключения основного договора. Однако, учитывая, что понуждение к заключению основного договора далеко не всегда фактически возможно (и тогда кредитор имеет право лишь на возмещение убытков), следует все же признать основным мотивом предварительного договора именно защиту расходов, понесенных в процессе подготовки к подписанию основного соглашения.

Как сказано в наиболее авторитетном современном исследовании договорного права (и эту позицию можно считать общепринятой), предварительный договор – неизбежная и необходимая форма отношений в тех ситуациях, когда участник основного договора еще не «приобрел на составляющую его предмет недвижимости право, надлежащим образом оформленное»¹. Именно в ожидании получения и оформления права и заключается предварительный договор. Для этих ситуаций он прежде всего и предназначен, потому что в других случаях форма предварительного договора малопригодна, сама нужда в этом договоре не очевидна и ее обоснование «связано со значительными трудностями», так как всегда может быть заключен основной договор с указанием срока исполнения².

Невозможность заключения основного договора «ввиду неимения в данный момент вещей, которые должны быть переданы», объясняет необходимость предварительного договора и И.Б. Новицкий³.

В.И. Синайский отмечал, что предметом запродажи (предварительного договора купли-продажи) могла быть не только вещь наличная, находящаяся в собственности будущего продавца, но и чужая вещь, а также и вещь еще не существующая⁴.

Нужно при этом понимать, что невозможность заключить основной договор – это еще не причина заключения предварительного договора. Мотивом может быть только некоторый имущественный интерес. Этот интерес прежде всего, как уже говорилось, состоит в защите расходов, возникающих в связи с подготовкой к подписанию основного договора.

Является ли предварительный договор действительным?

В рассматриваемом случае, насколько можно судить, применима лишь одна норма – ст. 168 ГК РФ, предусматривающая недействительность договора вследствие его несоответствия закону. В частности, необходимо обсудить, соответствует ли закону предварительный договор аренды, заключенный с лицом, еще не являющимся собственником помещения, передаваемого в аренду. Ведь именно такое основание недействительности предварительного договора названо судом.

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 1999. С. 231.

В судебной практике договор о будущей продаже квартиры после сдачи дома в эксплуатацию квалифицируется как предварительный, в точном соответствии с указанной позицией (см. постановление Президиума ВАС РФ от 8 апреля 1997 г. № 5472/96. – Сарбаиш С.В. Арбитражная практика по гражданским делам: Конспективный указатель по тексту Гражданского кодекса Российской Федерации. Т. 1. М., 2006. С. 430).

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 231–232.

³ Новицкий И.Б. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2. М., 2006. С. 169.

⁴ Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 371.

В силу ст. 608 ГК РФ арендодателем может являться только собственник или лицо, уполномоченное законом или собственником на сдачу имущества в аренду. (Применительно к анализируемому примеру, исходя из формулировки решения суда, нас интересует только право собственности, а не иное правомочие.) Из этой императивной нормы вытекает, что договор аренды, заключенный любым лицом, которое не имеет права собственности на сданный в аренду объект, является ничтожным в силу ст. 168 ГК РФ.

Но этот вывод неприменим к предварительному договору.

Как уже говорилось, по предварительному договору возникает обязательство заключить договор в будущем, не раньше истечения срока предварительного договора¹. Для такого обязательства вовсе не требуется иметь право собственности, что вполне очевидно. Вспомним, что само возникновение предварительного договора объясняется главным образом именно тем обстоятельством, что в момент его заключения предмет основного договора просто отсутствует. Помимо М.И. Брагинского, В.В. Витрянского, И.Б. Новицкого, В.И. Синайского данной точки зрения придерживаются и другие отечественные цивилисты. Более того, нам не известны иные подходы к объяснению этого явления.

Нет никаких сомнений в правильности изложенной позиции, которой придерживается российское гражданское право.

Но даже если бы существовало требование иметь на праве собственности предмет основного договора в момент заключения предварительного (хотя такое требование являлось бы, конечно, абсурдным), оно едва ли усилило бы предварительный договор.

Предположим, что заключен предварительный договор об объекте, который имеется в наличии и принадлежит на праве собственности одной из сторон предварительного договора (будущему арендодателю). Далее допустим, что этот объект до истечения срока предварительного договора выбыл из собственности указанного лица, например, в результате гибели, обращения на него взыскания по требованию кредиторов и т.д. В этом случае другая сторона сохраняет права, вытекающие из предварительного договора, поскольку вытекающие из него же обязательства прекращаются, только если будет заключен основной договор либо ни одна из сторон не направит другой стороне предложение заключить основной договор (п. 6 ст. 429 ГК РФ).

При отсутствии предмета аренды вступает в силу правило п. 4 ст. 445 ГК РФ, дающее право стороне предварительного договора требовать возмещения убытков, возникших вследствие уклонения другой стороны от заключения договора.

¹ «Как уже неоднократно отмечалось, из самой природы предварительного договора возникает, что она порождает лишь одну обязанность стороны будущего договора... заключить основной договор» (Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 239). Аналогично определяет содержание предварительного договора И.Б. Новицкий, ссылаясь при этом и на позицию арбитражных судов, сформулированную в 1925 г. (Новицкий И.Б. Указ. соч. С. 172).

В судебной практике это положение закреплено, в частности, в информационном письме Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2001 № 59 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», в п. 14 которого говорится, что «предметом предварительного договора является обязательство сторон по поводу заключения будущего договора, а не обязательства по поводу недвижимого имущества».

В этом правиле «прячется» ответственность за невозможность исполнения, предусмотренная ст. 416 ГК РФ, если исходить из жестких условий, предъявляемых к аренде и требующих иметь вещь в наличии в момент заключения договора. Тогда отсутствие вещи будет равнозначно прекращению обязательства из предварительного договора невозможностью исполнения. Если такая невозможность стала следствием действий собственника объекта, он будет обязан возместить другой стороне убытки. Это положение прямо закреплено в законе и хорошо разработано в науке и практике¹.

Возможен также случай, когда одна из сторон (арендодатель по основному договору) в момент заключения предварительного договора не имеет имущества в собственности, но приобретает его позже. На практике чаще всего речь идет о строящемся объекте. В этом случае никаких препятствий, как уже говорилось, к заключению предварительного договора не имеется. По истечении срока предварительного договора любая сторона может потребовать заключения основного договора. Если такое желание высказывает будущий арендатор, а арендодатель все еще не является собственником, то снова налицо факт невозможности исполнения, в силу которого обязательства из предварительного договора прекращаются, но можно заявить иск об убытках, возникших вследствие таких действий (бездействия) стороны предварительного договора, которые привели к невозможности его исполнения. Ведь, как уже говорилось, именно для защиты расходов, понесенных в процессе подготовки к заключению основного договора, и заключается обычно предварительный договор.

Рассмотренные предположения позволяют сделать один общий вывод: и утрата объекта основного договора аренды или купли-продажи, и его отсутствие сами по себе не могут служить основанием недействительности предварительного договора; при определенных условиях они влекут лишь невозможность исполнения обязательств, возникших из предварительного договора. Понятно, что прекращается лишь такое обязательство, которое является действительным само по себе.

Имеющаяся судебная практика достаточно уверенно подтверждает этот вывод, который наиболее точно изложен в постановлении ФАС Московского округа от 17 октября 2005 г. № КГ-А40/9765-05: «Императивной нормы, запрещающей заключать предварительные договоры в отношении недвижимого имущества, не являющегося собственностью лица, заключившего такой договор в качестве продавца, но рассчитывающего приобрести это имущество в собственность, Гражданский кодекс РФ и иные федеральные законы не содержат».

Этот совершенно законный подход широко используют суды. В частности, он отражен в постановлениях ФАС Московского округа от 11 января 2006 г. № КГ-А40/12963-05, от 13 июня 2007 г. № КГ-А40/5020-07, от 14 марта 2006 г.

¹ См., например: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 2005. С. 63–64; *Иоффе О.С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 187–190; *Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. II. Полугом 1. М., 2000. С. 147–148; Будман Ш.И., Павлодский Е.А.* Невозможность исполнения обязательств в современном договорном праве // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей / Отв. ред. В.Н. Литовкин, В.А. Рахмилович. М., 2000. С. 227 и след.

Чтобы подчеркнуть отличие от ситуации продажи чужой вещи, замечу, что невозможность исполнения состоит отнюдь не в отсутствии возможности передать право на вещь, поскольку обязательства о передаче права вообще не существует, как об этом уже говорилось выше.

№ КГ-А40/1239-06; ФАС Уральского округа от 7 марта 2007 г. № Ф09-1363/07-С6, от 4 октября 2007 г. № Ф09-8091/07-С6; ФАС Волго-Вятского округа от 9 июня 2007 г. № А82-4265/2006-2 и др. Большинство указанных судебных актов подтверждают действительность предварительных договоров о заключении основного договора аренды в отношении объекта, не принадлежащего будущему арендодателю в момент заключения предварительного договора; в остальных случаях то же правило распространяется на предварительный договор о будущей купле-продаже.

Имеются примеры и иного подхода, в соответствии с которым, по мнению суда, только собственник может заключить предварительный договор о последующем распоряжении имуществом, так как иначе его нельзя будет понудить к заключению основного договора. Об этом говорится в постановлениях ФАС Московского округа от 24 марта 2005 г. № КГ-А40/1737-05, от 28 июня 2005 г. № КГ-А40/5563-05; ФАС Поволжского округа от 18 апреля 2002 г. № А55-22833/01-13. Данные судебные акты находятся в противоречии не только со сложившейся практикой, но и с упомянутыми ранее выводами ведущих отечественных ученых о том, что предварительный договор заключается в тех случаях, когда еще не имеется имущества, являющегося предметом основного договора. Как представляется, увязывая право собственности с правом на заключение предварительного договора, *суды ошибочно смешивают невозможность исполнения договора и недействительность договора.*

Теории гражданского права известна концепция заведомой невозможности исполнения обязательства, влекущей недействительность договора в том случае, когда в момент его заключения такая невозможность была заведомо очевидна сторонам в силу объективных обстоятельств (например, ничтожен по этой причине договор о создании вечного двигателя)¹. На мой взгляд, к предварительному договору это правило едва ли применимо, поскольку направить предложение о заключении основного договора, в чем бы тот ни заключался, объективно возможно: для этого достаточно наличия дееспособности, которая всегда имеется у юридического лица.

Предварительный договор продолжает действовать и при отсутствии предмета основного договора, благодаря чему у пострадавшей стороны и возникает право на взыскание убытков (п. 4 ст. 445 ГК РФ). Между тем взыскание убытков невозможно в рамках недействительного договора (ст. 167 ГК РФ)². По этой причине, кстати, ошибочен тезис о том, что действие предварительного договора якобы состоит только в понуждении к заключению основного договора и что без основного договора у предварительного нет никакой силы. На самом деле его действие может быть различным и состоять не только в понуждении к заключению основного договора, но и во взыскании убытков.

На практике всегда, когда речь идет о предварительном договоре аренды, стороны уже видят незавершенный строительством объект либо выстроенный объект, права собственности на который оформляются. Никаких объективных препятствий к приобретению такого объекта в собственность быть не может, и нет никакой объ-

¹ С.В. Сарбаш отмечает бесспорность теории о ничтожности (недопустимости) сделок о невозможном (Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 554).

² По этой причине признание предварительного договора недействительным лишает силы такой ведущий мотив заключения этого договора, как защита понесенных расходов.

ективной, равно как и субъективной невозможности исполнения предварительного договора в момент заключения этого предварительного договора.

Тем судам, которые признают недействительность предварительного договора ввиду отсутствия права собственности у будущего арендодателя в момент заключения предварительного договора, не хватает именно понимания практического смысла применяемых норм. Суды отрывают свое решение от конкретной жизненной ситуации, в связи с чем и приходят к выводам, вступающим в противоречие с действительными отношениями сторон и с истинным содержанием закона. Во всех случаях, когда речь идет о передаче в аренду строящегося объекта на стадии отделочных работ, его последующее получение в собственность, а следовательно, и сдача в аренду объективно возможны, т.е. нет никаких оснований усматривать здесь ситуацию объективной невозможности исполнения.

В рассматриваемом деле аргумент о невозможности исполнения предварительного договора выглядит абсурдным. Очевидно, что бессмысленно обсуждать невозможность исполнения договора, который был фактически заключен и исполнен.

Итак, нет никаких причин предполагать недействительность рассматриваемого предварительного договора в связи с правами будущего арендодателя на объект аренды. Такой связи нет.

Как квалифицировать описанные в предварительном договоре действия сторон, результат которых назван улучшением объекта, подлежащего сдаче в аренду?

На практике периодически возникают вопросы о том, могут ли из предварительного договора возникать иные обязательства и может ли предварительный договор являться частью иного (смешанного) обязательства. Обычно имеются в виду отношения, связанные с выплатой суммы, которая обозначается в предварительном договоре как задаток. Но в анализируемом споре идет речь о работах, направленных на подготовку помещений к деятельности арендатора. Тот факт, что стороны обозначают результат этих работ как *улучшения*, конечно, никак не упрощает ситуацию, а скорее способен увести в сторону, поэтому будем употреблять данный термин как не имеющий определенного юридического значения.

Напомним, что смысл предварительного договора состоит в защите расходов, понесенных стороной в связи с подготовкой к заключению основного договора. Иными словами, если стороне пришлось провести работы, осуществить иную деятельность (а всякая хозяйственная деятельность влечет расходы), то нарушение предварительного договора другой стороной дает право на возмещение этих расходов (взыскание убытков).

Но являются ли работы, направленные на подготовку помещения к аренде, предметом предварительного договора? Что там сказано об этих работах?

Как следует из текста предварительного договора, речь идет об улучшениях, проводимых будущим арендатором. Там же имеются упоминания о работах будущего арендодателя; кроме того, в принципе возможна постановка вопроса о подразумеваемых обязательствах арендодателя провести какие-либо работы на объекте, имея в виду его обязанность передать объект аренды арендатору в состоянии, пригодном для того использования, которое предусмотрено договором аренды.

Согласно ст. 307 ГК РФ обязательство подразумевает обязанность совершить в пользу другого лица определенное действие (выполнить работу, уплатить день-

ги, передать вещи) или воздержаться от определенного действия. Иными словами, содержанием обязательства является не само определенное действие, а обязанность совершить (не совершать) это действие, лежащая на должнике, при этом кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности (п. 1 ст. 307 ГК РФ).

Следовательно, арендатор лишь тогда обязан провести работы на объекте, когда это прямо предусмотрено договором аренды и когда арендодатель может предъявить требование (в том числе исковое) к арендатору об исполнении этой обязанности. Если же, как в рассматриваемом примере, работы ведутся для подготовки объекта к сдаче в аренду, то ни арендатор, ни арендодатель не предъявляют друг другу требования о проведении таких работ; право арендатора сводится к возможности расторгнуть договор в связи с неисполнением арендодателем своей обязанности передать пригодный для аренды объект.

В данном случае не обсуждаются обязанности арендодателя в части проведения капитального ремонта (п. 1 ст. 616 ГК РФ) ввиду отсутствия связи этого вопроса с обсуждаемым договором.

Итак, будущий арендодатель не имеет обязательства перед будущим арендатором провести определенные работы, а имеет лишь обязанность передать объект в пригодном состоянии, оговорив все его существенные характеристики (ст. 611 ГК РФ).

В обсуждаемом нами деле суд расценил улучшения, произведенные будущим арендатором на объекте, в качестве «предоставления» собственнику (будущему арендодателю) по предварительному договору. Вообще говоря, предоставление — это один из частных аспектов такого обыденного и обычного для закона и судебной практики юридического факта, как исполнение обязательства (договора). То, что суд предпочел не говорить об исполнении, а посчитал возможным употребить слово «предоставление», скорее всего, указывает на то, что суд совсем не уверен в том, что работы, направленные на улучшение объекта, являются исполнением предварительного договора. И сомнения суда небеспочвенны. Устройство улучшений — это не исполнение предварительного договора, причем по двум причинам.

Во-первых, такого обязательства нет в предварительном договоре. Вспомним, что обязательство включает не какие-то действия лица (производство товаров, выполнение работ или оказание услуг), а именно право кредитора требовать от должника исполнения этих действий (ст. 307 ГК РФ), и тогда они выступают как исполнение обязательства. Однако работы арендатора всего лишь так или иначе согласуются с арендодателем (который озабочен лишь сохранностью здания и удобством его эксплуатации в целом), но никак не делаются по его требованию. Более того, арендатор может вовсе не производить никаких работ, и от этого его право на заключение основного договора никак не страдает. Именно тот факт, что будущий арендодатель (собственник) не имеет права требовать от арендатора ни производства подготовительных работ, ни тем более передачи ему результата этих работ, убедительно доказывает, что обязанности проведения таких работ не существует, и следовательно — не существует и обязательства.

Подготовка помещений к аренде (улучшения) производится за рамками договоров — как предварительного договора, так и договора аренды. Эти работы арендатор ведет на свой риск, самостоятельно, они не являются исполнением какого-

либо обязательства по отношению к собственнику здания (за одним исключением: если стороны договорились, что улучшения будут выступать в качестве арендной платы). Результат этих работ, следовательно, не передается арендодателю в порядке исполнения предварительного договора.

Во-вторых, лишено всякого юридического обоснования почему-то принятое судом утверждение истца о том, что якобы именно «предоставлению» улучшений отвечает встречное обязательство собственника передать помещение в аренду. Это явная ошибка в понимании содержания предварительного договора. Обе стороны предварительного договора принимают на себя совершенно одинаковое обязательство заключить основной договор. Никакого иного «предоставления» такое обязательство не требует. Оно существует в силу самого предварительного договора, причем действует для каждой из сторон: заключить договор аренды обязан не только будущий арендодатель, но и будущий арендатор тоже.

Заключение основного договора аренды увязывалось сторонами изначально не с завершением подготовительных работ, а с другим фактом — возникновением права собственности у арендодателя на объект аренды, и об этом прямо сказано в предварительном соглашении. Из сказанного вполне очевидно следует, что работы велись арендатором для себя, по своей инициативе, а не по требованию арендодателя и не в порядке исполнения обязательства. Независимо от того, когда и в каком объеме были выполнены эти работы, арендатор получил право на заключение основного договора.

Следовательно, работы, проводимые за рамками предварительного договора (как и любого иного договора) на собственный риск лица, исполнением предварительного договора (либо предоставлением по нему) не являются и вообще не охватываются этим договором. Отсюда, кстати, вытекает и то, что в качестве последствий недействительности предварительного договора (ст. 167 ГК РФ) стоимость таких работ не может быть взыскана.

Между прочим, если бы результат работ передавался по недействительной сделке, то взыскивалась бы именно стоимость этих работ, но никак не неосновательное обогащение. Ведь нормы о неосновательном обогащении применимы лишь постольку, поскольку ст. 167 ГК РФ прямо не регулирует данные последствия недействительности сделки (ст. 1103 ГК РФ). Здесь обнаруживается неисправимое противоречие в логике судебного акта: если суд считает работы, направленные на улучшение помещений, исполнением (предоставлением) по предварительному договору, то недействительность этого договора никак не позволяет применить нормы о неосновательном обогащении, поскольку последствия производства работ по недействительному договору нормой ст. 167 ГК РФ точно описаны и в субсидиарном регулировании не нуждаются. (И суд, избегая применять здесь хорошо известную норму ст. 167 ГК РФ, видимо, тем самым признает, что на самом деле работы не выполнялись по недействительному договору.)

Конкретизируем изучаемый вопрос: *являются ли улучшения неосновательным обогащением арендодателя?*

Понятно, что при действующем договоре аренды так ставить вопрос невозможно, поскольку отношения, связанные с компенсацией улучшений, исчерпывающе регулируются законом (ст. 623 ГК РФ) и рассматриваются как договорное обя-

зательство, что исключает применение норм об обязательствах внедоговорных, из неосновательного обогащения.

Кстати, практика, подтверждает, что обычно арендодатели в договоре оговаривают возмещение уходящему арендатору стоимости улучшений объекта, исходя из того, что новый арендатор не только не компенсирует эту сумму, но и, скорее всего, ликвидирует многое или все, возведенное до него, и устроит арендованное помещение по-своему.

Вопрос о применимости норм о неосновательном обогащении возникает, стало быть, тогда, когда договор аренды оказывается недействительным.

В связи с этим необходимо упомянуть здесь о позиции ВАС РФ. В одном из постановлений Президиума ВАС РФ рассмотрен случай, когда улучшения, произведенные будущим арендатором в период действия предварительного договора (ситуация, как мы убедились, вполне типичная), признанного затем недействительным, были выведены судом за рамки договора аренды по той причине, что если работы произведены до заключения договора аренды, то они не регулируются нормами об аренде, т.е. правилом ст. 623 ГК РФ. Стоимость работ была взыскана с арендодателя как неосновательное обогащение¹.

Едва ли с такой позицией можно согласиться.

Прежде всего, ее трудно понять. Если имелось в виду, что речь идет об улучшениях, сделанных арендатором, то условием возмещения стоимости является согласие арендодателя на такие улучшения. Иными словами, если из текста закона можно сделать достаточно спорный вывод о том, что речь идет только о работах, произведенных стороной договора аренды, и никем иным, то тогда и согласие должно быть дано стороной договора аренды, так как в противном случае суду придется своей властью давать согласие за арендодателя, что едва ли можно признать допустимым толкованием и применением закона.

Но сомнительность обсуждаемой позиции не только в этом. Как уже говорилось, улучшения производятся арендатором за рамками какого-либо договора, на свой риск и в своих интересах. Поэтому не имеет никакого значения, когда и в каком качестве он их осуществляет. Ведь он при этом не выступает как сторона в обязательстве (кредитор или должник). Следовательно, невозможно сказать, что эти работы охватываются рамками договора аренды. Рушится вся логика указанного судебного акта.

Наконец, стороны вправе предусмотреть в договоре любые взаимные права и обязанности независимо от того, когда имели место те факты, которые создали такие права и обязанности, что, в частности, следует и из п. 2 ст. 425 ГК.

Полагаем, что следует как можно скорее пересмотреть позицию, изложенную в упомянутом постановлении Президиума ВАС РФ. Ничего общего с законом и реальностью ее логика не имеет.

Итак, наличие действительного договора аренды в любом случае не позволяет регулировать судьбу улучшений иначе, чем это предусмотрено ст. 623 ГК РФ.

Если же договор аренды оказался недействительным, то нужно принять во внимание следующее.

Как говорилось ранее, арендодатель не получает результат работ, направленных на улучшение объекта аренды, в рамках исполнения предварительного до-

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 17 июля 2002 г. № 3056/07.

говора независимо от действительности этого договора. Именно поэтому в этом случае нет оснований для применения последствий недействительности сделки.

То же относится и к аренде — ведь арендатор не несет обязательства обустроить помещение, если иное прямо не обусловлено договором, например в случае возложения на арендатора затрат на улучшение арендованного имущества в порядке, указанном в п. 2 ст. 614 ГК РФ (но этот случай не имеет отношения к анализируемому делу).

Тем не менее при прекращении аренды арендодатель получает свое имущество с неотделимыми улучшениями. Но такое получение в любом случае не является исполнением недействительной сделки о производстве работ, поэтому мы должны признать неприменимость к такому получению норм о последствиях недействительности сделки (ст. 167 ГК РФ). Улучшения переходят к собственнику вместе с его вещью именно потому, что они неотделимы от нее. Получение улучшений, следовательно, в любом случае имеет не субъективный, а объективный характер, т.е. мы не имеем права обсуждать наличие или отсутствие воли собственника на получение неотделимых улучшений в самом акте на получение вещи. Искать в этом акте волю на получение или отчуждение права нельзя еще и потому, что он вообще не является актом о приобретении права, актом распорядительным.

Теперь обсудим применимость правил о неосновательном обогащении.

Если неосновательное обогащение выступает в виде неосновательного *приобретения* чужого имущества или неосновательного *сбережения* (ст. 1102 ГК РФ), то в данном случае мы должны признать неосновательное сбережение.

Неосновательного *приобретения* здесь не будет по той причине, что приобретением является получение в собственность (или на ином праве, позволяющем по своему усмотрению эксплуатировать имущество) имущества, которое само по себе является объектом права, например денег или вещей. Это вполне очевидное суждение вытекает из того, что а) под приобретением закон понимает получение вещи в собственность (ст. 218 ГК РФ)¹; б) имущество в силу ст. 128 ГК РФ — это один из объектов права, наконец, в) в силу ст. 1104 ГК РФ имущество возвращается в натуре. Иными словами, только то имущество (кроме денег) является предметом неосновательного приобретения, которое можно не только приобрести в порядке ст. 218 ГК РФ, но и вернуть, что следует из ст. 1104 ГК РФ.

Неотделимые улучшения не являются вещью или иным имуществом, и потому они не могут быть ни приобретены, ни возвращены. Собственно, в нашем случае возможность возврата этих улучшений позволила бы прекратить спор в принципе.

Между тем неосновательное приобретение влечет обязательство возместить полную стоимость приобретенного именно потому, что в акте приобретения (обычно это сделка, причем не важно — действительная или нет) лицо уже вы-

¹ Германскому праву известно также обогащение не только путем получения права собственности или иного права, но и путем получения владения. Ссылки на соответствующие немецкие источники приводит Е.А. Крашенинников (см.: *Крашенинников Е.А.* Фактический состав возникновения обязательства из неосновательного обогащения // *Очерки по торговому праву: Сб. науч. трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова.* Вып. 15. Ярославль, 2008. С. 59). О кондикции владения в российском праве см.: *Новак Д.* В чем ценность владения и при чем здесь кондикция? // *Вестник гражданского права.* 2009. № 3 (9).

Следует все же указать, что в любом случае владение возможно только вещью, но не отдельными качествами вещей и не их улучшениями.

разило свою волю на получение этого имущества, подтвердило, что оно в этом имуществе нуждается.

Здесь, кстати, становится очевидной связь между одобрением арендодателем улучшений и обязанностью возместить их стоимость. Для неотделимых улучшений одобрение арендодателя является тем суррогатом, который заменяет волю на приобретение.

Но это правило не действует в случае неосновательного сбережения, которое имеет место при получении вещи с неотделимыми улучшениями.

Под *сбережением* имущества нужно понимать освобождение обогатившегося от таких расходов, которые являлись для него хозяйственно необходимыми, но которых он избежал потому, что эти расходы понесло другое лицо — кредитор по неосновательному обогащению.

Являлись ли расходы на устройство улучшений необходимыми для арендодателя?

Необходимость, вообще говоря, может следовать из юридической обязанности, долга и т.п. либо вытекать из назначения имущества.

В первом случае лицо должно оплатить счета, произвести исполнение по договору (скажем, построить дорогу). Во втором случае сбереженные расходы охватываются нормальной эксплуатацией имущества: здание нужно отапливать и охранять, поломавшийся автомобиль следует починить и т.д.

Как было показано ранее, обязанности произвести улучшения объекта не имел не только арендодатель, но и арендатор. Следовательно, юридической необходимости в улучшениях у собственника здания (арендодателя) не было.

Имелась ли хозяйственная необходимость в производстве тех улучшений, которые были сделаны арендатором?

Этот вопрос является вопросом факта, устанавливается судом, и ответ на него зависит от того, в какой мере произведенные улучшения диктовались назначением имущества, охватывались хозяйственными нуждами арендодателя, отвечали направлениям его деятельности. Например, если у собственника имеется собственный узел связи, то устройство второго узла связи не является для него необходимым. Либо, скажем, устройство перегородок не нужно собственнику, если он не имеет персонала, который должен размещаться на разгороженной на небольшие помещения площади, и т.д.

Скорее всего, часть улучшений — вероятно, меньшая их часть — может быть признана необходимой для собственника, а часть — нет. Но, повторяю, этот вопрос является предметом судебного спора.

В заключение можно сформулировать следующие выводы:

1) предварительный договор является в данном случае действительным. Отсутствие у будущего арендодателя права собственности на объект аренды в момент заключения предварительного договора никак не влияет на действительность договора. Вообще, все предположения, исходящие так или иначе из невозможности исполнения как основания ничтожности договора, ошибочны уже потому, что фактически договор был заключен и исполнен¹;

¹ Не могу вновь не вернуться к проблеме продажи чужого и не заметить, что и в случае продажи чужого никогда невозможно говорить о невозможности исполнения, потому что в хозяйственной жизни эти договоры в момент спора всегда фактически исполнены.

2) из предварительного договора не возникли (и не возникают) обязательства по устройству улучшений. Соответствующие работы осуществлялись арендатором на свой риск и не являлись предметом взаимных обязательств или условием какого-либо договора. Следовательно, невозможно говорить об исполнении (предоставлении кредитору) договора в части устройства улучшений. А это значит, что даже при признании договора недействительным все работы по производству улучшений не охватываются последствиями недействительности договора;

3) судьба неотделимых улучшений, произведенных арендатором, охватывается исключительно и всецело действительным договором аренды в части тех его условий, которые регулируют прекращение этого договора. Именно в этом пункте и сосредоточена суть спора;

4) вопрос о компенсации улучшений мог бы встать лишь при недействительности договора аренды. Но и в этом случае суду необходимо было бы установить, являются ли улучшения необходимыми для арендодателя, т.е. сберег ли он имущество (деньги) за счет арендатора. Получение вещи с улучшениями не может рассматриваться как приобретение улучшений. В этом случае речь может идти только о сбережении имущества.

О ЗАЩИТЕ ПРИОБРЕТАТЕЛЯ ЗАЛОЖЕННОГО ИМУЩЕСТВА

Выше говорилось о защите приобретателя (владельца).

Одна из частных проблем состоит в защите приобретателя заложенного имущества. Здесь сплелись не только отношения собственности и владения, сами по себе очень непростые, но и отношения, связанные с залогом, а также с оборотом недвижимости, поскольку речь идет прежде всего именно о таком имуществе. Впрочем, и залог движимостей вызывает все больше проблем как раз с точки зрения доброй совести приобретателя.

Главное качество залога, как и других вещных прав, — право следования за вещью, в силу которого залогодержатель (кредитор) вправе обратиться за взысканием на имущество независимо от того, у кого оно находится.

Очень часто это понимают в том смысле, что владелец залога не вправе выдвигать никаких возражений против изъятия у него заложенного имущества и безусловно его теряет в любом случае. При этом, как многие полагают, совсем не важно, знал приобретатель заложенного имущества о том, что он приобретает вещь с залоговыми обременениями, или не знал и не мог знать, т.е. был добросовестным¹.

Такова и сложившаяся судебная практика, в том числе и позиция КС РФ, который полагает, что для защиты добросовестного приобретателя заложенного имущества необходимо дополнительное регулирование, видимо, считая ст. 347 ГК и ст. 33 Закона об ипотеке, в которых говорится о применимости к защите залогового права ограничений, вытекающих из ст. 302 ГК, недостаточными².

Такой подход, вполне обеспечивая права кредитора, в то же время игнорирует права иных участников оборота, создавая для них неоправданные и неустраняемые

¹ Именно так, кажется, понимает эту ситуацию и В. Белов, когда пишет о том, что залоговое право является более сильным, чем право собственности, поскольку право собственности в силу ст. 302 ГК может потеряться, а с залоговым правом это не происходит (см.: *Белов В.А.* Залоговые правоотношения: содержание и юридическая природа // Законодательство. 2001. № 11. С. 10).

² Определение Конституционного Суда РФ от 17 июля 2007 г. № 588-О.

риски. Есть также серьезные сомнения в том, что взгляды, согласно которым заложенное имущество может быть отобрано от всякого приобретателя, имеют достаточные основания в законе.

Известно старое правило: «Без заклада нет залога»¹. Практический смысл его состоит прежде всего в том, чтобы избежать попадания залога во владение третьего лица, от которого залог невозможно будет истребовать.

По экономическим причинам появился залог с оставлением недвижимости у залогодателя — ипотека. На почве ипотеки возникает возможность приобретения имущества третьим лицом, никак не обязанным перед залогодержателем². Впрочем, при достаточно надежной системе регистрации недвижимости третьего лица, как правило, лишены возможности приобрести законным образом заложенную недвижимость, не зная о ее обременениях, ведь в реестрах, поземельных книгах отражены все имеющиеся залоговые обременения. Собственно говоря, вся система регистрации недвижимости возникала главным образом из нужд кредита прежде всего с целью придания устойчивости залоговому обеспечению. (Кредитные нужды, кроме собственно обеспечения выданного кредита, требуют также возможности свободной проверки кредитоспособности лица посредством выяснения наличия у него недвижимого имущества. Значительность такого имущества и отсутствие обременений в пользу третьих лиц — достаточное доказательство финансовой надежности.) Если при этом все же совершалось отчуждение заложенного имущества таким образом, что приобретатель не принимал на себя обязательств по залоговому обеспечению, т.е. вещь переходила без залога, то залог утрачивался. Совершенно очевидно, что вся система регистрации ипотек направлена на практическое исключение такого варианта.

Надежная система регистрации залоговых прав ведет к тому, что невозможно приобрести имущество, не зная о его обременениях. Поэтому, «приобретая обремененное ипотекой имущество, лицо должно отдавать себе отчет в том, что на это имущество может быть обращено взыскание кредитором отчуждателя имущества»³. Отсюда возникает фактически неограниченное право кредитора обратиться взысканием на залог против любого владельца. В то же время в принципе возможность доброй совести на стороне приобретателя не может ставиться под сомнение, иначе просто не имело бы смысла создавать сложнейшую и дорогостоящую систему регистрации прав на недвижимость.

Но если система регистрации прав на недвижимость ненадежна, практически неизбежны ситуации добросовестного приобретения заложенного имущества, т.е. при-

¹ Во время одной дискуссии по практическому поводу, в центре которой находился вопрос: вправе ли судебный пристав обратиться взысканием на предмет залога, указанный в исполнительном листе, в том случае, когда в момент исполнения обнаруживается, что заложенная вещь находится во владении третьего лица, авторы доклада прямо указали, что «наиболее безопасным» является именно заклад. Но если учесть, что речь шла о залоге автомобилей в обеспечение банковского кредита, придется рекомендовать банкам искать средства для хранения автомобилей. Очевидно, что эта мера может привести к таким изменениям в работе банка, что собственно банковская деятельность может уйти на второй план, уступив место совсем иной, более приличной автодилерам.

² Отсюда становится понятным предложение на поля ипотечных камней (которые запрещалось убирать). Это античное правило предотвращало добросовестное приобретение заложенной недвижимости.

³ Основные институты гражданского права зарубежных стран / Под ред. В.В. Залесского. М.: Норма, 1999. С. 629.

обретения без условия о залоге¹. Тем более это возможно в отношении заложенных движимых вещей, оставленных у залогодателей. К сожалению, такие ситуации нередко возникают именно в российском обороте.

Если полагать, что несмотря на добрую совесть залогодержатель в любом случае вправе обратиться за взысканием на залог, мы наносим серьезный удар по обороту. Такой подход следует признать совершенно недопустимым.

Между тем защита добросовестного приобретателя и тем самым — оборота не чужда российскому законодательству. Так, в п. 3 ст. 33 Закона об ипотеке (залоге недвижимости) указано, что если имущество, заложенное по договору об ипотеке, оказалось в незаконном владении третьих лиц, залогодержатель вправе, действуя от своего имени, истребовать это имущество из чужого незаконного владения в соответствии со ст. 301—303 ГК², а это значит, что ответчик, т.е. незаконный приобретатель, вправе ссылаться на свою добросовестность при приобретении имущества (ст. 302 ГК). Статья 302 упоминается и в п. 1 ст. 347 ГК. Конечно, эти нормы можно упрекнуть в недостаточной ясности. Скажем, в п. 1 ст. 347 ГК говорится о нарушенном владении залогодержателя. А это часто толкуют в том смысле, что здесь просто воспроизводится норма ст. 305 ГК специально для залогодержателя. Но даже если так (а это не очевидно), то срабатывает известное правило: любая тождественная норма приобретает иное, собственное содержание, так как в законе не может быть тождественных норм.

Статья 33 Закона об ипотеке, не увязывая иск залогодержателя с нарушенным владением, оговаривает, однако, возврат вещи залогодателю. В этом нет никакого ущерба для нашей цели: возврат вещи залогодателю сам по себе создает ситуацию взыскания из залога. В этом смысле норма ст. 33 Закона об ипотеке обрисовывает иск, повторяющий виндикационный с особенностями для залога, т.е. отсылает нас к *actio Serviana*. После этого едва ли есть причины ограничивать и смысл п. 1 ст. 347 ГК только защитой владения третьего лица для случаев заклада. Не вижу причин, исключающих добросовестность приобретателя залога при всех его видах.

Во всяком случае отсутствие специальных норм, описывающих истребование заложенного имущества от третьих лиц с целью обращения взыскания на залог, заставляет рассматривать в этом качестве именно нормы ст. 33 Закона об ипотеке и ст. 347 ГК. В настоящее время такое истребование осуществляется вне рамок материального закона, что само по себе является крайне сомнительным.

Может показаться, что эта норма противоречит норме ст. 39 Закона об ипотеке (залоге недвижимости): если заложенное имущество отчуждено вопреки воле залогодержателя, то взыскание тем не менее обращается на это имущество незави-

¹ Такой пример можно найти и в судебной практике; см., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 30 мая 2000 г. № 5210/99 // Вестник ВАС РФ. 2000. № 8. С. 29—30. Решение, насколько можно судить, клонится не в пользу залогодателя.

² Уже говорилось, что преследование вещи залогодержателем, осуществляемое по нормам ст. 301—302 ГК, не является собственно виндикацией. Этот иск залогодержателя, восходящий к *actio Serviana* (не совпадавшей и в классическом праве с иском виндикационным), имеет некоторые отличия от виндикации. Поэтому точнее говорить не о виндицировании вещи залогодержателем, а об истребовании (преследовании) вещи по правилам, установленным для виндикации. Поскольку удивительным образом норма ст. 33 Закона об ипотеке и п. 1 ст. 347 ГК выпала из практики, можно лишь в общих чертах говорить, как должны применяться правила ст. 302 ГК для истребования залога. Но во всяком случае возражение о доброй совести не вызывает сомнений. Ведь суть ст. 302 ГК — в ограничении требования истца оговоркой о доброй совести владельца (ответчика).

симо от того, кому оно принадлежит. При этом приобретатель, который знал или должен был знать о том, что имущество отчуждается вопреки воле залогодержателя, несет солидарную ответственность с должником (в пределах стоимости залога).

На самом деле здесь противоречия нет. Право следования (ст. 353 ГК) сохраняется в любом случае, независимо от обстоятельств отчуждения залога. Это означает, что кредитор вправе обратиться с иском на имущество, у кого бы оно ни оказалось¹. Но для осуществления процедуры взыскания нужно фактически изъять залог у того лица, которое им владеет. Именно это обстоятельство упускается из виду², вследствие чего и возникает впечатление, что залоговое право сильнее права собственности. Если такой владелец знал или должен был знать, что он приобрел имущество с обременением в виде залога, то он становится обязанным перед кредитором (в пределах стоимости залога). Эта его обязанность и является основанием для изъятия имущества в порядке реализации залога. Если же приобретатель не мог знать о том, что приобретенное имущество находится в залоге, то оснований для изъятия, конечно, нет. В этом и состоит действие иска о защите права залога, предусмотренного п. 1 ст. 347 ГК, достаточно близко стоящего к хорошо известной юристам *actio Serviana*.

К сожалению, этого не видит, вслед за иными юристами, и С.П. Жученко, полагающий, что «добросовестный приобретатель остается один на один со ст. 353 ГК РФ (о сохранении права залога. — К.С.), хотя *de lege ferenda* похожая на ст. 302 ГК РФ норма здесь, безусловно, напрашивается»³.

Трудно усомниться, что п. 1 ст. 347 ГК, прямо называющая ст. 302 ГК, во всяком случае, заслуживает того, чтобы считаться похожей на норму ст. 302 ГК. Почему автор не захотел хотя бы обсудить эту похожесть в помощь добросовестному приобретателю и почему, несмотря на знакомство с литературой, не стал обсуждать вопрос об *actio Serviana*, ограничившись очевидным (и ничего не объясняющим) заявлением, что иск залогодержателя не является иском виндикационным (в данном случае автор, впрочем, приводит слова С.В. Сарбаша)⁴, так и осталось непо-

¹ Об автоматическом прекращении права залога можно говорить лишь при первоначальном приобретении права собственности на вещь, которое, очевидно, свойственно приобретению по давности (ст. 234 ГК), в том числе — моментальной (п. 2 ст. 223 ГК).

² Например, М.В. Кратенко, излагая известную (и весьма упрощенную) позицию Верховного и Конституционного судов РФ по этому вопросу, насколько можно судить, не ставит под сомнение тот факт, что если право залога сохраняется (а оно, конечно, сохраняется) при продаже заложенной вещи третьему лицу, то это само по себе дает возможность лишить владельца залога заложенной вещи независимо от его доброй воли и независимо от норм ст. 347 ГК, ст. 33 Закона об ипотеке (которые автор даже не посчитал нужным упомянуть) (Кратенко М.В. Продажа заложенного имущества без согласия залогодержателя: проблемы правопреемства // *Вещные права: система, содержание, приобретение*: Сб. науч. трудов в честь проф. Б.Л. Хаскельберга / Под ред. Д.О. Тузова. М., 2008. С. 233–236.).

³ Жученко С.П. Мобилиарный кредит в зеркале доброй совести // *Меры обеспечения и меры ответственности в гражданском праве*: Сб. статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2010. С. 60.

Если иметь в виду, что для отыскания залога (не права залога, а самой вещи) действуют те же правила, что и для виндикации, то будет проще решать практические вопросы — например, и учет, и регистрация залогов движимых вещей создают условия для сокращения случаев добросовестного приобретения заложенного имущества (и тем самым — укрепления залогов), хотя регистрация, конечно, способна свести такие случаи к минимуму. В то же время прямое игнорирование добросовестности (что означает продолжение практики игнорирования нормы п. 1 ст. 347 ГК) будет влечь путаницу в обороте, временами переходящую в хаос. Это тем более печально, что закон в том вовсе не повинен.

⁴ Там же. С. 58.

нятым. Ясно, что если в иске об истребовании заложенной вещи отказано в виду добросовестности приобретателя, то право залога «зависает», оказывается, как говорят юристы, «голым». Это означает, что право существует, но не может быть реализовано, потому что нельзя легально получить саму вещь для ее реализации. С практической точки зрения такое право, конечно, не имеет большой ценности. Но ведь то же самое происходит, как уже говорилось, и с правом собственности после отказа в виндикационном иске. Продолжая аналогии дальше, можно ожидать, что это право будет прекращаться подобно тому, как утрачивает право собственности бывший собственник в случае добросовестного приобретения недвижимости (п. 2 ст. 223 ГК), а в перспективе, видимо, — и движимости.

Собственно, такой механизм и в отсутствие нормы, аналогичной п. 2 ст. 223 ГК, считается уже существующим (точно так же, как приобретение собственности добросовестным незаконным владельцем считалось существующим еще до учреждения п. 2 ст. 223 ГК РФ). Я бы не стал возражать против таких аналогий. Но при этом нужно понимать, что в их основании лежит добросовестное приобретение залога.

Если упустить из виду действие добросовестности при залоге, то возникнут противоречия и парадоксы, о которых уже говорилось: окажется, что право залога будет сильнее права собственности, на что обращает внимание не только В. Белов, но и С. Сарбаш, впрочем, оставляя этот парадокс без дальнейших комментариев¹ и, видимо, считая его естественным.

Понятно, что и в судебной практике эта проблема далека от последовательного решения. Например, в постановлении ФАС МО от 3 апреля 2003 г. № КГ-А40/1592-03 сделан вывод о том, что добросовестное приобретение имущества без указания на наличие залога прекращает само право залога². Комментируя это решение, Л. Наумова видит здесь недопустимое расширение понятия добросовестности, которое неприменимо к праву залога³. Конечно, добросовестность права залога не прекращает, как не прекращает никакого другого права. Для прекращения права залога нужен специальный механизм, аналогичный, как уже говорилось, п. 2. ст. 223 ГК, необходимость в котором нуждается в обсуждении.

Вообще говоря, противоречий не будет и в том случае, если будет признаваться право залога сохранившимся без фактической возможности истребования вещи от добросовестного приобретателя.

Поскольку залогодержатель лишается возможности получить вещь во владение посредством иска, имеющего те же ограничения, что и иск виндикационный, в силу прямого указания закона (п. 1 ст. 347 ГК; ст. 33 Закона об ипотеке), добросовестность, не способная сама по себе уничтожить право залога, способна противостоять иску об истребовании предмета залога из владения приобретателя, как об этом уже говорилось.

¹ Сарбаш С.В. Удержание правового титула кредитором. М., 2007. С. 33.

² Имеется и прямо противоположная тенденция: в п. 9 Обзора практики рассмотрения дел, связанных с исполнением судебными приставами-исполнителями судебных актов арбитражных судов, утвержденного Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 21 июня 2004 г. № 77 (Вестник ВАС РФ. 2004. № 8. С. 83), содержится указание, что продажа предмета залога третьим лицам не прекращает права залога. О добросовестности приобретателя при этом, впрочем, ничего не говорится.

³ Наумова Л.Н. Закон об ипотеке: анализ, критика, рекомендации. М.: Викор-Медиа, 2006. С. 137–138.

Понятно, что иск залогодержателя не является в буквальном смысле виндикационным (и никогда в истории права таковым и не был), поэтому отрицание его, состоящее только в том, что он отличен от виндикации, как это делает Л. Наумова¹, лишено смысла.

Л. Наумова, возражая против доводов суда, изложенных в упомянутом выше деле, задает такой вопрос: «Почему принимается во внимание добросовестность приобретателя, но не принимается во внимание добросовестность залогодержателя?»² Если только не считать этот вопрос риторическим (а нужды красноречия часто вызывают на сцену слова о доброй совести), то придется признать его также лишенным смысла. Автор совершенно правильно поддерживает запрет на расширительное применение доброй совести, на употребление этого понятия всуе. Но если так, то нельзя не заметить, что поведение залогодержателя нигде в законе не упоминается в связи с (не)добросовестностью. Значит, у суда нет никаких причин обсуждать это его качество, и ответ на вопрос автора очевиден: суд потому не обсуждает доброй совести залогодержателя, что ее не обсуждает закон. Это, впрочем, не означает, что суд правильно применил это понятие к поведению приобретателя: пока не имеется иска об *истребовании* предмета залога, нет и почвы для обсуждения доброй совести приобретателя.

Понятно, что чем надежнее система регистрации, тем менее оснований полагать, что приобретатель не мог знать о том, что приобретаемое им имущество находится в залоге. Соответственно центр проблемы переносится в сферу устройства системы регистрации. Если исходить из того, что регистрация исчерпывающим образом и абсолютно точно указывает на все имеющиеся права и обременения недвижимости, то вполне допустимо перейти к неограниченному праву залогодержателя изымать имущество от любого фактического владельца залогом. В этом случае, кстати, и право собственника отыскивать свою недвижимость можно не ограничивать возражением о добросовестности приобретателя, как это сделано, например, в германском праве с его неограниченной виндикацией недвижимости.

Но можем ли мы настолько уверенно опереться на российскую систему регистрации? Думаю, пока эта система такой нагрузки не выдержит. Об этом уже говорилось.

В отечественной дореволюционной правовой системе с ее достаточно солидной традицией регистрации поземельных прав тем не менее допускались и добросовестность, и утрата возможности реализации залога из-за причин, связанных с регистрацией. В этом случае (отметим это) ответственность переносилась на должностных лиц, виновных в допущении сделки по отчуждению заложенного имущества без переноса залога: «...отчуждение имени, совершенное вопреки запрещению, установленному по определенному долгу, будет все-таки считаться действительным, но зато залогодержатель лишается вещного обеспечения и имеет только личный иск к продавцу и к должностным лицам, виновным в упущении. Залоговое право вместо того, чтобы распространить свое действие на преемни-

¹ Наумова Л.Н. Закон об ипотеке: анализ, критика, рекомендации. С. 79–80. Об отличиях виндикационного иска от иска залогодержателя говорит и М.В. Кратенко, точно так же не вспоминая при этом об *actio Serviana* (Указ. соч. С. 233).

² Наумова Л.Н. Указ. соч. С. 138.

ка, совсем прекращается... и на Западе при книжной системе залоговое право, о котором не было отметки в реестре, считается не существующим для добросовестного приобретателя»¹.

ГК РСФСР 1922 г. прямо указывал на добросовестность приобретателя как на условие, исключающее сохранение права залогодержателя на заложенную вещь: «Залогодержатель, который потерял или у которого похищен переданный ему предмет залога, имеет право истребовать его у всякого владельца, в том числе у собственника². В случае, когда заложенное имущество оставлено у должника (ст. 92), залогодержатель вправе истребовать его от всякого недобросовестного приобретателя» (ст. 98).

Следует отметить, что М.М. Агарков, которого ни в коем случае нельзя заподозрить в недостаточности внимания к сравнительно-правовым аспектам, комментируя норму ст. 98 ГК РСФСР 1922 г., прямо сопоставляет ее с виндикацией (ст. 60 ГК 1922 г.), в том числе и в том, что как иск собственника, так и иск залогодержателя «терпит исключение в отношении добросовестного приобретателя»³. Таким образом, М. Агарков не считает правило о защите добросовестного приобретателя залога чем-то экзотическим или исключительным. Поэтому и сегодня полностью исключить возможность добросовестного приобретения заложенной вещи и перейти к неограниченному обращению взыскания залога, у кого бы он ни был обнаружен, невозможно. Такое решение, как любая крайняя мера, в конечном счете повредит обороту в целом. Ведь обеспеченность кредита без гарантий приобретателю имеет мало ценности, особенно если учесть, что кредитор сегодня выступает завтра как покупатель, а постоянная смена этих ролей и есть живой оборот.

ПРОДАЖА ДОЛИ В ЦЕЛОЙ ВЕЩИ И ПОСЛЕДУЮЩИЙ ЗАЛОГ ТОГО ЖЕ ОБЪЕКТА

Выше обсуждались ситуация продажи заложенного имущества и влияние этой продажи на судьбу залога. Но возможна и иная ситуация — залог проданного имущества, — которая также вызывает трудности у судов.

Рассматривалось такое дело.

Собственник автостоянки (подземного помещения в жилом доме) заложил этот объект банку. В договоре об ипотеке говорилось, что объект никому не продан и третьи лица на него права не имеют.

Но когда банк обратил взыскание на залог, были предъявлены договоры купли-продажи долей ($\frac{1}{65}$ в праве общей собственности на стоянку), заключенные с физическими лицами. Договоры были датированы ранее договора ипотеки. Суд признал договор залога недействительным по тому основанию, что он был заключен позже договоров купли-продажи долей. Банк потребовал в свою очередь признать недействительными договоры продажи

¹ Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. М.: Статут, 1999. С. 253–254.

² Понятно, что заклад не может быть передан третьему лицу по сделке без нарушения условий о залоге; поэтому эта ситуация не обсуждается, и любая утрата (в том числе, конечно, передача) заклада, кроме потери или хищения, не дает залогодержателю права преследовать заложенную вещь.

³ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М., 2002. С. 204.

долей, как незаконные. На время спора регистрация прав собственности на доли в общей собственности за покупателями была приостановлена.

Дело затрагивает ряд довольно типичных ситуаций, которые имеет смысл проанализировать.

Прежде всего, подлежит обсуждению вопрос о законности договора о купле-продаже доли в праве общей собственности в том случае, когда продавец таким правом не обладает.

В силу ст. 244 ГК РФ общая собственность, в частности, возникает при поступлении в собственность двух или нескольких лиц неделимой вещи. Основаниями возникновения общей собственности являются, например, совместное создание вещи при первоначальном приобретении вещи, приобретение вещи по договору при множественности лиц на стороне приобретателя (покупка вещи двумя или более покупателями по одному договору), совместное наследование вещи и т.д.

Если по договору о приобретении неделимой вещи приобретателем является одно лицо, то общая собственность, как это следует из п. 4 ст. 244 ГК РФ, возникнуть не может.

Договор может быть основанием для создания общей собственности лишь на **делимые** вещи. Например, два хозяйства решили объединить стада принадлежащего им скота и договорились, что общее стадо будет принадлежать им на праве общей собственности в равных (или иных) долях. Именно такого рода договоры имеются в виду в ч. 2 п. 4 ст. 244 ГК РФ, в которой говорится о возможности возникновения общей собственности на делимые вещи.

Невозможность создания общей собственности на неделимую вещь волей собственника вытекает из закона и признается в литературе¹.

Поскольку автостоянка является неделимой вещью, приходится признать, что сделка по отчуждению этой доли является ничтожной, как не соответствующая закону.

Но суть спора не сводится к одному этому вопросу.

Здесь есть, как представляется, более интересный аспект.

Уже говорилось, что имеется решение суда о том, что договор ипотеки ничтожен потому, что он заключен после договоров купли-продажи долей. Такой подход известен, но он является совершенно незаконным. Напротив, **пока собственник сохраняет право собственности, он вправе совершить любые договоры о своей вещи, и все эти договоры будут действительны.**

Но как же регулируется в таком случае конфликт между теми, кто заключил договоры с собственником, если все эти договоры действительны?

Мы видим, что возникшие права не тождественны. Право залога отличается от права покупателя как кредитора в обязательстве. Понятно, что эти права могут возникать независимо друг от друга. Но главное в том, что, конечно, продавец имуще-

¹ Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1. М.: Статут, 2010. С. 571–572. Имеется и судебная практика, подтверждающая этот вывод (определение Свердловского областного суда от 3 апреля 2008 г. по делу № 33-2476/2008).

Этот вопрос подробно обсуждался в гл. 11 книги.

ства вправе заложить его, пока остается собственником. Как следует из ст. 335 ГК РФ, для создания залога достаточно наличия права собственности у залогодателя. В данном случае залогодатель являлся собственником в момент передачи объекта в ипотеку. В результате возникает два права: право покупателя требовать передачи купленного (ст. 454 ГК РФ) и право залогодержателя обратиться с иском на предмет залога. Ничего незаконного в возникновении таких прав нет, а возникший между ними конфликт вполне разрешается на почве закона. В данном случае — в пользу залогодержателя.

Когда кредитор обращал с иском на предмет залога, его собственником оставался должник, поэтому никаких препятствий к иском не имеется. В данном случае вполне соответствует действительности то положение договора об ипотеке, в котором утверждается, что имущество в момент передачи в ипотеку никому не принадлежит.

Вопрос о добросовестном приобретении заложенного имущества, который рассматривался выше, не имеет отношения к нашей ситуации. Ведь покупатели не стали приобретателями уже заложенного имущества.

Здесь важно то, что в момент спора они еще вообще не стали приобретателями. Приобретатель — это уже собственник (и владелец, если имеются в виду ст. 302, 223 ГК), тогда как покупатель — это еще только кредитор.

Кроме того, невозможно согласиться и с выводом суда об исполнении договора в части передачи права.

В нашем случае договором предусмотрено, что стороны осуществляют передачу $\frac{1}{65}$ доли в праве общей собственности на стоянку по акту приема-передачи. Само по себе это условие, пожалуй, лишено смысла, так как право является нематериальным явлением и не может быть передано никаким образом. В том числе — по акту приема-передачи.

В силу ст. 251 ГК РФ при отчуждении доли в праве общей собственности на недвижимость никакая передача права не производится, а право переходит в момент регистрации. Следовательно, договор не может считаться исполненным вплоть до регистрации перехода права. Соответственно судебный запрет регистрации будет означать запрет на исполнение договора (что само по себе вполне допустимо).

Но в данном случае не может быть осуществлено и фактической передачи вне договора. Если бы продавец имел определенный порядок пользования своей долей, например, на основании договора, заключенного в порядке ст. 247 ГК РФ с другими совладельцами, то он мог бы попытаться так или иначе включить условие о сохранении этого порядка пользования в соглашение о передаче доли. Но, как уже говорилось выше, продавец никаким порядком пользования не располагал и потому заведомо был лишен возможности определить или хотя бы описать этот порядок для покупателя.

Мы можем видеть, что решение суда общей юрисдикции о признании договора ипотеки недействительным потому, что он заключен после договоров купли-продажи долей, является более чем сомнительным. Но в любом случае суд, рассматривающий требование об обращении с иском на заложенное имущество, связан не юридическими выводами суда общей юрисдикции, а только установленными им

обстоятельствами (п. 3 ст. 69 АПК РФ). В данном случае наиболее важным, конечно, является установление того факта, что договор купли-продажи доли был совершен раньше договора ипотеки. Этот факт обязателен для арбитражного суда и не может быть пересмотрен даже при самых убедительных доказательствах обратного. Но из него вовсе не следует вывода о ничтожности договора ипотеки. Поэтому арбитражный суд не может быть связан этим выводом, т.е. юридическим суждением, но должен дать свою квалификацию установленным фактам.

О ВИНДИКАЦИИ ПРАВА

Президиум ВАС РФ 9 февраля 2010 г. рассмотрел дело по иску ЗАО «Невский Гранит» к ОАО «Петродворцовая электросеть» об истребовании из незаконного владения ответчика $\frac{2}{3}$ долей в праве общей собственности¹.

Фабула дела такова.

В 1997 г. истец получил право на $\frac{2}{3}$ доли в общей собственности на подстанцию в результате договора о долевом участии (простого товарищества). Фактически подстанцией управляло ООО «Петродворцовое оптово-розничное объединение», имевшее $\frac{1}{3}$ доли в общей собственности.

В 2001 г. объединение продало подстанцию ответчику – ОАО «Петродворцовая электросеть».

В 2007 г. суд признал сделку ничтожной в силу нарушения ст. 246 ГК (распоряжение общим имуществом допускается не иначе как по согласию сособственников), но в реституции отказал за пропуском срока исковой давности.

После этого истец обратился с иском к покупателю о признании за ним права на $\frac{2}{3}$ доли в общей собственности. В этом иске было отказано, поскольку суд расценил заявленное требование как виндикационное.

В связи с этим был уже заявлен виндикационный иск. Судом первой инстанции иск был удовлетворен. Суд установил течение исковой давности с момента получения извещения об отчуждении подстанции в 2005 г., а также не нашел добросовестности в действиях ответчика, который знал о том, что истцу принадлежит $\frac{2}{3}$ доли в общей собственности на объект. Решение было оставлено без изменения судом апелляционной инстанции.

Суд кассационной инстанции принятые судебные акты отменил, в иске отказал, потому что доля в праве не является вещью и не подлежит виндикации.

ВАС РФ определением от 2 декабря 2009 г. передал дело в Президиум, высказав суждение, что закон не содержит препятствий для защиты права на долю в общей собственности.

При этом суд сослался и на признание судебной практикой возможной виндикации без документальных ценных бумаг и долей в ООО.

Президиум ВАС РФ согласился с доводами определения и отменил постановление кассационной инстанции, оставив в силе решение суда первой инстанции и апелляционное постановление.

Принятое постановление, конечно, привлекло внимание юристов. Вопросам, затронутым описанным делом, посвящены несколько глав книги, что по-

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 9 февраля 2010 г. № 13944/09 по делу № А56-31225/2008 (СПС «КонсультантПлюс»).

звolyет мне опустить их повторение, высказав только свою позицию по обсуждаемому делу.

Обращает на себя внимание тот аспект проблемы, который кратко можно охарактеризовать так: виндикация, конечно, не адекватна защите прав, отличных от собственности, но при этом виндикация — **не столько расширение, сколько ограничение возможностей защиты таких прав,**

Перед тем как обратиться к сути этого конкретного дела, нужно сказать несколько слов о защите права, нарушенного сделкой по незаконному распоряжению этим правом, прежде всего — незаконному отчуждению права.

Гражданский оборот представляет собой, как известно, не оборот вещей, а оборот прав. Соответственно сделка в обороте является обычно способом передачи прав. Бывают и иные сделки — например, об оказании услуг или о производстве работ, но мы здесь их обсуждать не будем. Мы говорим только о договорах, направленных на отчуждение (передачу) права.

Теория правопреемства представляет этот процесс так, что сделка не передает право, а прекращает право у одного лица (отчуждателя) и создает право у другого лица (приобретателя). Для упрощения изложения я опущу также те сложности, которые связаны с разграничением действия обязательства и акта передачи права (подробнее эти вопросы обсуждались в гл. 12 книги).

Будем далее рассматривать только результат сделки — передачу права.

Тогда ничтожность сделки означает, что право не перешло, а осталось у прежнего обладателя. Скажем, ничтожность договора купли-продажи права (цессии) означает, что цессионарий права требования не получил — оно осталось у cedента.

Последствия недействительности сделки (ст. 167 ГК) не охватывают эту сторону ничтожности сделки. В п. 1 ст. 167 ГК говорится о том, что сделка не создала (не изменила, не прекратила) гражданских прав, под которыми понимаются, как представляется, обязательства¹.

В п. 2 ст. 167 ГК, который обычно применяется на практике, описываются, напротив, уже последствия исполнения обязательства из недействительной сделки, причем исполнение, как это следует из ст. 307 ГК, может состоять в передаче вещи, денег, оказании услуг, выполнении работ (воздержание от действия реституцией не охватывается). Соответственно возвращаются вещи или деньги, и ничто иное. *Возврат прав в рамках реституции не осуществляется.*

Но если мы даже выйдем за рамки реституции, то и тогда не обнаружим действия по передаче права. Передача права не нуждается в совершении действия вообще и не является действием по исполнению обязательства в частности. Поэтому она и не упоминается в ст. 307 ГК.

Соответственно, в рамках применения последствий недействительности сделки невозможно вернуть право (в этом смысле суды в обсуждаемом деле правиль-

¹ Здесь есть нюанс, связанный с существованием таких сделок, которые не порождают обязательства, и среди них как раз можно обнаружить сделки о передаче права. Вопрос уже обсуждался в гл. 12, но для нашего рассмотрения ничего не изменится, если мы будем понимать п. 1 ст. 167 ГК (и соответственно ст. 153 ГК) в том смысле, что недействительная сделка не создала обязательства, а если она не была направлена на создание обязательства, т.е. имела целью передачу права, то это право не возникло у приобретателя (осталось у прежнего обладателя).

но отказались применять реституцию, хотя и обосновали это пропуском срока исковой давности, который, однако, касается только требований по п. 2 ст. 167 ГК, а не требований о признании права).

Между тем в определении ВАС РФ от 2 декабря 2009 г. говорится, что «в юридической доктрине и практике не ставится под сомнение и возможность возврата в первоначальное положение сторон по сделке купли-продажи доли в праве, когда такая сделка признана недействительной». Здесь нужны уточнения.

Сам по себе такой способ защиты, как «возврат в первоначальное положение», не имеет определенного содержания. Высказываются мнения, и с ними следует согласиться, что этой формулой охватываются все средства защиты права, указанные в законе, в том числе в ст. 12 ГК.

Этот оборот можно обнаружить в ст. 1106 ГК, описывающей последствия неосновательной передачи права другому лицу. Но здесь совершенно определенно речь идет об обязательстве из неосновательного обогащения (именно в 60-ю главу, и совершенно не случайно, помещена норма ст. 1106 ГК). Между тем требование из неосновательного обогащения существует в виде требования имущества либо в натуре (ст. 1104 ГК), либо в деньгах (ст. 1105 ГК). Никакого иного кондикционного требования быть не может. Понимать требование имущества в натуре в порядке ст. 1104 ГК как требование о передаче права, насколько известно, еще никто не предлагал. Если даже кто-то так и считает, то подобное мнение никак нельзя полагать несомненным для доктрины и практики, и, конечно, не об этом говорится в определении ВАС РФ.

Упоминание неопределенного способа защиты в ст. 1106 ГК объясняется тем, что при недействительности цессии может иметь место обогащение как цессионария за счет cedenta, так и cedenta за счет цессионария¹. Соответственно, суть данного правила состоит лишь в том, что (а) стороны имеют право на расчеты по правилам о неосновательном обогащении и что (б) к их отношениям, во всяком случае, не применяются нормы о реституции (!). Вот этот второй вывод из нормы ст. 1106 ГК является более важным для нашей темы.

Как же понимать возврат в первоначальное положение при недействительности сделки о передаче права?

Адекватным средством защиты в том случае, когда недействительная сделка была сделкой о передаче права, принадлежавшего лицу (право собственности, право требования, авторское право и т.д.), является *иск о признании права*. Ответчиком по этому иску является любое лицо, которое своими действиями нарушает права потерпевшего, в том числе и прежде всего — тот, кто ведет себя как обладатель спорного права.

Присуждение по этому иску подтверждает, что право не перешло к приобретателю (а следовательно, и к последующим приобретателям), но осталось у прежнего обладателя права.

Но если одновременно с правом была передана и вещь, то защита выступает как двойной иск: о признании права и об истребовании вещи. Именно таким иском является виндикация, обязательным элементом которой, как известно, является

¹ Может случиться, что и никто не обогатится.

обоснование права истца на истребуемое имущество. Поэтому, независимо от того, формулирует ли истец оба требования или только требование о выдаче вещи, спор является в любом случае спором титульным, спором о праве.

Ответчик имеет, однако, возражение о добросовестном приобретении, которое выступает как *ограничение виндикации*. Ограничение состоит в том, что несмотря на то, что истец имеет право собственности, суд не может истребовать вещь у ответчика. Это ограничение установлено для защиты оборота; одним из существующих объяснений такого ограничения является доверие к наличному владению, которое должны иметь все участники оборота.

Далее развивать эту тему нет смысла ввиду изобилия литературы по этому вопросу. Достаточно сказать, что добросовестность в рамках виндикации связана с владением. А владеть можно только вещью, но не правом. Именно поэтому суд кассационной инстанции в нашем деле в иске отказал.

Если теперь задаться вопросом, как должны защищаться те права, которые не имеют своим объектом вещь, т.е. права «в чистом виде», то мы не можем дать никакого иного ответа, кроме того, что эти права защищаются точно так же, как и право собственности, только без защиты владения.

А это означает, что если была незаконно совершена сделка по отчуждению права требования (цессия), распоряжению исключительным правом (ст. 1233 ГК) и т.д., то истец вправе требовать признания за ним права, ссылаясь на то, что недействительная сделка не привела к созданию (передаче) права у ответчика.

Ответчик при этом не вправе ссылаться на добросовестность приобретения права потому, что такое возражение предусмотрено только для виндикационного иска. Никаких оснований применять аналогию здесь не имеется: нет никакого пробела в законе.

Можно ожидать отсылки к принципу добросовестности, но такая отсылка для анализа виндикации будет ошибочной. Нужно учесть, что возражение о добросовестном приобретении ограничивает право истца, а всякое ограничение права не может толковаться расширительно.

Что касается принципа добросовестности (отличного от возражения о добросовестном приобретении), то он равным образом применим к поведению обеих сторон спора, и никакого ослабления или, тем более, ограничения права истца, потерпевшего от незаконного отчуждения его права, из этого принципа вывести невозможно.

Отказ в иске может последовать лишь ввиду прекращения самого права (скажем, прекратилось действие патента, право требования прекращено надлежащим исполнением и т.д.). Но и виндикация, как известно, отпадает с прекращением права собственности, в том числе вследствие гибели вещи.

Итак, нет никаких препятствий предъявлять требования о признании права на акции, утраченные в результате незаконного их отчуждения, доли в ООО и иных прав, ставших предметом недействительных сделок, независимо от того, кто является ответчиком. Мы уже говорили, что ответчик — это тот, кто ведет себя как обладатель спорного права (акционер, учредитель ООО, субъект права требования и пр.), ссылаясь при этом на свою легитимацию в виде записи в реестре, наличия договора и т.д. Суть спора состоит в проверке этой легитимации, действительности этого основания.

Возникшее в судебной практике ограничение этого иска возражением о добросовестном приобретении права не вытекает из закона. Но для того, чтобы понять, насколько желательно такое ограничение (вообще говоря, видимо, оно адекватно нынешним условиям нашего оборота¹), неплохо бы ясно понимать, что по точному смыслу ГК потерпевший имеет право добиваться признания за ним права, отчужденного по недействительной сделке, без каких-либо ограничений от каких угодно последующих претендентов на это право.

Между тем существует представление, что, предоставив потерпевшим субъектам права защиту по аналогии с виндикацией, им дали такие возможности, которых у них до того не было. На самом деле это не так. И в этом, как представляется, наименее очевидный сегодня аспект всей проблемы, как уже говорилось выше.

Здесь необходимо остановиться и попытаться ответить на вопрос, почему практика не пошла по тому пути, который вытекает из закона и который позволяет спорить о незаконно отчужденном праве с любым его приобретателем без всяких ограничений (кроме ограничения сроком исковой давности).

На мой взгляд, одной из наиболее острых проблем применения ГК последние полтора десятилетия была проблема смягчения, даже обуздания того разрушительного потенциала, который содержится в заложенном в ГК механизме признания сделки недействительной.

Хорошо известно, сколько усилий пришлось приложить, чтобы как-то сдерживать действие реституции в сфере оборота вещей (главным образом недвижимости) за счет применения норм о виндикации с имеющимися в ней ограничительными механизмами в виде возражения о добросовестном приобретении вещи. Это сдерживание реституции имело почву в ГК с его механизмами защиты вещных прав. Внешним образом происходило сопоставление норм гл. 9 и 20 ГК.

Но если речь идет об отчуждении прав, то наш ГК не ставит защите потерпевшего уже никаких ограничителей. Право может быть признано за прежним обладателем, сколько бы сделок с этим правом ни было совершено и как бы себя ни вели стороны, если первоначально право было отчуждено помимо воли его обладателя.

Иными словами, мы получаем неограниченное действие, знакомое нам по реституции, но уходящее за пределы первой незаконной сделки.

Хотя можно найти немало примеров, когда такое действие судами признавалось, все же его разрушительность вызвала идею ограничения, которая на фоне хорошо известного конфликта реституции и виндикации оказалась идеей возражения о добросовестном получении права для того, чтобы защититься от иска, основанного на незаконности отчуждения права.

Еще раз повторим, что здесь нет никакого основания для аналогии закона. Налицо особый, специально созданный, причем не сразу, а на протяжении примерно десятилетия, механизм, не имеющий оснований в законе и являющийся результатом судебной интерпретации (можно говорить и о прецеденте). Суть этого ме-

¹ Варианты усиленной защиты потерпевшего в виде «восстановления корпоративного контроля», равно как и ответственности эмитента за незаконно утраченные акции, во всяком случае, говорят о том, что судебной практике не чужды идеи широкой защиты потерпевшего субъекта права.

ханизма — ограничение защиты лица, право которого было незаконно отчуждено, возражением о добросовестном получении этого права.

При этом нужно понимать, что добросовестность, конечно, у лица, получившего право, может быть. Добросовестность — это атрибут не владения, а приобретения, это характеристика поведения стороны в сделке о получении права (в том числе — права собственности). Получатель права, участвуя в сделке, так или иначе проверяет легитимацию отчуждателя права, и его поведение в этом аспекте и оценивается как осмотнительное либо недобросовестное. Но добросовестность при заключении сделки не имеет юридического значения для целей ограничения прав третьих лиц, пока на нее прямо не указал закон. Как уже говорилось, невозможно применение по аналогии возражения о добросовестности для ограничения права истца на защиту.

Только теперь мы можем приступить к комментарию нашего дела.

В основе конфликта лежит сделка, по которой один из совладельцев распорядился вещью в целом, в том числе — долей того совладельца, который не давал ему права на отчуждение его доли.

Здесь возможны две квалификации:

а) в части доли, принадлежащей продавцу, сделка действительна, а в части доли совладельца (здесь $\frac{2}{3}$) ничтожна. По правилам о частичной недействительности (ст. 180 ГК), имея в виду конкретные обстоятельства договора, всю сделку следует признать ничтожной;

б) сделка ничтожна без применения правила ст. 180 ГК, поскольку отчуждались не доли, а вещь целиком, без согласия всех совладельцев, что прямо нарушает п. 1 ст. 246 ГК, а эта норма императивна.

Я считаю верной вторую квалификацию, хотя обе влекут вывод о ничтожности сделки¹.

Ничтожность сделки приводит к тому, что владелец вещи (трансформаторной подстанции) не приобрел на нее право собственности, а стал ее незаконным владельцем (незаконный владелец, как известно, может быть и добросовестным).

Адекватной защитой незаконно отчужденного права, как мы могли уже видеть, является иск о признании за истцом права собственности на $\frac{2}{3}$ доли в спорном объекте. Суд, отказывая в этом иске потому, что невладеющий собственник должен защищаться не иском о признании права, а виндикационным иском, на мой взгляд, неверно оценил суть спора. Аргументы приведены выше.

Квалифицировав иск как виндикационный, суд заведомо ограничил права истца, предоставив ответчику возможность возражения о доброй совести. Этот аспект проблемы мы подробно обсудили выше.

Хотя в данном случае суд не нашел признаков добросовестности приобретателя², ограничение права истца на защиту оговоркой о доброй совести, как уже гово-

¹ При сохранении первой квалификации появляется мотив нарушения преимущественного права покупки, который приходится оставить в стороне, следуя выбранной нами логике.

² В данном случае недобросовестность применительно к ст. 246 ГК состоит в том, что приобретатель должен был знать об отсутствии соглашения всех совладельцев об отчуждении объекта общей собственности.

рилось, не вытекает из закона. В то же время оно следует уже сложившейся практике защиты прав акционеров и учредителей ООО.

Присуждение истцу по этому иску $\frac{2}{3}$ доли в праве общей собственности не означает, что тем самым появилось новое основание возникновения права общей собственности, не известное закону (ст. 244 ГК). На самом деле суд лишь признает, что существовавшее ранее право на $\frac{2}{3}$ доли не прекратилось, и признал его за прежним обладателем.

Комментируемое решение подтверждает тенденцию, которая ранее сформировалась применительно к виндикации бездокументарных бумаг и долей в ООО (соответствующие ссылки даются в определении от 2 декабря 2009 г.). Согласно этой тенденции субъекты прав, отличных от права собственности или иного права, связанного с владением вещью, могут преследовать лиц, ведущих себя как обладатели принадлежащих им прав, по правилам о виндикации. Настоящее дело распространило этот подход на доли в праве общей собственности, что является достаточно последовательным.

Хотя юристы чаще всего расценивают этот прецедент как предоставление защиты потерпевшему обладателю права, на самом деле — это ограничение защиты по правилам о виндикации.

Следующей проблемой в этом ряду может стать проблема защиты обладателей прав требования, исключительных прав и т.п. Эти права так же, как и право на долю в общей собственности, отчуждаются без создания обязательства о передаче права и, естественно, без исполнения такого обязательства.

Если следовать обсуждаемой нами тенденции, то можно ожидать и здесь появления возражения о добросовестном получении права как основании ограничения защиты.

Возможно и иное решение — введение конструкции абстрактного приобретения права. Суть ее в том, что акт приобретения права условно отделяется от договора (скажем, лицензионного договора) как абстрактная сделка, которая не зависит от судьбы договора. В этом случае при недействительности лицензионного договора право будет считаться, тем не менее, перешедшим, если только оно было получено от обладателя права.

Понятно, что речь идет о фикции, но эта фикция достаточно удобна.

Такая защита получателя права является более надежной, чем защита путем ссылки на добросовестность, которая поставлена в зависимость от доказательства добросовестности приобретателя.

Абстрактная передача права сходна с абстрактным вещным договором, известным германскому праву; но если вещный договор неприемлем потому, что требует масштабной ломки всего механизма правопреемства, предусмотренного ГК РФ, то абстрактность передачи права, отличного от вещного права, может быть вписана в наше право с меньшими издержками, и такой подход кажется практически оправданным.

Поскольку ни защита получателя права в рамках виндикации, ни его же защита посредством конструкции абстрактного приобретения права не имеют оснований в законе, выбор является в известном смысле произвольным и зависит от усмотрения высших судебных инстанций и законодателя.

ГЛАВА 21

О ЗАЩИТЕ ПРАВА НА НЕДВИЖИМОСТЬ ПОСРЕДСТВОМ НЕГАТОРНОГО ИСКА. ИСК О ПРИЗНАНИИ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

К арендатору муниципального земельного участка, получившему его в установленном порядке от собственника для возведения магазина, после завершения строительства был предъявлен владельцем соседнего участка иск об устранении нарушений, т.е. негаторный (ст. 304 ГК). При этом истец ссылался на то, что ранее этот же участок выделялся ему и был затем незаконно у него изъят и предоставлен ответчику. Истец требовал освобождения участка и передачи ему владения. Ссылки ответчика на свою добросовестность были истцом отклонены, так как заявленное им требование закон не ограничивает добросовестностью ответчика.

Такая практика предъявления негаторных исков, имеющих целью возврат владения вещью, видимо, возможна.

Например, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ в обоснование решения о выселении Юсупова из занимаемого на основании незаконно выданного ордера жилого помещения, несмотря на пропуск срока исковой давности¹, указала, что «исковая давность не распространяется на требования собственника или иного владельца об устранении всяких нарушений его права. Это правило относится и к требованиям собственников (владельцев) жилищного фонда о защите их права на жилые помещения, неправомерно занятые иными лицами, у которых права на эти помещения возникнуть не могло»². Такой подход не единичен у Верховного Суда РФ. Рассматривая дело о возврате изъятной таможенными органами автомашины, купленной добросовестным покупателем, суд одновременно сослался и на ст. 302 и 304 ГК³.

¹ Применительно к спорам, связанным с признанием ордера на жилое помещение недействительным, действовало специальное правило исчисления срока для выселения, считая с момента выдачи ордера. Именно это ограничение права истца на защиту, видимо, и повлекло ту квалификацию спора, о которой сообщил Верховный Суд РФ.

² Бюллетень ВС РФ. 1999. № 9. С. 23–24. Критическая оценка этой позиции не должна останавливаться на одной только констатации неверного применения норм о защите собственности (владения). Нужно найти законные пути привлечения к ответственности нарушителя. Применительно к делу Юсупова можно было бы, например, указать на то, что он, являясь незаконным и недобросовестным владельцем, несет ответственность перед собственником в размере неосновательного обогащения, т.е. в размере рыночной стоимости аренды занимаемого им помещения.

Вызывает интерес и обсуждение кондикции в натуре, т.е. в виде жилого помещения. Срок исковой давности в этом случае течет не с момента выдачи ордера, а по общим правилам.

Впрочем, последовательности ВС РФ не хватает. Рассматривая иск супруга, получившего право общей (совместной) собственности на жилое помещение в ЖСК, ВС РФ в иске отказал за пропуском срока исковой давности (Бюллетень ВС РФ. 2001. № 5. С. 1–2). В этом случае суд не посчитал, что «исковая давность не распространяется на требования собственника или иного владельца об устранении всяких нарушений его права».

³ Бюллетень ВС РФ. 2001. № 2. С. 13–14. Вообще говоря, добросовестный, а значит, незаконный владелец не имеет права ни на виндикационный, ни на негаторный иск. Но это — другая тема.

Оценивая общие причины возникновения этого подхода, нельзя в очередной раз не отметить предельного упрощения всей отечественной правоприменительной практики, стремящейся избежать всякого усложнения и невысоко ценящей те средства из арсенала цивилистики, которые веками создавались для нахождения баланса между интересами и свободой всех участников оборота.

Дело в том, что, хотя виндикационный и негаторный иски происходят из совершенно разных источников: первый — из защиты самого права на вещь от всякого рода утрат (кражи, незаконного отчуждения и др.), а второй — из соседских отношений, сервитутов, — практически всегда имелась и имеется некоторая пограничная область, в которой собственник, сохраняющий владение, может защищаться от нарушений его права собственности административными средствами, сходными с защитой владения (например, при вторжении на чужой участок)¹. Поскольку наше частное право утратило такого рода средства (интердикты, владельческие иски, предъявляемые без титула), проблема размежевания не могла не усложниться и потребовала значительных усилий от отечественных юристов. Поэтому установленное в нашем праве разграничение исков, защищающих собственника, — несомненное достояние цивилистики, и его следует ценить и беречь.

Не только история права, всегда противопоставлявшая два основных иска о защите собственности — виндикационный и негаторный, но вся система действующего российского законодательства не дают оснований допускать какую-либо конкуренцию этих исков. Действительно, зачем законодателю было бы подробно регулировать условия предъявления виндикации в ст. 301–302 ГК, если собственник мог бы для тех же целей прибегнуть и к другому иску, предусмотренному ст. 304 ГК, которая во всех отношениях куда удобнее: и исковая давность не действует, и добрая совесть ответчика во внимание не принимается. Само расположение двух классических исков рядом исключает, конечно, их конкуренцию. Известно, что условием первого (виндикации) является утрата владения вещью, это — иск о выдаче вещи. Второй иск предъявляется, если владение сохранено.

Традиционную для нашего закона формулу «хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения» всегда понимали так, что истец владения не утратил, что можно видеть из литературы, современной самой этой формуле, возникшей сначала в ГК РСФСР 1922 г., когда и виндикационный, и негаторный иски предусматривались одной статьей². В ч. 1 ст. 59 Кодекса говорилось о праве собственника отыскивать свое имущество из чужого незаконного владения, а в ч. 2 той же статьи указывалось, что «собственник вправе требовать устранения всяких нарушений его права, хотя бы они и не были соединены с лишением владения».

В современном словоупотреблении довольно архаичный и никогда не имевший буквального смысла оборот «хотя бы» уже не используется. Например, Пленум ВАС РФ, обсуждая споры о недвижимости, называет этот иск как иск «об устранении нарушений права, не связанных с лишением владения»³.

¹ Подробнее см.: *Дождев Д.В.* Римское частное право: Учебник. М., 1996. С. 347–350.

² См., например: *Генкин Д.М.* Право собственности в СССР. М., 1961. С. 217.

³ Пункт 1 постановления Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. «О некоторых вопросах подсудности дел по искам о правах на недвижимое имущество» (Вестник ВАС РФ. 2006. № 11. С. 30).

Впрочем, имеются известные теоретические предпосылки усложнения применения негаторного иска. Например, Е.А. Суханов полагает, что, пока собственник недвижимости значится собственником по данным государственной регистрации, он не может быть лишен владения «иначе как путем оспаривания законности регистрационной записи. Поэтому даже при незаконном лишении собственника возможности доступа на свой земельный участок (или в свой жилой дом и т.д.) он вправе защищаться путем предъявления негаторного, а не виндикационного иска»¹. Нетрудно заметить, что это суждение исходит из такой юридической действительности, в которой все объекты недвижимости надежно учтены и система доступа к ним вполне отлажена. Боюсь, что такое положение в гораздо меньшей степени относится к российской юридической реальности, чем, например, к германской. Не случайно Я. Шапп именно в рамках германского права рассматривает спор о внесении исправлений в поземельную книгу как разновидность виндикации². При том, что запись в поземельной книге — это не доказательство права, а само право, петиторный иск о праве становится спором о записи.

Кроме того, Германское гражданское уложение, в отличие от ГК РФ, не ограничивает виндикацию недвижимости доброй совестью приобретателя (см. § 985, 986 ГГУ), что лишает (при длительном сроке исковой давности) вопрос разграничения виндикации и негаторного требования того значения, какое он имеет в отечественном праве.

Главное же в том, что восстановление владения осуществляется в Германии владельческим иском (§ 861 ГГУ), что лишает смысла заявление иного, причем гораздо более громоздкого и сложного, иска с доказыванием права.

По ГК РФ спор о записи имеет довольно ограниченное значение и не признается виндикационным иском, а традиционно квалифицируется как спор о признании права. Если интерес истца заключается в получении владения, то нужно заявлять виндикационный иск, в котором спор о праве является лишь частью требования. При отсутствии в ГК РФ такого естественного и сильного средства, как иск о защите владения (§ 861 ГГУ), другого выхода просто нет.

Соответственно если изменение записи в системе германского права означает тем самым отпадение всяких препятствий в получении вещи (поскольку нарушение владения будет восстановлено простым и эффективным владельческим иском), то в российском праве это — только получение титула собственника, но не имущества. Истребование вещи и после изменения регистрационной записи вполне может натолкнуться на возражение о доброй совести (ст. 302 ГК), и тогда виндикация окажется невозможной. Но если в праве спор о записи не тождествен виндикации, то тем самым виндикация перемещается на свое обычное место — место спора о владении между номинальным собственником и фактическим (незаконным) владельцем.

Кроме того, нужно отметить еще вот что. Как известно, в практике имеется проблема злоупотребления собственником своим правом путем предъявления иска о признании права собственности, в то время как на самом деле интерес истца

¹ Гражданское право: Учебник. В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд. Т. I. М., 1998. С. 616; *Маттеи У., Суханов Е.А.* Основные положения права собственности. М., 1999. С. 369.

² *Шапп Я.* Основы гражданского права Германии. М., 1996. С. 59–60.

состоит в истребовании вещи. Но если виндикационный иск может натолкнуться на защиту ответчика, во-первых, в виде ссылки на добрую совесть, а во-вторых, в виде возражения о пропуске срока исковой давности, то иск о признании права собственности не может быть отражен ни первым, ни вторым возражением: иски о признании права исковой давностью, как считает большинство юристов, не ограничены; добросовестность владения также не противоречит признанию права за истцом, а скорее его предполагает. Учитывая эти обстоятельства, истцы нередко сначала заявляют иск о признании права, обходя установленную законом защиту ответчиков, а затем самоуправно отбирают вещь, ссылаясь на свое право (то, что защиты от самоуправства ГК РФ практически не содержит, показано выше, впрочем, едва ли в этом могут быть сомнения).

Но теперь для одной категории споров можно сделать вывод о принципиальной невозможности заявления одного только иска о признании права собственности. Если в силу п. 2 ст. 223 ГК ответчик признается собственником с момента регистрации за ним права собственности и может лишиться этого права лишь в том случае, когда объект недвижимости может быть истребован у него в порядке ст. 302 ГК, то, стало быть, остается только один иск для собственника утраченного объекта недвижимости, право на который зарегистрировано за ответчиком: это — иск об истребовании этого объекта в порядке ст. 301–302 ГК. Заявлять один только иск о признании права собственности в этом случае теперь недопустимо, так как неизвестно, может ли объект быть истребован из владения ответчика¹. Но если он не может быть истребован или неизвестно, может ли он быть истребован, суд не вправе лишить ответчика зарегистрированного за ним права собственности.

Дело в том, что, пока не заявлен иск об истребовании имущества из чужого незаконного владения, суд не только не может, но и не имеет права определить, может ли объект недвижимости быть истребованным в порядке ст. 302 ГК. После некоторых колебаний этот подход нашел поддержку в арбитражной практике².

Не вправе суд и выяснять наличие добросовестности у приобретателя без виндикационного иска, хотя такие попытки иногда встречаются. Если суд в рамках одного только иска о признании права собственности (пусть и с прибавлением иска о признании сделки недействительной, что обычно бывает) принимается все же обсуждать, является ли ответчик добросовестным приобретателем, то все суждения суда на этот счет следует признать не относящимися к делу. Конечно, и преюдициальными соответствующие выводы суда не будут.

Так сомнительная норма привела хотя бы к одному полезному следствию.

Д.М. Мурзин, также опирающийся на представления германских юристов (он ссылается на Зома и разделявшего эти мнения Б. Черепихина), утверждает, что если недвижимость внесена «в поземельные книги, то речь о владении вообще

¹ Подробнее этот вопрос изложен мной в статье об исках о признании права собственности (Вестник ВАС РФ. 2008. № 1).

² Одним из первых актов, в которых сформулирован этот подход, является постановление Президиума ВАС РФ от 4 сентября 2007 г. № 3039/07. В дальнейшем он достаточно последовательно подтверждался и в настоящее время может считаться утвердившимся для арбитражной судебной практики. В рамках той же практики подвергается критике и требование «о признании права собственности недействительным».

не идет»¹. Прямое указание автора на поземельные книги, впрочем, не позволяет распространить его вывод на те страны, где таких книг не имеется. А его утверждение, что «при регистрации недвижимости в поземельных книгах противоправно лишиться прав на нее можно только при внесении в книги не соответствующей действительности записи о новом собственнике»², показывает, что его рассуждения не имеют отношения не только к России, но и к виндикационному иску по ГК РФ. Ведь по ст. 301 ГК иск заявляется лицом, *имеющим* право, а не лишенным его. При этом остается загадочной сама формулировка «противоправного лишения права»: если оно противоправное, то к лишению права оно не привело. По ГК РФ право собственности нарушается незаконным владельцем именно путем лишения собственника владения, а не права на объект недвижимости. Происходит это в России, как всем известно, повседневно и повсеместно, и в «поземельных книгах», а также в ЕГРПН подобные действия далеко не всегда находят какое-либо отражение, да и регистрационные записи не исключают ни спора о праве, ни спора о владении, т.е. предъявления именно виндикационного иска. В этом случае виндикационный иск как петиторный дополняется требованием об аннулировании записи о праве ответчика на объект недвижимости.

Непонятно также, как рассуждения Д. Мурзина о защите владения, позаимствованные из правопорядка, который основан на владельческой (непетиторной) защите, используемой прежде всего, как известно, собственниками, могут быть распространены на систему права, вообще не имеющую владельческой защиты, доступной собственникам.

Невозможно не учитывать текущую практику, наш далеко не совершенный хозяйственный уклад, когда система учета недвижимости недостоверна и сопровождается систематическими злоупотреблениями, права на землю находятся в крайне смутном состоянии, а многие споры уходят своими корнями в тот период, когда еще никакой регистрации недвижимости не было.

Есть все основания опасаться, что еще долгое время мы вынуждены будем исходить из тех простых представлений о владении, которые даны российским ГК, также не отличающимся сложностью по сравнению с тем же ГГУ³. По этим (традиционным для отечественного права) представлениям владение — это фактическая, физическая власть над вещью, оно не может осуществляться опосредованно, предполагает полный фактический контроль самого собственника (законного владельца), а поскольку речь идет о недвижимости — не только его присутствие на земельном участке, в здании, но и полный контроль, означающий охрану объекта, свободное перемещение по нему, его нормальную хозяйственную эксплуатацию. Из ст. 303 ГК вытекает, что владелец имеет возможность извлекать полностью весь доход, приносимый вещью. Утрата такого положения обычно рассматривается как потеря владения и дает основание для предъявления виндикационного иска (ст. 301 ГК).

¹ Мурзин Д.В. К вопросу о соотношении норм о бесповоротности прав и приобретательной давности // Цивилистические записки: Межвуз. сб. научных трудов. Вып. 4. М.; Екатеринбург, 2005. С. 428.

² Там же.

³ Об этом убедительно сказано В. Бергманом и Е. Сухановым в предисловии к кн.: Германское право. Ч. 1: Гражданское уложение / Пер. с нем. М., 1996. С. 5–12.

Впрочем, А. Эрделевский высказал суждение, что виндикация недвижимости не является таковой, потому что владение недвижимым имуществом отличается от владения движимым, так как «недвижимая вещь всегда «открыта» для воздействия на нее третьих лиц», причем собственник не в состоянии «полностью исключить такое воздействие». Недвижимость не может быть утрачена¹. А вот владение движимостями имеет, как думает автор, другую природу, «движимая вещь при желании владельца может, хотя и со значительными затратами и неудобствами для него, всегда находиться под его непосредственным контролем, при этом владелец будет сохранять свободу передвижения». По этим причинам иск собственника является не виндикационным, а негаторным, так как нарушитель владения недвижимостью, своими действиями препятствующий доступу собственника к своей вещи, «создает помехи» собственнику; кроме того, исполнение решения о выселении отличается по своей процедуре от исполнения решения об изъятии движимых вещей².

Как представляется, А. Эрделевский исходит из неверного понимания владения.

В истории права никогда не ставилось под сомнение то, что владение недвижимыми вещами возможно, и по своей природе оно не отличается от владения движимостями. Достаточно сказать, что относительно земельных участков, принадлежащих римскому государству (*ager publicus*), в течение нескольких веков возможно было только владение, но не частная собственность.

То, насколько было развито в римском праве юридическое понятие владения земельными участками, всем известно. Причем речь идет не об абстракциях, а о естественных явлениях. Первый же фрагмент книги 41 Дигест о владении гласит: «Владение было названо, как говорит и Лабейон, от места оседлости как место жительства, так как оно естественно (*naturaliter*) удерживается тем, кто на нем поселяется»³.

Конечно, классики понимали естественные различия между вещами, однако не делали выводов о том, что недвижимостью владеть невозможно, что это некое неполноценное владение. Напротив, различия между вещами привели к развитию теории владения, придали владению то универсальное содержание, которое принято действующим правом и которое лежит в основании современного хозяйствования. Так, нет необходимости передавать «телесным прикосновением и осязанием, но даже взглядом» то, что «не может быть передвинуто»⁴, но «тому, кто захочет владеть поместьем... достаточно зайти на какую угодно часть этого поместья»⁵. При этом противно природе, чтобы у вещи (земельного участка в том числе) было более одного владельца⁶. Если недвижимость захвачена, то владение прежнего владельца прекращается, если он узнал о захвате, и не вернулся, «убоявшись превосходящей силы захватчика»⁷. Но тогда он получает владельческие средства защиты.

¹ Это обстоятельство выводится из того, что на недвижимость не распространяются нормы о находке. Какой-либо иной, более глубокий юридический смысл здесь обнаружить, кажется, невозможно.

² Эрделевский А.М. О защите права собственности на недвижимое имущество // *Хозяйство и право*. 2007. № 2. С. 93.

³ Дигесты. 41.2.1.

⁴ Там же. 41.2.1.21.

⁵ Там же. 41.2.3.1.

⁶ Там же. 41.2.3.5.

⁷ Там же. 41.2.7.

Что касается виндикационного иска, то никаких сомнений по поводу возможности виндцировать, скажем, поле в классическом праве не было¹. Конечно, никто не станет утверждать, что классические юристы хуже понимали природу владения или способы восстановления владения, чем современные, пока с текстами в руках не докажет обратного (умолчание здесь недопустимо – такова привилегия классики), если хочет, чтобы к его теориям относились хоть сколько-нибудь серьезно.

Те изменения, которые возникли с учреждением регистрации вещных прав в поземельных книгах, уже обсуждались, но отнюдь не об этих частностях говорит А. Эрделевский; он, напротив, стремится придать своим суждениям общий характер. Прежде всего высказанные этим автором взгляды прямо противоречат закону. Например, в ст. 234 ГК говорится о владении недвижимым имуществом. Нигде в ГК РФ нет ни одной нормы, которая бы могла быть истолкована как противопоставление движимости и недвижимости в части осуществления владения. Все различия проводятся только в отношении права, подлежащего регистрации. Но право – это не владение.

Нельзя всерьез принять тезис о том, что якобы недвижимость, в отличие от движимости, не может быть вполне поставлена под контроль владельца, так как всегда открыта посягательствам нарушителей. Всем известно, что движимые вещи гораздо чаще становятся объектами посягательств, чем недвижимые, и сотни тысяч отечественных автовладельцев, чьи машины были угнаны, готовы подтвердить это. Можно, кажется, заметить, что чем более движима вещь, тем менее надежно владение ею².

Даже если, последовав совету автора, претерпеть неудобства, всем придется ночевать в своих автомашинах и вообще никогда не покидать их. Однако останутся еще такие объекты, как рыбы в садке, или отара овец в горах, или коллекция скульптур, или нефть в хранилищах, и т.п., которые физически невозможно «переместить, унести, спрятать», «сохраняя при этом свободу передвижения»³. Но даже отказавшиеся от удобств и свободы передвижения владельцы этих объектов все равно не могут предотвратить краж или иных потерь своего движимого имущества.

Таким образом, уязвимость, вопреки предположениям А. Эрделевского, присуща и владению движимостью, и владению недвижимостью. На самом деле движимое владение, конечно, гораздо чаще утрачивается, чем недвижимое, т.е. более уязвимо. Кражи или захваты объектов недвижимости чрезвычайно редки именно ввиду открытости последних. Поэтому они, как правило, приобретаются по сделке и только после признания ее недействительной становятся объектами виндикации. Но в процессе такого захвата посредством сделок их качество как объекта владения не имеет никакого юридического значения. Подобным образом нередко осуществляется и захват совершенно бестелесных объектов – бездокументарных акций; но вот при отыскании последних обнаруживается, что они гораздо менее пригодны для виндикации, чем недвижимость. Те, кто знаком с судебной практи-

¹ См., например, кн. 6 Дигест. Подробно регулировалось право на плоды, приносимые виндцированной вещью, в том числе на плоды, произраставшие на участке.

² Выше, при обсуждении природы денег, я пытался показать, что деньгами невозможно вполне овладеть, установить над ними полный контроль.

³ Эрделевский А.М. Указ. соч. С. 93.

кой, знают, что самым распространенным объектом виндикации сегодня оказываются как раз объекты недвижимости из-за того, что они не потребляются, не исчезают к моменту рассмотрения спора и легко индивидуализируются.

Ранее¹ уже говорилось, что всякое владение как физическая власть над вещью оказывается уязвимо тоже физически; владение, следовательно, нарушается силой. Отсюда следует, что в центре защиты владения — противостояние силе, насилию. Но насилие осуществляется не над вещью, а над человеком. Поэтому как противоправное лишение владения, так и восстановление владения в порядке защиты права это **применение силы**, вопрос власти над вещью.

Именно постольку, поскольку владение может быть защищено в порядке самозащиты (об этом пишет и А. Эрделевский, когда повествует о том, как собственника не пускают в его квартиру), для отражения насилия, оно может быть и восстановлено только силой, т.е. виндикационным иском. Кстати, негаторный иск не совместим с самозащитой, ведь нарушитель, преследуемый негаторным иском, не осуществляет насилия в отношении собственника.

Отсюда мы и получаем характерную черту исполнения виндикации — применение насилия к ответчику, незаконному владельцу. Никаких «действий с вещью», как полагает А. Эрделевский², при этом не осуществляется. Судебный пристав осуществляет насилие, что вполне понятно, не в отношении вещи³, а только в отношении незаконного владельца, ответчика, отбирая у него власть над вещью. Способ осуществления власти зависит, конечно, от особенностей объекта. Власть над ювелирным украшением осуществляется иначе, чем власть над лошастью, а власть над автомобилем — иначе, чем власть над товарами на складе. Понятно, что в каждом конкретном случае это будет накладывать отпечаток на процедуру исполнения.

Но суть исполнения всегда будет одной и той же — насилием над должником, поскольку он будет оказывать сопротивление, т.е. продолжать владение. Если же, как это чаще (но не всегда) происходит, достаточно угрозы применения силы, то должник будет своей волей передавать владение приставу. В этом случае также особенности объекта будут проявляться в разных способах установления владения (что хорошо известно из теории исполнения обязательств о передаче вещи и, вообще говоря, является вполне очевидным фактом, избавляющим меня от дальнейших уточнений). Итак, нет таких особенностей, которые позволяют сказать, что владение движимостями отличается от владения недвижимостями так, что защита такого владения требует различных юридических средств⁴. Средство всегда одно — санкционированное судом в результате рассмотрения виндикационного иска насилие

¹ См. главу о владении.

² Эрделевский А.М. Указ. соч. С. 94.

³ Поскольку мы имеем дело только с вещами, нам не нужна помощь государства, в том числе суда и пристава.

⁴ Вообще говоря, из действий пристава невозможно сделать никакого вывода о способе защиты права. Например, изъятие вещи будет происходить и в случае получения ее в порядке ст. 398 ГК, т.е. по обязательственному иску, и в случае присуждения по виндикации, и в порядке присуждения по реституции. Средства самые различные, но действия пристава будут одинаковыми.

В то же время присуждение по негаторному иску может быть самым разным — от запрета на определенные действия до сноса строения, разборки преград, восстановления дороги и т.п. А иск будет везде один.

в отношении незаконного владельца для лишения его владения. Скорее, именно в этой главной черте виндикации коренится и ее отличие от негаторного иска.

Присуждение по негаторному иску также может включать в себя предписание ответчику совершить определенные действия. Однако эти действия должен совершить сам ответчик. Силой его к этому не понуждают. В крайнем случае соответствующие действия производятся за счет ответчика. Если присуждение по негаторному иску имеет характер возложения на ответчика обязательства, которое он должен исполнить сам (и только неисполнение повлечет вмешательство пристава), то присуждение по виндикационному иску не создает никакой обязанности ответчика (соответственно он и не возмещает издержки от ее неисполнения), а дает право на прямое насилие против него.

По своему классическому назначению, нисколько не утраченному за прошедшие века, негаторный иск направлен на запрет ответчику совершать определенные действия: например, проходить (проезжать) по земле истца, отводить на его участок стоки или сбросы и т.п. Естественно, что устранение помех может означать и разрушение каких-то сооружений, возведенных ответчиком (забора, труб, даже построек). В классическом праве истец мог получить доступ на участок ответчика, если тот не прекращал нарушения права, чтобы своими силами прекратить угрозу своему праву. Но по негаторному иску ответчик не может быть обязан к выдаче собственного имущества истца. Передача какой-либо вещи истцу в рамках негаторного иска не осуществляется.

В практике ВАС РФ неоднократно подчеркивалось, что требования о выселении, освобождении недвижимого имущества — это требования о виндикации (ст. 301 ГК)¹.

Негаторный иск, напротив, направлен либо на совершение ответчиком положительных действий с собственным имуществом ответчика², либо на прекращение действий, помех, докуки, исходящих от нарушителя, остающегося в своем владении и осуществляющего эти действия именно в качестве владельца, чье владение не ставится под сомнение. Присуждение по негаторному иску, состоящее в запрещении ответчику что-либо делать, прекращении помех в осуществлении истцом права собственности (владения), не затрагивает владения ответчика и не может вернуть владение истцу.

Тогда, когда речь идет о прекращении ответчиком определенных действий либо о воздержании от действий (шумных работ, разведения домашних животных, создающих неудобства и беспокойство соседям и т.д.), ответчику предписывается определенное поведение, определенная обязанность, невыполнение которой влечет соответствующие последствия. При этом у ответчика ничего из того, что он имеет, истцом не отбирается (например, запрет разводить голубей на балконе не дает права забрать этих голубей в пользу истца). Ответчик остается в пределах своих владений и именно там и должен оставаться. Негаторный иск никогда не может состоять в насилии, направленном на выселение ответчика, лишение его

¹ Обзор практики см.: *Сарбаш С.В.* Арбитражная практика по гражданским делам: Конспективный указатель по тексту Гражданского кодекса Российской Федерации. М., 2000. С. 271–272.

² Это имущество может и не принадлежать ответчику, но в любом случае истец никаким образом не может претендовать на него.

вещей, находящихся в его владении, хотя бы они ему и не принадлежали. По негаторному иску истец доказывает отсутствие права ответчика вторгаться в собственное владение истца и постольку должен доказать свое право на то имущество, которое затронуто действиями ответчика, но право ответчика на то, что находится у него, истец обсуждать не вправе. Даже в случае сноса постройки строительные материалы принадлежат ответчику.

Применение негаторного иска для целей отобрания владения будет приводить либо к достаточно абсурдному (и неисполнимому¹) запрету владеть, либо, что обычно и подразумевается, к решению (исполнительному листу), вынесенному вопреки формуле, т.е. смыслу и назначению данного иска.

Присуждение по виндикации означает передачу вещи владельцу, занятие им участка или помещения. Но если истец уже находится в помещении, на земельном участке, в такого рода присуждении он не нуждается, и соответственно виндикационный иск не может иметь места.

Впрочем, практика создает иногда ситуации, когда на самом деле разграничение виндикационной и негаторной защиты вызывает затруднения. Если сосед при строительстве гаража занял часть вашего участка², что вы требуете: возврата вам части участка из чужого незаконного владения или устранения помех в пользовании?³ Здесь мы можем решать ситуацию от обратного: если такое занятие части вашего участка осуществлялось на основании договора, то это — договор о сервитуте. В свою очередь негаторный, т.е. отрицающий, иск возник как иск, отрицающий именно сервитут. Стало быть, если сервитута не было, то уместен негаторный иск. Однако если учесть, что снос возможен только посредством негаторного иска, то придется признать тщетность иска виндикационного.

Видимо, в пользу негаторного иска можно высказаться и в том случае, если рядом с собственником (владельцем) ведется беспокоящее его строительство, ведь помеха существует независимо от того, нарушено ли владение истца. Прекращение строительства, снос постройки — обычное присуждение по негаторному иску.

Но если собственник намерен вернуть себе занятый застройщиком участок или объект, в котором находятся третьи лица, ему придется предъявлять именно виндикационный иск. Иначе при приобретении, например, с торгов объекта строительства покупатель мог бы не считаться с возражениями лиц, получивших в нем помещения по сделкам, заключенным с прежним владельцем, если эти сделки имеют пороки. Но, как известно, суды всегда защищают лиц, находящихся в проданном (или иным образом полученном) здании, если эти лица фактически вселились в него и имели для этого какие-либо уважительные основания, в том чис-

¹ По смыслу ст. 1 Федерального закона «Об исполнительном производстве» судебный пристав-исполнитель будет тогда вынужден требовать «воздержания от владения».

² Этот пример тем отличается от приведенного вначале, что спора о принадлежности участка — и фактической, и юридической — не имеется.

³ Вообще говоря, актуальное нарушение права происходило в момент строительства, именно тогда его и следовало пресекать. Если же строение уже возведено, то добиться его сноса, как известно, весьма проблематично. Тем не менее снос — это вполне корректное негаторное требование (тогда как по виндикации ответчик не может быть обязан ни к сносу, ни к восстановлению, ни к ремонту объекта, ни к каким другим положительным действиям в отношении объекта).

ле сделки, совершенные с лицом, не имевшим права распорядиться имуществом. Такая защита характерна именно для виндикации.

Наконец, как мог бы поступить суд, установивший, что истец вместо виндикационного иска предъявляет негаторный?

Если речь идет о заблуждении, трудной юридической ситуации, то, на мой взгляд, суд мог бы принять решение, сообразуясь с общим смыслом норм о защите собственности и недопустимости подмены исков. Иными словами, если даже из заявленного иска невозможно точно установить его природу, но налицо требование о выселении, освобождении чужого участка (здания), не требующее его сноса или разборки, то его вполне можно рассматривать как иск об истребовании имущества (виндикационный) по правилам ст. 301–302 ГК.

Если же истец, как в наших примерах, настаивает на применении именно ст. 304 ГК, имея целью лишить ответчика представленных тому средств защиты (возражения о пропуске срока исковой давности, о доброй совести), то суд вправе в таком иске отказать.

М. Ерохова высказывает предположение, что иск о признании права собственности является негаторным, поскольку в одном из дел¹ Президиум ВАС РФ указал, что иск о признании права собственности не ограничен исковой давностью, сославшись на ст. 208 ГК². Разделяя сомнения автора в существовании иска о признании права собственности, поскольку он гл. 20 ГК РФ не предусмотрен³, я все же вынужден признать, что исключить этот иск из повседневной практики невозможно. Возможны случаи, когда он оказывается единственным средством защиты. Приводимый М. Ероховой пример, когда владелец объекта недвижимости оспаривает зарегистрированное право собственности иного лица, не владеющего объектом⁴, видимо, относится к таким случаям, поскольку виндикации здесь нет, в чем следует согласиться с автором. Но считать, что здесь имеется негаторный иск, как полагает М. Ерохова, я бы не стал⁵. Наличие права у другого лица само по себе не является помехой в пользовании объектом и действием или бездействием другого лица (заметим, что для негаторного иска характерна физическая связь сторон, соседство, владение смежной вещью). Помехи имеют все же материальную природу. Даже если они основаны на юридической почве, речь идет все же о действиях (бездействии) соседей и иных прикосновенных к пользованию недвижимостью

¹ Постановление от 2 августа 2005 г. № 1206/05.

² *Ерохова М.* Комментарий к постановлению Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 года № 54 «О некоторых вопросах подсудности дел по искам о правах на недвижимое имущество» // *Хозяйство и право.* 2007. № 2. С. 17.

³ Впрочем, и иск о признании права требования также вызывает, как можно судить, сомнения: каждый раз встает вопрос, почему не предъявляется иск об исполнении обязательства. Ведь если обязательство еще не просрочено, то нельзя, пожалуй, говорить о каком-либо нарушении права действиями (бездействием) должника. А если просрочено, то нет смысла признавать право. Во всяком случае анализ авторами практики предъявления дольщиками исков о признании права из договора долевого участия (обязательственного) показывает трудности при обосновании права на иск (см.: *Давидян С., Юдин А.* Защита обманутых дольщиков // *эж-Юрист.* 2007. № 8. С. 8). Тогда непонятно, какие же права признаются без сомнений по ст. 12 ГК. Получается, что только права на результаты интеллектуальной деятельности.

⁴ *Ерохова М.* Указ. соч. С. 17.

⁵ Интересно, что те цивилисты, которые ориентируются на германскую модель, считают такой спор, как говорилось выше, виндикационным.

лиц. Вполне возможно, что право зарегистрировано за лицом, физически или даже юридически не существующим. Говорить в таком случае, что это лицо мешает владельцу пользоваться объектом, было бы едва ли правильно.

Остается, как уже говорилось, предъявление иска о признании права собственности¹.

В иске о признании права, вообще говоря, можно найти два требования: в первом отрицается право ответчика, а во втором утверждается, что это право принадлежит истцу.

Между тем в негаторном иске содержится только одно требование об устранении нарушений, обращенное к ответчику. Постольку, поскольку истец доказывает в начале негаторного иска свое право, он лишь легитимирует себя, но не спорит с ответчиком о праве последнего на его имущество, да и вообще права ответчика на его имущество (если оно у него вообще имеется) на судьбу негаторного иска не влияют и предметом спора быть не могут. С другой стороны, легитимация лица в качестве истца по негаторному иску как собственника (законного владельца) предваряет спор, но не может его исчерпать. Следовательно, предметом негаторного иска не может быть спор о праве на имущество истца и тем более спор о праве на имущество ответчика. Второе скорее характерно для виндикационного иска, поэтому практически актуальным является разграничение иска о признании права собственности и иска виндикационного.

В обсуждаемом М. Ероховой деле спор о праве ведет владеющий истец с невладеющим лицом, зарегистрированным в качестве собственника. Именно такой иск следует признать допустимым: во-первых, здесь не может быть уклонения от виндикации, так как истец уже владеет, а во-вторых, у истца нет иных средств защиты.

Весьма часто, как уже говорилось, иски о признании права собственности заявляются злонамеренно, с целью лишить ответчика возражения о доброй совести или пропуске срока исковой давности. Высказываемые критерии таких исков (для «воздействия на восприятие права истца нарушителем и окружающими») кажутся довольно невнятными, а если учесть еще, что «негаторный иск можно заявить при владении вещью истцом», тогда как «иск о признании может быть заявлен независимо от нахождения спорной вещи у истца, ответчика или третьих лиц»², то сфера действия этого средства оказывается крайне широкой и неопределенной.

Кроме того, иски о признании права (и не только права собственности) не ограничены возражением об исковой давности, причем не в силу ст. 208 ГК. Ведь это возражение может быть выдвинуто ответчиком не раньше, чем обосновано нарушенное право истца. Но если весь спор сводится только к выяс-

¹ Есть понимание «восстановления прежнего положения» в смысле «восстановления права собственности». Однако такая форма защиты, как восстановление права, закону не известна. Восстановление положения охватывает только фактическую сторону отношений, т.е. владение, а не права на имущество.

² Люшина А.В. Защитные возможности негаторного иска // Закон. 2007. № 2. С. 148. Гораздо более осторожный подход к иску о признании права собственности, продемонстрированный М. Ероховой, я бы отнес на счет того, что ее позиция отражает реакцию на не самую благополучную судебную-арбитражную практику, с которой она соприкасается по работе.

нению вопроса о наличии у истца самого права, то ответчик просто не имеет ни фактической возможности, ни формального основания заявить о пропуске срока давности.

Понимая эту связь, истец намеренно пытается сначала заявить иск о признании за ним материального права, а затем иными средствами, в том числе самоуправно, получить имущество (иногда имущество уже захвачено к моменту обращения в суд). Поэтому на самом деле защита против подобных исков должна состоять в указании на отсутствие у истца права на иск о признании за ним права собственности (как, впрочем, и иного права), поскольку его действительный интерес состоит, скажем, в получении владения вещью.

Точно так же злоупотребление иском о признании права собственности может состоять в намерении лишить ответчика возражения о доброй совести.

Ограничение и вытеснение из практики исков о признании права собственности могли бы состоять в установлении такого правила, согласно которому в каждый спор о признании права собственности обязательно должен привлекаться владелец спорного имущества. Думаю, что при таком, совершенно естественном, подходе число таких исков значительно сократилось бы за счет тех, которые сегодня предъявляются злонамеренно.

Понимая, что иск о признании права собственности должен вызывать особую осторожность суда, мы можем заметить, что в ряде случаев необходимость оспорить право другой стороны вытекает из сущности спора. Если, скажем, ответчик по виндикационному иску видит, что право истца на спорное имущество получено с пороками, ответчик не имеет другой возможности сформулировать свои возражения против иска иначе, как в форме встречного иска, если речь идет о праве, которое зарегистрировано на имя истца. Ведь суд даже при самых убедительных доказательствах, представленных ответчиком, не сможет отрицать в своем решении право собственности истца, пока оно зарегистрировано. Не станет суд и аннулировать регистрацию по собственной инициативе при обнаружении ничтожности сделки, так как такое последствие недействительности сделки не указано в законе и суд не может применить его по своей инициативе, пользуясь нормой ст. 166 ГК, даже в публичном интересе.

Здесь, однако, возникает вот какое осложнение.

Оспаривание права другого лица по ст. 12 ГК РФ возможно только в одной форме — посредством иска о признании этого права за собой. Но есть немало случаев, когда сторона спора видит, что у противника права не имеется, но сама этого права тоже иметь не может.

Например, государственное учреждение требовало выселения общественной организации из занимаемого помещения виндикационным иском. Истец ссылаясь на свое право оперативного управления, зарегистрированное в ЕГРПН. Между тем по обстоятельствам дела было видно, что спорное помещение занималось ответчиком последние 15 лет, поэтому оно никак не могло быть передано в порядке ст. 299 ГК истцу, созданному позже того срока, когда ответчик занял помещение. Кроме того, истец представил акт получения здания от прежнего федерального собственника, датированный днем, когда в районе здания были волнения с участием военных соединений и никакой передачи здания по акту приема-пе-

редачи просто не могло быть. (Владение, как выше говорилось, может быть только мирным, спокойным, таким оно должно и передаваться.)

Учитывая порочность получения истцом права оперативного управления, ответчик заявил иск об отсутствии у него права. Понятно, что здесь невозможен иск о признании права оперативного управления за ответчиком: ни формально, ни по обстоятельствам дела он никак не мог бы претендовать на это право. В то же время простое указание на порочность права в рамках защиты против виндикационного иска не давало никакого эффекта: суд был не вправе отказать истцу в виндикационном иске по мотиву отсутствия у него права на помещение, пока имеется регистрация этого права в ЕГРПН.

Очевидно, что иск об отсутствии права не предусмотрен ст. 12 ГК¹. В то же время практика заявления исков о «признании права недействительным», получившая в последнее время распространение, имеет еще меньше оснований². Во-первых, такого иска также нет в ст. 12 ГК. Во-вторых, право вообще не может быть действительным или недействительным. Это только юридические факты могут утрачивать действие (в случаях, указанных в законе). Но право никак не может утратить действие, раз возникнув.

Тем не менее, поскольку количество исков «о недействительности права» нарастает и никакого намерения судов отказать от рассмотрения таких исков не заметно, предпочтительнее признать возможность предъявления иска об отсутствии права вместо совершенно неприемлемого спора о «недействительности права». Условиями предъявления такого иска должна быть необходимость защиты прав истца. Учитывая те опасности, которые вообще сопряжены с исками о признании вещного права, я бы допускал предъявление таких исков только в качестве встречных. Во всяком случае иском об отсутствии права истец должен защищаться от наличных, уже совершенных или совершающихся действий ответчика, основанных на спорном праве. Ни в коем случае право на иск об отсутствии права у другого лица не может обосновываться возможными в будущем или предполагаемыми нарушениями.

Есть широко распространенное мнение, что спор определяется пожеланиями истца и он по своему усмотрению выбирает, с кем спорить о праве собственности. Иногда это мотивируется необходимостью «внести ясность в права», хотя практически подобные произвольные иски только усиливают юридическую неясность. Между тем нарушенный интерес (а тем более право) и вытекающее из него право на иск — понятия объективные, а не субъективные, они подлежат выяснению и доказыванию.

Соответственно и спор существует объективно только в силу того, что определенное лицо (обычно владелец имущества) открыто ведет себя как собственник в отношении третьих лиц. Причем поведение в качестве собственника без владения —

¹ Часто заявляют, что иском об отсутствии права защищается не право собственника, а его интерес (см.: *Люшня А.В.* Признание права собственности как способ защиты гражданских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 9–10). Для нас важно, что субъектом защиты автор полагает все же только собственника. Однако, как видно, существуют ситуации, когда для целей защиты собственных прав и интересов право другого лица вынужден оспаривать не собственник.

² Критику этой практики см.: *Ланач В.* Проблема оспаривания права // *Хозяйство и право.* 2007. № 2.

роль трудноисполнимая, если вообще возможная (исключением может служить лишь регистрация в качестве собственника). Следовательно, только в споре с таким лицом может происходить установление права собственности, и в любом случае стороной этого спора должен быть владелец, владеющий имуществом как своим¹.

Иск об отсутствии вещного права у другого лица должен заявляться владельцем, причем получившим вещь законным способом, без насилия или самоуправства.

РЕЖИМ СТРОЕНИЯ, ВОЗВЕДЕННОГО НА СПОРНОМ ЗЕМЕЛЬНОМ УЧАСТКЕ

Как уже говорилось, негаторный иск, в отличие от виндикационного, может состоять в требовании сноса строения. Это сближает проблематику негаторной защиты и вопросы самовольного строительства. Среди таких вопросов – режим строения, возведенного на земельном участке вопреки воле собственника.

В последнее время нередко возникают споры, связанные с предоставлением земельных участков под дачное или жилищное строительство. Их причина – нарушение компетенции органами местного самоуправления, выразившееся в распоряжении в 90-х гг. XX в. (реже – в более позднее время) землями, принадлежащими Российской Федерации или субъектам РФ. К моменту рассмотрения спора судом, как правило, истекли трехлетние сроки исковой давности.

В связи с этим определенную популярность приобрела идея квалификации возведенных построек как самовольных. Как известно, к искам о сносе самовольных построек сроки исковой давности не применяются.

Ситуация требует более глубокого рассмотрения.

Итак, обстоятельства одного из споров таковы.

Земли, находившиеся в ведении федерального учреждения, были переданы решением этого учреждения органу местного самоуправления для дальнейшего распоряжения. Земельные участки были предоставлены физическим лицам в качестве дачных, в дальнейшем там были выстроены с соблюдением всех предусмотренных процедур строения, право собственности на которые внесено в ЕГРП. Почти все участки со строениями были перепроданы, и к моменту возникновения спора с каждым из них было совершено две-три сделки. Судом были признаны незаконными решения органа местного самоуправления о предоставлении земельных участков. После этого были заявлены иски об их истребовании.

Однако земельных участков в том виде, как они предоставлялись, уже не существует. Участки благоустроены, к ним подведены коммуникации, дороги, они застроены, на них имеются строения.

Поскольку и ГК РФ, и ЗК РФ не позволяют отождествить объект недвижимости только с земельным участком (тогда строения выступали бы как его улучшения), но рассматривают как единое целое участок и строения с сооружениями, мы должны прийти к выводу, что налицо новый объект права – объект недвижимости, не тождественный прежнему земельному участку. С этой точки зрения ни реституция его в порядке ст. 167 ГК, ни виндикация в порядке ст. 302 ГК невозможны.

¹ Подробнее см.: *Скловский К.* Об условиях предъявления иска о признании права собственности // Вестник ВАС РФ. 2008. № 1.

Было передано определенно не то имущество, которое теперь истребуется. К такому же выводу приводит и тот факт, что прежде имевшийся у истца земельный участок разделен. Раздел – это появление новой вещи, а следовательно, утрата, исчезновение прежней¹.

Тем более серьезные сомнения вызывает вопрос о возможности предъявления иска о сносе построек (включая демонтаж коммуникаций и разрушение дорог) как самовольных. В обоснование такой квалификации иногда ссылаются на то, что строение возведено на земельном участке, не отведенном для этих целей в установленном законом порядке (ст. 222 ГК). Под отсутствием отвода земельного участка понимаются действия органа местного самоуправления, принявшего решение о предоставлении земельного участка, в отношении земли, не находящейся в муниципальной собственности, и при отсутствии обращения органа исполнительной власти о предоставлении земельного участка (на возможность такого обращения, т.е. известного делегирования полномочий, указывает, например, ст. 31 ЗК). Сразу нужно заметить, что ст. 222 ГК говорит именно о том, что земельный участок не отведен, но не о нарушении порядка выделения (предоставления) земли. Расширительное толкование здесь очевидно лишено законных оснований, так как законодатель ясно очерчивает пределы действия нормы ст. 222 ГК. По общим правилам не подлежат расширительному толкованию нормы, устанавливающие ответственность и ограничивающие права. Направленность нормы ст. 222 ГК именно на ограничение (лишение) прав и определение ответственности вполне очевидна. Следовательно, если орган местного самоуправления или исполнительный орган государственной власти примет решение о предоставлении земельного участка, то невозможно говорить о том, что участок не выделен. А это значит, что для целей ст. 222 ГК наличия решения органа местного самоуправления либо исполнительного органа государственной власти о предоставлении земельного участка под строительство независимо от права собственности на выделяемый участок достаточно, чтобы исключить квалификацию действий застройщика как самовольную постройку (не будем обсуждать другие признаки самовольного строительства – отсутствие необходимых разрешений и существенное нарушение градостроительных и строительных норм и правил).

Самовольная постройка квалифицирует именно действия застройщика, нарушающего установленную процедуру, но эта норма ни в коем случае не может быть применена к действиям публичных органов, поскольку они не относятся к деятельности по застройке.

Высказанный тезис нельзя понимать в том смысле, что застройщик не несет ответственности за всякие нарушения и злоупотребления, совершенные при проектировании и строительстве, только потому, что они совершены не им, а публичными органами. Это не так. Если, скажем, выдано разрешение на строительство в зоне, где строительство запрещено по экологическим, санитарным и подобным причинам, то сам по себе факт согласования строительства компетентным органом не исключает последующего аннулирования этого согласования. В этом случае застройщик вправе устранить допущенные нарушения (такое право застройщика

¹ Этот вопрос рассматривался выше.

вытекает из общего назначения средств защиты в частном праве, которые направлены на восстановление нарушенных прав, а не на наказание виновных, тем более что последствия самовольного строительства нельзя полностью отождествлять с ответственностью). Если они неустраняемы, то строение подлежит сносу. То же самое можно сказать и об ошибочных или незаконных по содержанию разрешениях и согласованиях в сфере соблюдения иных градостроительных или строительных норм.

Если здание фактически пожароопасно, опасно для жизни граждан по другим основаниям, то любые полученные согласования не могут изменить этот факт, нужно или устранять нарушения пожарных и прочих правил, или сносить здание.

Но другое дело, когда речь идет о правах на земельный участок. Здесь строительство тесно соприкасается с нормами об имущественных правах, об обороте имущества. Публичные запреты, действующие в сфере градостроительства, сосредоточены в сфере публичного контроля за соблюдением режима земельного участка, учета интересов населения, которые могут быть затронуты строительством, и т.п. (ст. 31 ЗК). Что касается самого предоставления земельного участка, то это действие, как и любое действие по передаче имущества, не может не иметь природы сделки, договора. На это прямо указывается в п. 7 ст. 30 ЗК: решение о предоставлении земельного участка под строительство является основанием для заключения договора купли-продажи или договора аренды. Иными словами, передача земельного участка — это всегда договор. Даже если бы не было правила п. 7 ст. 30 ЗК, никакая иная квалификация действия, в силу которого одно лицо получает имущество в собственность или аренду от другого лица, кроме квалификации в качестве договора невозможна.

Но если передача земельного участка — это всегда договор независимо от того, говорится ли об этом прямо в законе и даже независимо от наличия письменного документа¹, то и последствия этой передачи подчиняются всецело правилам гражданского права.

В частности, если договор признается недействительным по мотиву распоряжения чужим имуществом, то наступают известные последствия, описанные в ст. 167 ГК; если земельный участок занят лицом, заключившим договор с органом местного самоуправления (исполнительным органом государственной власти), и стал предметом последующих сделок — еще и предусмотренные ст. 302 ГК.

Следовательно, в любом случае требования собственника (как частного, так и публичного), обоснованные тем, что орган местного самоуправления или государственной власти предоставил земельный участок с нарушением его права собственности, будут наталкиваться на все известные из закона ограничения, которые установлены для защиты оборота имущества: наличие добросовестности на стороне владельца, истечение исковой давности, утрата идентичности имущества.

Теперь становится более ясной и возможность заявления требования о сносе. Поскольку собственник не может вернуть себе имущество, он не вправе любым образом предписывать владельцу какие-либо действия с этим имуществом. Если речь идет о самовольном строительстве, то требования о сносе могут заявляться исключительно публичным органом и только в публичных интересах, тогда как защита

¹ Отсутствие формального договора чаще встречается в соглашениях между собственником участка и застройщиком, так или иначе участвующим в строительстве вместе или наряду с собственником.

собственности, в том числе и публичной, — это защита частного интереса. Понятно, что требования о сносе строения могут заявляться не собственником, а органом местного самоуправления без всякой связи с правом собственности на земельный участок и могут быть мотивированы только публичным интересом: нарушением градостроительных и иных норм, угрозой жизни и здоровью граждан, искажением архитектурного ансамбля (в случае отступления от утвержденного проекта) и т.п.

Собственник не может, повторюсь, требовать сноса строения лишь по мотиву нарушения его права собственности. Только в случае захвата земли застройщиком (что и происходит при *отсутствии* предоставления земельного участка) собственник вправе требовать сноса самовольной постройки, находясь при этом на своем земельном участке. Если же он утратил так или иначе владение участком, он должен прежде восстановить владение. В случае захвата это облегчается тем, что объект выбыл из его владения помимо его воли и отказ в виндикационном иске может быть обоснован только пропуском срока исковой давности. Стало быть, только неосмотрительное, нерачительное поведение собственника земельного участка способны поставить его в такое положение, когда захваченный у него против его воли участок окажется самовольно застроенным, а он утратит возможность его истребования.

Если собственник сам передал владение участком застройщику либо дал согласие иному лицу (органу) на передачу участка застройщику, то возникают, как уже говорилось, договорные отношения, которые не могут регулироваться нормой ст. 222 ГК.

Получатель земельного участка может, конечно, понимать, что он получает землю в обход тех или иных правил. Но его недобросовестность не важна, пока земля остается у него. Ведь истребоваться от него она может только по правилам ст. 167 ГК, не учитывающим ни вину, ни добросовестность.

А если участок уже стал предметом ряда сделок, он может истребоваться лишь в рамках ст. 301–302 ГК; тогда добросовестность приобретателя определяется по общему правилу: ему достаточно убедиться в том, что продавец (иной отчуждатель) земельного участка значится его собственником по данным ЕГРП, т.е. законно получил участок. Теоретически можно допустить, что и в этом случае приобретатель не будет считаться добросовестным, если истец докажет, что он не мог не знать о незаконности предшествующих сделок с данным участком. На практике, однако, доказать это почти невозможно: при неясности статуса земель, отсутствии полной и достоверной информации об их истории, постоянных изменениях закона предполагать у участников оборота твердое понимание незаконности сделок, признанных регистратором и санкционированных внесением прав в ЕГРП, конечно, нет оснований.

Резюмируя изложенное, можно сказать, что:

— установление незаконности решения органа местного самоуправления (исполнительного органа государственной власти) о предоставлении земельного участка не дает собственнику участка (как публичному, так и частному) средств защиты собственности, отличных от указанных в гл. 20 ГК РФ (ст. 301, 302);

— недействительность сделки по предоставлению земельного участка, состоящая в нарушении прав собственности, не тождественна отсутствию отвода участка

под строительство, о котором говорится в ст. 222 ГК, и потому не позволяет квалифицировать поведение застройщика как самовольную постройку.

В виде общего правила можно заметить, что в основании самовольного строительства всегда лежит публичный деликт — самоуправное занятие земельного участка¹, нарушение градостроительных норм и т.д. Но частный деликт, нарушение частных прав, права собственности не влекут квалификацию строительства как самовольного. Тем более не влечет признание строительства самовольным недействительность сделки по получению земельного участка независимо от того, считаем мы эту сделку частным правонарушением или нет (по этому вопросу, как известно, давно идет дискуссия, достаточно, впрочем, отвлеченная).

Тот факт, что в основании квалификации строительства как самовольного лежит публичный деликт, не означает, как уже говорилось, того, что механизм ст. 222 ГК является формой ответственности. Здесь, в отличие от ответственности, не важны ни сроки, ни вина, ни даже факт личного нарушения владельцем строения публичных норм (именно поэтому отчуждение строения не прекращает действия нормы ст. 222 ГК). Можно говорить скорее о том, что строительство, начавшееся с публичного деликта, порочно. В отдельных случаях этот порок, как уже говорилось, может быть исправлен; в случаях его неустранимости действие нормы ст. 222 ГК не может быть устранено.

В любом случае собственник не вправе требовать сноса самовольно возведенного строения и уничтожения сооружений, дорог и прочих улучшений в порядке защиты собственности, если он лишен юридической возможности восстановить владение земельным участком. Требование о сносе в этой ситуации может заявлять только публичный орган, ссылаясь на соответствующий публичный интерес. Такое требование не может быть связано с истребованием земельного участка.

Эти выводы не означают, однако, всякого отсутствия юридических последствий при обнаружении нарушения права собственности при предоставлении земельного участка.

Во-первых, владелец участка после квалификации договора, по которому он приобрел участок, как недействительного получает статус незаконного владельца и при наличии добросовестности занимает позицию владельца для давности (ст. 234 ГК РФ). Незаконность владения лишает его распорядительных прав в отношении участка и тем самым строения (поскольку оно не может быть отчуждено отдельно от прав на участок)². При недобросовестности владельца участок может быть от него истребован, если не истек срок исковой давности, исчисляемый с момента утраты публичным органом (соответствующим юридическим лицом) владения³, и не потеряна идентичность объекта недвижимости.

¹ Можно указать, например, на ст. 7.1 КоАП. Нормы об имущественной ответственности за самовольное занятие земельного участка содержатся также в ст. 76 ЗК. Эта норма специально говорит о «гражданах, виновных в указанных земельных правонарушениях».

² Этот вопрос подробнее рассматривался выше.

³ В практике встречаются многочисленные попытки считать исковую давность для истребования недвижимости иначе — с момента заключения договора, с момента внесения права собственности (вещного права) в ЕГРП, с момента учреждения юридического лица, которому объект передается на вещном праве, и т.д. Все эти варианты не соответствуют закону. Только момент утраты владения объектом собственником или законным владельцем (в том числе момент исполнения недействительной сделки)

Во-вторых, собственник получает право на взыскание убытков с органа (лица), нарушившего его право собственности. Высказываемое иногда предложение взыскивать убытки с органов местного самоуправления, издавших незаконные акты, в пользу изгнанных незаконных владельцев представляется лишенным юридической почвы: права незаконных владельцев эти органы не нарушали. Да и гражданских прав у незаконного владельца нет: у него только в будущем, по истечении срока давности, может возникнуть право собственности на участок.

является тем моментом, с которого начинает течь исковая давность для истребования объекта. Понятно, что предположение о том, что собственник (законный владелец) не мог знать об утрате владения недвижимостью, крайне сомнительно и едва ли может быть принято всерьез.

ГЛАВА 22

О ПРАВАХ ВЛАДЕЛЬЦА НА ПЛОДЫ И ДОХОДЫ

Вопрос о праве владельца на плоды и доходы, приносимые чужой вещью, а значит, и о возможности предъявления собственником владельцу требований из неосновательного обогащения остается вне текущей практики и почти не замечается теорией.

Такие особенности нашего позитивного права, как выпадение из него не только владельческой защиты, но и самого понятия владения, заставляют ожидать, что этот вопрос может поставить в затруднительное положение тех юристов, которые все же решатся привлечь к решению текущих задач немалый потенциал этого института.

Учитывая неразработанность темы, можно попытаться обрисовать лишь самые общие подходы к проблеме, опираясь в большей степени на доводы справедливости и классику, чем на действующее гражданское законодательство.

Известно, что римское право не отличается последовательностью подхода к этой проблеме. Юлиан полагал, что «если кто-либо владел целиком заведомо чужим имением, то он не делал бы плодов своими ни в какой части, каким бы образом ни был произведен посев». Иное следует сказать о добросовестном владельце, который «имеет при извлечении плодов такое же право, какое предоставлено собственникам... Добросовестный покупатель произвел посев, и до того, как он собрал плоды, он узнал, что имение является чужим; спрашивается: делает ли он плоды своими в силу извлечения (плодов)? Я ответил: в отношении извлечения плодов добросовестный покупатель должен быть признаваем таковым, пока имение не будет отсуждено; ибо и чужой раб, которого я добросовестно куплю, до тех пор приобретает для меня, используя мое имущество или свой труд, пока он не будет отсужен от меня»¹.

Видно, что утрата права на плоды, которого недобросовестный владелец ни в каком случае не имеет, увязывается не с утратой добросовестности, а с отсуждением вещи; для смягчения противоречия (ведь, как уже говорилось, когда шла речь о приобретательной давности, после начала процесса никто не может считаться добросовестным) предложено считать добросовестность сохранившейся «в отношении извлечения плодов», пока вещь не будет отсуждена.

С позиций здравого смысла такой подход, не отличающийся ни логикой, ни справедливостью, может быть оправдан лишь тем, что утрата владельцем права на плоды с момента обнаружения действительного собственника, заявившего о своем праве путем предъявления иска, приведет к тому, что владелец потеряет и стигматизацию к какому-либо хозяйственному использованию вещи.

Заметно, что в отношении чужого раба высказывания более категоричны (не случайно ведь и Юлиан в указанном фрагменте решает коллизию, связанную с извлечением плодов с чужого участка, привлекая аналогию с чужим рабом, анало-

¹ Дигесты. 22.1.25. С. 358–359.

гию, которую Л. Петражицкий охарактеризовал как «ничего не доказывающую»¹): «Если раб находится в обладании одного *in bonis*, а другого — по праву квиритов, то по всем законным основаниям через того раба приобретает только для того, кому он принадлежит *in bonis*»².

Но при узуфруктуарии на раба, когда расщеплялся узуфрукт и *proprietas*, было другое правило: «Все, что они приобретут с помощью наших вещей или своими собственными работами и трудами, — все это идет в нашу пользу, а что они получают всякими другими способами приобретения, принадлежит господину *proprietas*»³.

Можно указать и на обязанность залогодержателя зачислять плоды от переданной в залог вещи в счет долга залогодателя, но при этом нужно учесть, что залогодержатель не мог использовать вещь в своем хозяйстве обычным образом.

Однако заметное в позиции Юлиана, когда он допускал присвоение плодов уже после обнаружения истинного собственника (а значит, и утраты добросовестности), вплоть до отсуждения вещи, отклонение от главной идеи, в которой может быть найдено правовое основание приобретения плодов, — от идеи вознаграждения рачительности добросовестного владельца, конечно, не могло не вызывать сомнений у классиков.

Именно так следует воспринимать открыто ревизирующий суждение Юлиана вопрос Павла, творившего спустя столетие после него: «Спрашивается, если я в то время, когда мне передается вещь, полагаю, что она является собственностью продавца, а затем узнаю, что она чужая, приобретаю ли я плоды, раз продолжается приобретение вещи по давности?» И далее Павел сочувственно излагает суждение Помпония, который проводит различие между продолжаемым владением для давности и утратой добросовестности, ведь «приобретение по давности относится к праву, то же, что кто-то владеет в доброй совести или нет, — к факту»⁴.

Известные противоречия римских юристов позволили В.М. Хвостову заметить, что «начало собственности» даже добросовестного владельца на плоды не было «проведено вполне последовательно»⁵.

Не возражая против того, что ряд суждений классиков о праве на плоды владельцев не находится в строгой логической связи с общими представлениями о собственности, Л.И. Петражицкий выводит из «сопоставления источников» положения, которые можно принять как достаточно утвердившиеся:

«1. Если вещь находится у добросовестного владельца, то ее собственник не приобретает права собственности на плоды.

2. Поэтому не возникает закладного права на плоды, если вещь была заложена собственником.

¹ *Петражицкий Л.И.* Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. СПб., 1902. С. 218.

² *Гай.* Институции. 2, 88. С. 109.

³ «...что постановлено об узуфруктуарии, то же самое касается и добросовестного владельца» (*Гай.* Институции. 2, 91.2.92. С. 110–111).

⁴ *Дождев Д.В.* Римское частное право: Учебник. М., 1996. С. 369. Комментируя эти различия во взглядах, Л. Петражицкий отмечает, что ко времени Павла и Ульпиана мнение Помпония, отказывающего при наличии соответствующих обстоятельств (прежде всего, конечно, при предъявлении иска собственником) в добросовестности владельцу несмотря на продолжение владения для давности, «было уже признано как более правильное» (*Петражицкий Л.И.* Указ. соч. С. 23).

⁵ *Хвостов В.М.* Система римского права. М., 1996. С. 247.

3. Третьи лица, покупающие плоды у добросовестного владельца, приобретают собственность. Это означает, само собою, что третьи лица могут приобретать от добросовестного владельца и другие вещные права на плоды».

Против добросовестного владельца не может быть в отношении плодов «самостоятельной rei vindicatio, если они еще существуют у добросовестного владельца или у его сингулярного преемника, ни предметом *condictio*, если они потреблены... недобросовестный владелец, в противоположность добросовестному, *fructus suos non facit*, поэтому плоды, не потребленные им, могут быть предметом самостоятельной rei vindicatio, потребленные — предметом *condictio*»¹.

Основанием приобретения плодов является обобщающая позиция владения вещью *pro suo*, но недобросовестный владелец никогда не может считать, что он владеет вещью как своей.

Далее Л. Петражицкий делает следующий вывод: «...приобретение плодов не есть дрящее состояние, а ряд самостоятельных актов, из коих каждый требует *bona fides*»².

Обсуждая особенности присвоения гражданских плодов (арендной платы и др.), автор присоединяется к тем романистам, которые подчиняли их общим правилам и рассматривали получение таких плодов как способ использования вещи, а все использованные (потребленные) плоды не могут быть отсуждены собственником, пока налицо добросовестность владения³.

Конечно, германская юриспруденция не могла не сформулировать различных теорий для объяснения возникновения у добросовестного приобретателя права на присвоение плодов.

Савиньи (а также Виндшейд и др.) считал, что в силу общих начал «можно было бы заставить добросовестного владельца возратить не принадлежащие ему плоды посредством виндикации наличных и кондикции ценности потребленных плодов. От этого римское право освободило добросовестного владельца в виду затраченных им трудов и забот (*cultura et cura*) на производство плодов»⁴.

Против этого суждения выдвигаются обычно возражения, что, во-первых, присваиваются не только плоды, на которые затрачен труд (*fructus industriales*), но все плоды, а во-вторых, тогда излишним и даже лишенным смысла оказывается условие *bona fides*⁵, причем Л. Петражицкий считает такую критику «слишком неполною и снисходительною», а теорию *cultura et cura* «наивной и примитивной»⁶.

Вангеров (эта теория восходит к известной концепции владения как фикции собственности, сформулированной Иерингом) допускал фикцию собственности на

¹ Петражицкий Л.И. Указ. соч. С. 9–10.

² Там же. С. 18, 24.

³ Там же. С. 34–37.

⁴ Там же. С. 49. Возникшая на этой почве господствующая в германском праве начала XX в. трудовая теория увязывала *cultura et cura* с добросовестностью как бесспорным основанием права на плоды, утверждая, что для присвоения плодов необходим только «честный труд». Недобросовестному, нечестному владельцу, конечно, такой труд недоступен (Там же. С. 115–116).

⁵ Этот аргумент об «утрате значения *bona fides*», впрочем, нельзя признать попавшим в цель: ведь добросовестность всегда имеет смысл лишь постольку, поскольку противопоставляется праву, вплоть до того, что становится средством отобрания титула собственности. Но ведь Савиньи и его последователи как раз и говорят о такой мыслимой конструкции, когда собственнику дается право на плоды в любом случае; это само собой приводит к утрате юридического значения добросовестности.

⁶ Петражицкий Л.И. Указ. соч. С. 83–84.

плоды у добросовестного приобретателя. В этом случае, замечает Л. Петражицкий, непонятно, на каком основании не компенсируются потребленные плоды, когда выясняется действительный собственник и фикция тем самым опровергается¹.

Следует согласиться с замечанием Л. Петражицкого и в том, что обоснование возникновения права на плоды истечением давности не увязывается с правом истребования сохранившихся к моменту утраты добросовестности наличных плодов (*fructus extantes*), хотя в их числе могли бы находиться и уже узукапированные (приобретенные по давности)². Он подытоживает свою критику следующим образом: «...основание института не следует искать во владении в виде собственности, в давностном владении, в *titulus verus* или *putativus*, в *cultura et cura*, в отличие *fructus industriales* от *naturales*, в интересах третьего приобретателя, в небрежности собственника, потому что присутствие или отсутствие этих обстоятельств остается без влияния на институт»³.

Впрочем, критика любой конструктивной теории здесь имеет заведомые преимущества именно ввиду уже отмеченной непоследовательности классиков в данном вопросе. Л. Петражицкий мог сам в этом убедиться, когда опубликовал собственное объяснение института, хотя он и вышел при этом в значительной степени за пределы соотношения чисто юридических категорий.

Автор объясняет приобретение права на плоды от чужой вещи за счет собственника добросовестным владельцем с позиций хозяйственной целесообразности: владелец, полагая вещь своей, сознательно включает ее в сферу своей хозяйственной деятельности, и это планирование его хозяйства уважается правом, ведь иначе пришлось бы разрушать живой хозяйственный организм; соответственно недобросовестный владелец, т.е. знающий, что пользуется чужой вещью, не признается в качестве такого уважаемого хозяина. Л. Петражицкий при этом натолкнулся на критику, главным образом указывающую, что в такой теории противопоставляются, а иногда смешиваются интересы частного и народного хозяйства. Еще более «вязкая» полемика идет вокруг недостаточности обоснования автором права собственника на изъятие наличных плодов. Для наших целей, впрочем, достаточно указать на еще одно объяснение известных римскому праву норм, не стремясь найти окончательное примирение их в тех пунктах, которые обнаруживают непоследовательность.

Эта непоследовательность объясняется возникновением известной в праве ситуации нарушения одного из принципов собственности, в данном случае — права собственника на плоды от своей вещи. По справедливости плоды от вещи принадлежат собственнику, то же следует и из общих положений закона.

Для того чтобы дать возможность владельцу правомерно присвоить плоды и доходы от вещи, какими бы доводами она не мотивировалась, нужно отклониться от этого принципиального положения. А для этого необходима специальная норма, выступающая как изъятие из общих правил.

Как замечает по этому поводу Э. Шраге, «обогащение не является несправедливым, если оно выступает результатом действия правового акта», поэтому неспра-

¹ Петражицкий Л.И. Указ. соч. С. 53–54.

² Там же. С. 53

³ Там же. С. 118.

ведливым не считается обогащение добросовестного владельца, присваивающего плоды от вещи, которой он владеет, поскольку оно санкционировано правом¹.

Автор, в частности, приводит нормы ст. 3:120 ГК Нидерландов: «Отделяемые естественные плоды и неотделяемые гражданские плоды принадлежат добросовестному владельцу»².

Аналогично правило § 955 ГГУ, которое, защищая право на плоды добросовестного приобретателя, содержит и ограничение для недобросовестного, если он «в момент приобретения владения действовал недобросовестно или до отделения (от вещи) узнал о недостатке права». (Отметим весьма существенную для нашей темы дискретность самого права на плоды и доходы, т.е. возникновение его каждый раз в момент получения дохода снова; соответственно и добросовестность должна обсуждаться применительно к моменту получения дохода, как это прямо и сформулировано в § 955 ГГУ.) Следовательно, в отсутствие прямого указания закона это единственное основание справедливости отпадает.

Следует обратить внимание на уступительную интонацию высказываний Э. Шраге и даже на сам факт, что он посчитал необходимым обсуждать справедливость присвоения плодов владельцем и нашел основания ее только в позитивном праве.

На этой почве попробуем сформулировать очертания проблемы в нашем праве.

Касааясь защиты владения, мы приводили пример получения квартиры добросовестным приобретателем по возмездной сделке, которая оказалась ничтожной. Результатом исполнения этой сделки стало то, что недееспособный Борисов утратил владение квартирой, в которой проживает приобретатель Жуковская. Надзорная инстанция рекомендовала суду найти способ восстановления сторон в первоначальном положении, хотя очевидно, что если рассматривать вариант возвращения квартиры Борисову, то в рамках реституции это невозможно, во-первых, потому, что Борисов не являлся стороной в сделке с Жуковской, а во-вторых, Борисов не в состоянии, как можно судить, вернуть Жуковской имущество, которая она передала по ничтожной сделке.

Возникает вопрос: возможно ли заявление Борисовым иска к Жуковской в сумме неосновательного сбережения ею имущества (в данном случае в размере арендной платы за проживание в квартире)? В случае положительного ответа на этот вопрос очевидно, что Жуковская, равно как и любой иной добросовестный приобретатель, встав перед обязанностью выплачивать постоянно возникающее неосновательное сбережение имущества, оказывается в позиции, создающей у нее стимул со своей стороны требовать реституции от другой стороны в своей сделке (а последняя в свою очередь уже может оказаться в досягаемости иска о реституции со стороны Борисова (собственника) !). Здесь, следовательно, заложен механизм, который мог бы задействовать активность, не затрагиваемую иным образом, и тогда сами стороны найдут способ восстановления первоначального положения, который недопустен суду в рамках ст. 166–167 ГК³. Иными словами, поиски справедливого решения подкрепляются и доводами целесообразности.

¹ Шраге Э. Несправедливое обогащение // Правоведение. 1997. № 3. С. 82.

² Там же. С. 79.

³ Здесь, стало быть, имеется один из ресурсов для подкрепления той, в конечном счете защищаемой целостности системы гражданского права, критики, которая направлена против концепции рас-

Положительный ответ на этот вопрос возможен, если верно, что незаконный владелец не имеет права на извлечение доходов от полученного имущества полностью или в части.

В первую очередь необходимо дать оценку средствам, предоставляемым позитивным правом.

Закон, как известно, говорит о расчетах по возврату вещи в контексте истребования самой вещи, хотя и не имеется запрета на независимое истребование доходов, не затрагивая приносящей плоды вещи.

Можно согласиться с ограничительным толкованием нормы ст. 303 ГК об истребовании доходов от вещи от незаконного ее владельца исключительно в том смысле, что иск об истребовании доходов возможен только «при истребовании имущества» и никак иначе, если не найдем в праве возможных случаев, когда эти иски заявляются независимо один от другого. Но даже беглого взгляда достаточно, чтобы убедиться в том, что такие ситуации разделения исков вполне предсказуемы.

Во-первых, очевидно, что никто не может предписать истцу соединять иски, если он имеет право на каждый из них, и они не исключают друг друга. Значит, собственник вправе в любой момент заявить отдельный иск об истребовании доходов. Можно сослаться на такого авторитетного юриста, как Виндшейд, который прямо указывал, что поскольку существует право собственника на плоды, он «может предъявить отдельную *rei vindicatio* по поводу плодов независимо от *rei vindicatio* по поводу главной вещи»¹, если бы столь очевидные умозаключения нуждались в поддержке авторитетов.

Но существуют доводы и более прагматические. Представим случай, когда по причине значительной стоимости вещи истец не имеет возможности оплатить пошлину при подаче иска об истребовании вещи, а судом ему отказано в отсрочке ее уплаты, либо весь интерес собственника состоит именно в получении дохода: например, у него незаконно изъят магазин, приносящий регулярный доход.

Наконец, если собственник ожидает отказа в виндикационном иске по мотивам пропуска срока исковой давности, он может ограничиться только взысканием дохода, ведь доход присваивается незаконным владельцем не в момент завладения капитальной вещью, а, как уже отмечалось, дискретно, в момент возникновения дохода, хозяйственного потребления вещи, значит, срок исковой давности в части дохода начинает течь позже.

Аналогичная ситуация возникает, если в виндикации будет отказано в связи с гибелью вещи или ее передачей третьим лицам; тогда истец вынужден взыскивать только доходы, ограничиваясь, конечно, периодом фактического владения вещью ответчиком.

Значит, нет сомнений в возможности предъявления собственником самостоятельного иска, основанного им на своем праве на доходы. Он может быть виндика-

ширения средств защиты собственности, доходящей до отказа от классической субординации исков и как следствие – от возможности заявления собственником иска в свою пользу из реституции (ст. 167 ГК), даже если он не является стороной в сделке. Впрочем, в настоящее время разграничение реституции и виндикации, как это говорилось выше, достаточно последовательно проводится арбитражной судебной практикой.

¹ *Петражицкий Л.И.* Указ. соч. С. 51.

ционным, но может быть и кондикцией, когда виндикация невозможна, поскольку между ними имеется несомненная связь (см., например, ст. 1103 ГК). Исходным пунктом их соотношения является, конечно, то, что, пока вещь находится во владении ответчика, его связь с собственником имеет суть вещного права, а значит, все требования могут заявляться только на базе виндикационного иска (*rei vindicatio*). И лишь при утрате вещи и отпадении тем самым вещного иска возникает внедоговорное обязательственное право.

Особенность же незаконного обогащения, отличающего его от иных форм неосновательного обогащения, состоит в том, что оно никак не увязано с возмездностью или безвозмездностью приобретения и даже вообще с тем, является ли получение вещи приобретением. Дело в том, что речь идет о чужой вещи, а не о присвоенной, обращенной должником по кондикции в собственность: как известно, кондикционное обязательство возникает и в случае получения должником вещи в собственность, но эта ситуация выходит за рамки обсуждаемых нами отношений собственника и незаконного владельца. Очевидно, что норма ст. 303 ГК действует равно и в отношении незаконного владельца, купившего вещь, и в отношении получившего ее в дар, и в отношении вора¹.

Следующим вопросом, который решается не без труда по причинам, коренящимся в российском законодательстве, является вопрос о том, имеет ли незаконный владелец право на плоды и доходы.

Мы уже говорили, что принципом собственности, на котором основана вся хозяйственная жизнь, поскольку хозяйствование выступает как эксплуатация имущества, т.е. извлечение из него плодов, является распространение права собственности не только на вещь, но и на все рождаемые ею плоды и доходы. В силу ст. 136 ГК плоды, продукция и доходы принадлежат лицу, которое использует имущество на законном основании (имеются в виду, конечно, собственник или законные владельцы). Следовательно, незаконный владелец не может получить права на доходы, если только это не будет прямо указано в законе в изъятие общей нормы.

Такое указание закона мы находим только для добросовестного владельца и только до момента сохранения им добросовестности (римская стадия процесса *litis contestatio* приравнена у нас к моменту получения повестки по иску о возврате имущества²), как это вытекает из ч. 1 ст. 303 ГК, хотя каково основание, *ratio* это-

¹ Точно так же и при применении норм ст. 1102, 1103 ГК к незаконным владельцам, извлекающим из чужой вещи доходы, возмездность приобретения и способ получения владения не имеют никакого значения для возникновения кондикционного обязательства, сказываясь только на (не)добросовестности, как об этом будет сказано далее.

² Е. Богданов полагает это классическое решение неверным, так как «и на момент получения повестки, и в суде приобретатель имущества (если он действительно добросовестный) считает, что именно он является собственником спорного имущества» (Богданов Е. Категория «добросовестности» в гражданском праве // Российская юстиция. 1999. № 9. С. 14). Думаю, однако, что отступать от классической конструкции все же нет причин. Добрая совесть означает, что владелец не только не знает, но и не может знать о незаконности владения. С момента получения повестки никак нельзя полагать, что владелец не может знать о незаконности владения, ведь собственник открыто заявил о себе. Значит, владелец уже только в силу получения повестки обязан проверить основания приобретения им вещи, а такое состояние несовместимо с доброй совестью. Если же истец не докажет права собственности, то норма ст. 303 ГК вовсе не действует, в том числе и в части исчисления срока утраты доброй совести, так как гипотеза ст. 303 ГК состоит именно в том, что собственником уже выиграна виндикация и речь идет о по-

го изъятия из общего правила — это отдельный вопрос, ведь нельзя считать таким основанием саму по себе добросовестность, т.е. неосведомленность незаконного владельца о действительной принадлежности вещи.

Только теперь мы подходим к тому вопросу, который был задан вначале: если незаконное владение налицо, но виндикация отпала или невозможна, а незаконный владелец утратил добросовестность, т.е. ему известен истинный собственник¹ (хотя это и не мешает, как уже подчеркивалось, давностному владению и последующему приобретению вещи по давности), то какие основания такой незаконный владелец может привести для правомерного присвоения плодов и доходов, приносимых вещью?

Утрата добросовестности затрагивает и сферу эксплуатации вещи. Можно вслед за Юлианом «признавать его таковым», т.е. считать владельца добросовестным применительно к хозяйственному использованию вещи, но это признание, конечно, не имеет почвы в законе, тогда как добрая совесть — вопрос произвола законодателя (Эннекцерус).

Здесь мы сразу сталкиваемся с острым конфликтом общих принципов собственности и направленными против них хозяйственными соображениями, о котором уже говорилось в других главах. С одной стороны, если исходить из нужд хозяйства, возложение на недобросовестного владельца обязанности передавать полученные доходы или сбереженное имущество собственнику может привести к утрате владельцем интереса к эксплуатации этого имущества². С другой стороны, признание за недобросовестным владельцем права на доходы от заведомо чужой вещи, являясь «беззастенчивым триумфом правонарушения над правом собственника, не может не оскорблять народного правосознания»³.

Ситуация, конечно, требует достаточно осторожного урегулирования, даже учитывая несомненную деградацию «народного правосознания». Цели такого урегулирования состоят, видимо, в том, что владелец не должен утрачивать интереса к нормальному использованию вещи. При этом нужно учесть, что эксплуата-

следствия выигранного процесса — расчетах при возврате отсужденного имущества. Конечно, было бы весьма странным полагать, что ответчик, проиграв виндикационный процесс, «считает, что именно он является собственником спорного имущества». Здесь обнаруживается, что добрая совесть — не только ошибочная оценка владельцем приобретения вещи, но и извинительно ошибочная (что не учитывает Е. Богданов). А в случае вынесения решения суда о принадлежности вещи заблуждение более не может считаться извинительным. Да и заблуждения, собственно говоря, уже нет...

Можно подойти к этому вопросу и иначе: добрая совесть означает обычную деловую осмотрительность, а при получении повестки об истребовании вещи разумный хозяин, конечно, должен проверить свои права на спорное имущество, причем, если требования истца оказались убедительными для суда, то никак нельзя исходить из того, что они не могли убедить ответчика или хотя бы вызвать у него достаточные сомнения в своем праве, а в этих условиях невозможно сохранить добрую совесть.

¹ Утрата добросовестности сказывается во всех сферах, кроме приобретения по давности. Например, если в этой ситуации владелец производит отчуждение вещи, сделка не только незаконна, но и сопряжена с пороками на стороне отчуждающего лица, в частности, оно может быть привлечено к ответственности за обман приобретателя и т.п. Или если он утрачивает владение и вновь его возвращает, то добросовестность, конечно, уже отсутствует и приобретение по давности невозможно.

² Эта политика «стимулирования» владельца сохранением ему части или всех доходов совершенно неприменима к добросовестному владельцу, ведь он не может знать, что вещь — чужая, а значит, останется невосприимчив к такого рода стимулам.

³ *Петражицкий Л.И.* Указ. соч. С. 247.

ция вещи предполагает известную деятельность лица, и хозяйственный результат выступает как единство полезных качеств вещи и этой деятельности, что в конечном счете и дает основания для присвоения этого результата. Впрочем, как верно заметил Т. Оноре, «черта между заслуженным и незаслуженным доходом от вещи не может быть четко проведена»¹.

Но ведь вещь может приносить доход и помимо всякой деятельности владельца, сама собой, например дивиденды по акциям. В нашем примере с квартирой именно такая ситуация: одно только проживание в ней уже сберегает имущество лица, поскольку оно не несет неизбежных расходов на жилье. Более тонким вопросом является извлечение из вещи гражданских плодов, под которыми прежде всего следует понимать получение доходов от сделок с чужой вещью, не говоря о более сложных вариантах².

Очевидно, что если незаконный владелец что-то приобретает или сберегает благодаря чужой вещи без всяких собственных усилий, то найти оправдание такому присвоению едва ли возможно. По крайней мере, закон не дает таких оснований.

Если законодатель защищает добросовестного приобретателя, позволяя ему сохранить владение в случае предъявления виндикационного иска или стать собственником по истечении срока приобретательной давности, но при этом не считает нужным прямо предоставить ему право на плоды и доходы, приносимые чужой вещью, когда он осведомлен о том, что вещь — чужая, то нам не остается ничего иного, как усмотреть в такой ситуации неосновательное обогащение (сбережение) имущества, пока иное не будет прямо указано в законе.

Исходным средством защиты права собственника на плоды и доходы, как уже отмечалось, везде предполагается виндикационный иск, но реально он применим только в отношении наличных, сохранившихся доходов, имеющих вещную форму. Практически виндикация обычно невозможна и заменяется кондикцией в сумме обогащения (сбережения).

Если это верно, то следующим, уже частным, вопросом будет выяснение наличия ущерба на стороне истца по неосновательному обогащению, поскольку общим принципом кондикции остается сформулированное Помпонием правило: «...согласно природе справедливо, чтобы никто не обогащался в ущерб другому лицу»³.

Далее имеется пример, подходящий для нашего случая с квартирой: «Если дано жилье, то я предъявляю кондикцию о деньгах не в той сумме, за которую я мог бы сдать жилье, но в той сумме, за которую ты снял его»⁴, т.е. речь идет о сбережении, а не о приобретении.

Ясно, что ответчик вправе произвести зачет затрат, понесенных им на получение истребуемого дохода. Например, при сдаче помещения в аренду были понесены издержки по регистрации договора и т.п. Но в качестве таких расходов нельзя рассматривать средства, затраченные на приобретение самого имущества (капи-

¹ *Honore T. Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical.* Oxford: Clarendon Press, 1987. P. 169.

² Можно в этом плане привести высказывание Яволена: «Плодами вещи является то, что вещь разрешается дать в залог» (Дигесты. 22.1.49. С. 360). Тогда плодами может оказаться разница между процентами по обеспеченному и необеспеченному кредиту.

³ Дигесты. 12.6.14. С. 215.

⁴ Там же. 12.6.65.7. С. 220.

тальной вещи), пока истребуются доходы, а не имущество в натуре. Только тогда, т.е. при предъявлении требования о капитальной вещи *in natura* (ст. 1104 ГК), и можно привести аргумент о затратах на приобретение, который, как нетрудно видеть, приводит при выплате ответчиком за вещь рыночной цены к отказу в кондикционном иске *in natura*. Здесь уместно привести возражение против предложения Биндинга обязать добросовестного приобретателя (по § 932 ГГУ) компенсировать разницу в стоимости вещи, если она продана дешевле. Как правильно заметил А. Кобан, тогда нет добросовестности¹.

Как видно, потеря виндикации против добросовестного приобретателя по возмездной сделке не может быть восполнена при тех же условиях кондикцией, которая также не имеет перспектив для собственника, пока идет спор о самой вещи; иного и не должно быть, если иметь в виду, что кондикция только восполняет виндикацию, следуя за ней, и не может приводить к отличным от нее результатам².

Но потеря иска об истребовании капитальной вещи не исключает иска об истребовании доходов, неосновательно полученных незаконным владельцем.

Восприятие всего изложенного выше может быть затруднено не только тем, что данная тема редко обсуждается юристами и является не вполне привычной, но и тем, что моделью отношения мысленно представляется иск собственника к покупателю вещи от неуправомоченного отчуждателя — ситуация наиболее ожидаемая и потому оправданно привлекаемая к анализу. Здесь имплицитно имеется иное решение, известное как континентальному праву, так и отечественному (ст. 183 ГК РСФСР 1922 г.): добросовестный покупатель сразу становится собственником, соответственно отпадает сама возможность обсуждения вопроса о его праве на доходы, полученные от купленной им вещи. Поэтому, надо полагать, этот аспект проблемы почти не затрагивался в отечественной и зарубежной литературе³.

¹ См.: *Черехахин Б.Б.* Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя // Уч. зап. Свердловского юрид. ин-та. Т. 2. Свердловск, 1947. С. 77.

Это суждение заставляет подумать о значении цены для доброй совести. Р. Иеринг отмечает родство слов «толкователь» (интерпретатор) и «цена» (*pretium*) и полагает, что первоначально имелся в виду посредник, меновой торговец, «человек, который переносит цену» (*Иеринг Р. Ф.* Дух римского права на различных ступенях его развития. Часть первая. СПб., 1875. С. 199). Эта этимология замечательна тем, что она увязывается с предложенной столетие спустя теорией Ф. Хайека о цене как знании. В определенной мере эта теория связана с той мыслью К. Маркса, что за каждым торговцем признаются энциклопедические познания в товарной сфере (см.: *Маркс К.* Капитал. Т. 1. Гл. 1. Примеч.), хотя у нас и нет оснований считать Хайека в какой-либо мере последователем марксизма. Скорее налицо объективная связь, которая ищет своего познания и признания.

Знание покупателя о правильной цене — это иное знание, чем знание о пороках в праве на отчуждаемую вещь. Но занижение цены само по себе влечет сомнение и тем самым колеблет добрую совесть.

А.А. Маковская говорит о добросовестности и разумности руководителя общества в связи с тем, что он «должен принимать решение лишь при условии обладания всей необходимой информацией» (*Маковская А.А.* Основание и размер ответственности руководителей акционерного общества за причиненные обществу убытки // Убытки и практика их возмещения: Сб. статей. М., 2006. С. 363). Выяснение того, что является необходимым, очевидно, совпадает с оценкой добросовестности и разумности.

² Анализ прецедентов из французской судебной практики позволяет сказать, что при утрате оснований для предъявления иска из договора или иного законного основания утрачивается и кондикция «*action de in rem verso*» (*Цвайгерт К., Кёту Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права / Пер. с нем. В 2 т. Т. 2. М., 1998. С. 301–302).

³ Только в Швейцарии, где «в отклонение от принципа абстракции право собственности не переходит, если основная сделка недействительна», возможно применение виндикации на почве недействи-

Однако в любом случае вопрос остается и для всех иных, кроме приобретения по возмездной сделке, случаев незаконного владения вещью, приносящей доходы, например похищенной, полученной в дар и т.д. Известно, что и здесь часто бывают обстоятельства, исключающие виндикацию: пропуск срока исковой давности, гибель, переработка или отчуждение вещи и др. Кроме того, остаются и задавненные недобросовестно приобретенные вещи.

Теперь попробуем сформулировать возможные подходы к практическому решению проблемы. Наиболее кардинальным было бы изъятие всех доходов у незаконного владельца с зачетом необходимых для получения этих доходов затрат.

Более реалистичным, хотя и менее справедливым, кажется иное решение: незаконному владельцу остаются доходы, полученные им от обычного хозяйственного использования имущества, и изымаются полученные сверх этого.

Эти наши предложения выглядят гораздо мягче, чем известные нормы ГГУ. В соответствии с § 987, 990 ГГУ недобросовестный владелец, а таким признается как лицо, действовавшее недобросовестно в момент приобретения владения, так и владелец, который впоследствии узнал, что он не имел права на владение (с момента, когда узнал об этом), обязан выдать собственнику доходы, которые он извлек от пользования вещью.

Согласно § 993 ГГУ добросовестный владелец должен выдать приобретенные плоды в соответствии с предписаниями о возврате неосновательного обогащения, если эти плоды, согласно правилам о надлежащем ведении хозяйства, не могут рассматриваться в качестве доходов от вещи.

Учитывая, что мы не имеем нормативной основы для ответственности незаконного владельца в части присвоения доходов и потому должны прибегать к толкованию, уместным паллиативом, возможно, временным, могло бы оказаться заимствование некоторых элементов механизма § 993 ГГУ (естественно, речь не идет о полном его перенесении в российское право, да это и невозможно, если учесть существенные отличия как в части регулирования и защиты владения, так и в институте неосновательного обогащения, на который имеется прямая отсылка в § 993 ГГУ). Прежде всего речь идет о разделении доходов, получаемых от нормальной хозяйственной деятельности, понимаемой как активное поведение, и доходов, приносимых вещью сверх этого, в том числе и сбережения имущества незаконного недобросовестного владельца за счет собственника. Хотя бы эти последние доходы могли бы рассматриваться как неосновательно приобретенные (сбереженные) и подлежащие возврату собственнику.

Такой подход, когда собственник получает иск о взыскании неосновательно приобретенных (сбереженных) незаконным владельцем доходов, для своего утверждения не требует ревизии законодательства и вполне может уже сегодня стать фактом судебной практики¹.

тельной сделки. В России в иных случаях, впрочем, «ограничение ответственности добросовестного получателя неосновательного обогащения часто связывается в ГК с мерой ответственности добросовестного владельца по виндикационному иску, предъявляемому ему собственником» (*Цвайгерт К., Кётиц Х.* Указ. соч. С. 344). Надо все же заметить, что, как мы уже говорили, позиция ответчика по виндикационному иску не свидетельствует о том, что он несет гражданско-правовую ответственность, в частности, нет места ни вине, ни убыткам.

¹ В этом плане можно указать на достаточно прочно вошедшее в судебную практику правило, согласно которому, «поскольку бывший арендатор не исполнил решение суда и фактически пользуется

В качестве примера можно привести такое дело.

МЧП «Медицина-Технология-Сервис» в 1996 г. добилося признания за ним права собственности на здание в г. Шлиссельбурге. Затем, в 1998 г., видимо, не добившись получения здания во владение (в изложении казуса об этом не говорится), собственник обратился с иском к администрации г. Шлиссельбурга о взыскании 1 571 983 руб. как «неосновательного обогащения, связанного с удержанием здания». Президиум ВАС РФ, отменяя решения судов об отказе в иске, указал, что лицо, неосновательно временно пользующееся чужим имуществом, обязано возместить потерпевшему то, что оно сберегло вследствие такого пользования по цене, существовавшей во время, когда закончилось пользование (ст. 1105 ГК)¹.

Несомненно, здесь заметно влияние идеи одновременного возврата вещи и доходов, поскольку выбрана норма, говорящая о временном пользовании и предусматривающая окончание пользования. В то же время в самом изложении казуса ничего о возврате капитального имущества не говорится. А срок исковой давности исчисляется ВАС РФ с момента признания за истцом права собственности. Это позволяет прийти к выводу, что право на истребование дохода увязывается с самим правом собственности, а не с истребованием имущества. Несмотря на приведенное дело, нельзя не заключить, что за время, прошедшее после принятия ГК РФ 1994 г., вопрос о правах владельца на плоды и доходы от вещи не привлек внимания практики (соответственно — и теории) в том объеме, которого он заслуживает.

Если, однако, владение будет все же признано позитивным правом хотя бы для целей владельческой защиты, соответствующие споры могут, как представляется, возникнуть. Но если при этом добросовестное владение будет влечь возникновение права собственности в силу моментальной приобретательной давности для всех вещей, как сейчас это предусмотрено п. 2 ст. 223 ГК для недвижимости, то нам по преимуществу останутся только споры о правах на доходы недобросовестных владельцев. В каком-то смысле проблема, конечно, упростится и, во всяком случае, примет иные очертания, чем те, которые намечены в данной главе.

ся ранее арендованным помещением, его обязательство по оплате за пользование имуществом нельзя считать прекращенным» (Вестник ВАС РФ. 1996. № 4. С. 13). Такая аргументация носит внешне обязательственную, даже договорную форму, однако по существу речь идет о последствиях незаконного пользования вещью, и потому нет препятствий для вещно-правовой интерпретации ситуации с теми же выводами, тем более, что никаких оснований усматривать здесь договорную связь, конечно, нет. Так, признание арендного договора ничтожным повлекло обоснованный отказ в обязательственно-правовом требовании; одновременно рекомендовано обратиться с иском о выселении по ст. 301 ГК, тем самым отношения квалифицированы судьями как вещные (см.: *Федоренко Н.В., Питник Т.Д.* Обзор практики пересмотра апелляционной инстанцией Арбитражного суда Ростовской области актов, вынесенных судом первой инстанции // Вестник ВАС РФ. 1999. № 1. С. 75–76).

¹ Вестник ВАС РФ. 2000. № 6. С. 22–23.

ГЛАВА 23

ЗАЩИТА ВЛАДЕНИЯ ОТ ИЗЪЯТИЯ ВЕЩИ АДМИНИСТРАТИВНЫМ ПОРЯДКОМ

Обычная ситуация, насколько распространенная, настолько и трудноразрешимая, должна быть предпослана дальнейшему изложению.

Собственник автомашины, приобретенной за рубежом, при ввозе ее в страну не выплатил положенных таможенных платежей и на основании ст. 131 Таможенного кодекса Российской Федерации (далее – ТмК РФ, ТмК)¹ не вправе был распорядиться своим транспортным средством. Несмотря на это, автомашина была продана третьему лицу, которое становится теперь приобретателем и владельцем.

Таможенный орган, убедившись, что декларант не внес таможенных платежей, в соответствии со ст. 338 ТмК РФ изъял транспортное средство у покупателя и на основании ст. 380 ТмК конфисковал его.

Первоначально эта ситуация рассматривалась только в аспекте конституционных гарантий собственнику – декларанту от конфискации, и было признано, что существующее у него право обращения в суд достаточно гарантирует его собственность². Но при этом в стороне оставался другой участник отношений – приобретатель имущества, который в отличие от декларанта ведь ничего не нарушал, но тем не менее оказался больше всех потерпевшим от изъятия вещи. Проблема, стало быть, не была удовлетворительно разрешена и заявила о себе вновь.

Новое ее обсуждение, представленное теперь как вопрос о конституционности права на конфискацию нерастаможенных автомобилей, изложено КС РФ в Постановлении от 14 мая 1999 г. № 8-П. В этом Постановлении КС РФ признал, что ст. 131, 380 ТмК, в том числе правило о конфискации товаров независимо от того, являются ли они собственностью лица, совершившего нарушение таможенных правил, не противоречат Конституции РФ.

Однако основной вопрос, а именно вопрос о незаконных владельцах, прямо КС РФ не обсуждался. КС РФ ограничился заявлением о том, что Конституция РФ защищает лишь права собственников, а не иных лиц (п. 4 Постановления), что само по себе тоже не решает проблему. Указание КС РФ на то, что последствия недействительных в силу нарушения ст. 131 ТмК сделок регулируются иными законами, едва ли могло считаться удовлетворительным, так как сами эти законы не имеют, как можно видеть, однозначного толкования.

¹ Везде имеются в виду нормы ТмК РФ 1993 г.

² См.: Постановление Конституционного Суда РФ по делу о проверке конституционности статьи 266 Таможенного кодекса Российской Федерации, части 2 статьи 85 и статьи 222 Кодекса РСФСР об административных правонарушениях в связи с жалобами граждан М.М. Гаглоевой и А.Б. Пестрякова от 11 марта 1998 года. Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ Н.В. Витрука // Российская газета. 1998. 26 марта. № 58. С. 5.

Впрочем, в п. 5 Постановления было указано, что товары могут быть конфискованы «независимо от того, принадлежат ли они нарушителю на праве собственности или переданы ему в управление или пользование», «вверены собственником». В этой формулировке, вообще говоря, уже содержался ответ, позволяющий вывести незаконных добросовестных владельцев из-под действия ст. 380 ТмК. Ведь лицами, которым имущество передано в управление, пользование, вверено собственником, могут считаться именно законные владельцы. Разъяснения, данные в том же пункте, обосновывали конфискацию имущества у этих лиц сохраняющейся связью с собственником. Незаконный владелец, напротив, владеет, как уже говорилось, не по воле собственника.

Но такое толкование, безусловно, требует известной юридической техники и может потому быть отвергнуто лицами, этой техникой не обладающими, тогда как акт суда должен быть однозначно понятен и не нуждаться в дополнительном истолковании. Поэтому Постановление КС РФ от 14 мая 1999 г. № 8-П не сняло проблемы. Ее пришлось решать уже Верховному Суду РФ собственными силами.

Сначала было указано, что приобретатель автомобиля, не прошедшего таможенного оформления, не несет ответственности за уплату таможенных платежей, если он не мог знать «о незаконном ввозе транспортного средства на территорию России»¹.

В другом деле покупатель автомашины предъявил иск к УВД о возмещении ущерба. Суть спора состояла в том, что похищенная автомашина неоднократно снималась и ставилась на учет ГАИ, но при очередной постановке на учет автомобиль был изъят у истца как находящийся в розыске, причем до покупки истец специально выяснял, не находится ли автомобиль в розыске, и получил отрицательный ответ. Судебная коллегия ВС РФ, отменяя судебные постановления об отказе в иске, указала, что транспортные средства проверяются по учетам угнанного и похищенного транспорта, а результат проверки отражается в заявлении владельца. По мнению надзорной инстанции, добросовестному покупателю причинен ущерб действиями ответчика².

Хотя здесь речь не шла о защите владения, можно заметить подход, подтвержденный и в дальнейшем: во-первых, защите оборота дано предпочтение перед защитой бюджета, а во-вторых, приобретатель получил защиту в качестве собственника.

Наконец, было принято ставшее широко известным решение по делу Ж. Истица, у которой был изъят автомобиль, не прошедший таможенного оформления, предъявила иск о его истребовании, сославшись на то, что она является добросовестным приобретателем. Иск в конечном счете был удовлетворен. Однако при этом ВС РФ сослался одновременно и на ст. 302, и на ст. 304 ГК³.

Между тем заявление Ж. о признании ее добросовестным приобретателем означает применение владельческой защиты. Ведь, ссылаясь на свою добросовестность, Ж. тем самым признала, что является незаконным владельцем. Очевидно, что за-

¹ Бюллетень ВС РФ. 2000. № 11. С. 4.

² Бюллетень ВС РФ. 2000. № 1. С. 6–7; № 11. С. 3–4.

³ Бюллетень ВС РФ. 2001. № 2. С. 13–14. Такое смешение виндикационного и негаторного исков — обычное дело в практике судов общей юрисдикции. Этот вопрос рассматривался выше.

конный владелец, в том числе собственник, не нуждается в доброй совести для обоснования своей позиции: добрая (или недобрая) совесть вообще не применима, если имеется право на вещь; ведь добрая совесть — это извинительное заблуждение относительно *отсутствия* права.

Но суд ушел от заявленной истицей позиции, и защита Ж. была предоставлена как обладателю права. Один из защитников таможи обвинил ВС РФ в «жонглировании понятиями». Однако жонглирование предполагает известную сноровку, тогда как дело Ж. такой сноровки не обнаруживает. Оно, однако, демонстрирует выбор в пользу приобретателя и против казны¹. Этот подход стал применяться и в других аналогичных делах.

Поскольку слабости дела Ж. были очевидны, ГТК не мог не воспользоваться своим правом запросить у КС РФ разъяснения. Такие разъяснения были даны в определении от 27 ноября 2001 г. № 202-О. Теперь КС РФ вынужден был расширить свой анализ и обсуждать позицию лиц, «приобретших товары в собственность или владение» вопреки запрету ст. 131 ТМК². Наконец, фигура (незаконного) владельца оказалась в центре судебного акта.

Ранее было отмечено, что идея выведения незаконного владельца из-под действия конфискации в порядке ст. 380 ТМК уже была заложена в Постановлении от 14 мая 1999 г. № 8-П. Теперь она была выражена прямо. КС РФ объяснил, что если товар был приобретен «в ходе оборота» (очень важное замечание), то приобретатель может быть подвергнут конфискации, лишь если мог каким-либо образом влиять на соблюдение требуемых при перемещении товаров через таможенную границу таможенных формальностей либо должен был знать о незаконности ввоза. При этом приобретатель кроме мер ответственности обязан также к уплате таможенных платежей. Именно эти обязанности и обеспечиваются изъятием (арестом). Таким образом, изъятие допускается лишь против лиц, имеющих обязательства перед таможенными органами.

Добросовестность предполагается, но приобретатель должен проявить ту степень заботливости и предусмотрительности, какая от него требуется с учетом его осведомленности о заведомом ввозе товара из-за границы.

Это определение КС РФ, безусловно, является важным шагом на пути юридического освоения владения.

Интересно сопоставить его с известным прецедентом Европейского суда по правам человека — делом AGOSI. Это имеет смысл потому, что Конвенция, применяемая ЕС, является частью российского права и потому практика ЕС должна применяться при разрешении российских юридических коллизий.

Итак, компании AGOSI обратилась в суд, не добившись возврата золотых монет, изъятых и впоследствии конфискованных во время контрабандного ввоза в страну. Монеты бы-

¹ Обычно владельческая защита требует выбора между собственником и владельцем. Но в данном случае собственник, т.е. таможенный нарушитель, заведомо находится за пределами спора, не сулящего ему никаких благ.

² Эта формулировка не кажется точной. Поскольку запрет, установленный ст. 131 ТМК, имеет безусловный характер, никакой приобретатель товара, таможенное оформление которого не завершено, не сможет стать собственником, а всегда будет незаконным владельцем (или просто владельцем, как предпочитает выражаться КС РФ, очередной раз подтверждая нежелание использовать неудачный термин ст. 301 ГК, впрочем, традиционный для отечественного права).

ли проданы нарушителям по контракту, предусматривающему переход собственности на них не раньше, чем покупатели оплатят товар. Покупатели, получив товар, расплатились необеспеченным чеком, поэтому по условиям контракта и по закону страны заключения контракта право собственности осталось за продавцом — AGOSI. Однако еще до предъявления чека в банк монеты уже были доставлены покупателями (не ставшими собственниками) на границу в тайнике, где и были обнаружены таможенниками.

Рассматривая дело, суд пришел к выводу, что не имеется общей практики стран-участниц, позволяющей установить связь между виновностью собственника и конфискацией товара. В частности, в Великобритании на право таможи конфисковать контрабандный товар не влияет невиновность собственника. В то же время британский закон позволяет таможене по своему усмотрению возвратить конфискованный товар собственнику, причем спор о таком возврате может быть предметом судебного контроля. Например, британский суд удовлетворил обращение собственника яхты, конфискованной за контрабанду наркотиков, сославшись на то, что не была учтена невиновность собственника в контрабанде.

Суд не усмотрел в конфискации монет, принадлежащих AGOSI, нарушения ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции, в частности, правила о соблюдении справедливого баланса общих и частных интересов. Мера заботливости собственника по предотвращению нарушения — лишь один из элементов такого баланса, и его заботливость должна рассматриваться в совокупности с иными обстоятельствами, посчитал суд.

Кажется, ЕСПЧ, проигнорировав невиновность собственников, обманутых нарушителями таможенных правил, пришел к выводу, противоположному позиции КС РФ, который дал защиту даже не собственнику, а владельцу товара. На самом деле обоснование позиции КС РФ лежит глубже, чем вопрос о вине.

В деле AGOSI товар изъят из рук нарушителей, а не из оборота. Покупатели не могут считаться добросовестными лицами, доверившимися продавцу, а значит, действия против таких лиц никак не вредят устойчивости, надежности оборота, напротив, они защищают его. Проблема поэтому сводится только к балансу интереса собственника и публичного интереса. Невиновность собственника здесь — один, причем не решающий, фактор.

Но если товар приобретен в обороте, то коллизия возникает уже между оборотом и фискальным интересом. Решение против владельца, т.е. против оборота¹ и в пользу фиска, означает, что ни один из его участников, проявляющих требуемую осмотрительность и заботливость, не может, тем не менее, быть застрахован от изъятия товара по причинам, которые он не в состоянии контролировать. Оборот становится сферой повышенных и неконтролируемых обычными средствами рисков, исходящих не только от естественных источников, но и от государства, которое призвано обеспечивать надежность и предсказуемость гражданского оборота. Именно против такого положения и направлено определение КС.

По существу КС напоминает государству о его конституционных обязанностях. Ведь среди других юридических основ экономики именно надежность оборота занимает ведущее место. Как только рухнет оборот (а такие периоды известны рос-

¹ Выше уже говорилось, что владение и порожденные им юридические инструменты — добрая совесть, приобретательная давность, ограничение виндикации — занимают важное место в регулировании гражданского оборота; защита владения вещью, полученной в обороте, — это и есть защита оборота.

сийской истории), как в фикцию превращаются и право на труд, и право собственности, и все иные частные права. Поэтому без юридической защиты оборота защита собственности, других прав личности не может не оставаться декларативной. Можно утверждать, что *надежность оборота — один из самых важных публичных интересов в сфере экономики*. К сожалению, это обстоятельство часто упускается из виду. Нужно отдать должное КС РФ, который верно определил приоритеты, подчеркнув преимущественное значение надежности оборота перед иными ценностями, в том числе перед интересом казны. Если же оставаться в рамках широко распространенных, хотя и далеких от права представлений о том, что государство в любом случае важнее человека, то можно заметить, что ущербная экономика ничего не даст и казне.

Другой аргумент может быть таким. Собственник, совершив заведомо для него незаконную сделку в нарушение запрета на отчуждение товара, не прошедшего таможенного оформления, не обеспечил переход права собственности на товар к покупателю, хотя плату за товар он получил. Таким образом, позиция добросовестного покупателя достаточно незавидная: права на товар он не имеет, распорядиться им не может, владение его имеет самую ограниченную защиту. Кроме этого еще и предлагается перенести на него риск изъятия товара. Между тем не видно никаких оснований для освобождения собственника от рисков и бремени, лежащих на собственности. Ведь когда мы говорим о бремени, лежащем на вещи, имеется в виду все же то или иное лицо. Почему же таким лицом должен быть не собственник, а владелец? Впрочем, и эта аргументация в конечном счете будет апеллировать к защите оборота.

КС РФ определил, что конфискация добросовестно приобретенного товара недопустима. Однако установление доброй совести — исключительная прерогатива суда. Административный орган не может и не должен выяснять наличие (не)добросовестности.

В последние годы изъятие автомобиля только по тому основанию, что он был незаконно приобретен, насколько известно, перестало быть повсеместной практикой. В то же время органы ГИБДД отказывают в регистрации автомобиля, если устанавливают, что ранее он был приобретен по подложным документам и соответственно его регистрация была незаконной. Но отказ в регистрации — это не изъятие автомобиля, поэтому здесь уже речь идет не о защите владения, а скорее о защите права.

В настоящее время КС РФ не видит здесь нарушения конституционных прав, мотивируя свою позицию так: во-первых, защита собственности предоставляется в отношении того имущества, которое приобретено на законных основаниях¹, во-вторых, право собственности в отношении транспортного средства продиктовано его повышенной опасностью². Очевидно, что второй аргумент затрагивает не только незаконных владельцев, но и собственников транспорта. Ресурсы защи-

¹ Тем самым обнаруживается тот факт, что расширенное толкование объекта защиты ст. 11-1 Конвенции не принимается КС РФ.

² См. определение Конституционного Суда РФ от 16 октября 2007 г. об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Пименовой Марины Юрьевны на нарушение ее конституционных прав п. 3 ст. 15 Федерального закона «О безопасности дорожного движения».

ты будут состоять, видимо, в развитии процедур установления безопасности автомобиля в случае выявления недостоверности имеющихся технических документов.

Понятно, что ограничение изъятия автомобилей не исчерпывает всей проблемы защиты владения в отношениях с административными органами.

Важно отыскать общие ориентиры в этой сфере.

Учитывая, что сама ситуация имеет достаточно древнее происхождение, есть смысл обратиться к литературе прошлых лет, чтобы подчеркнуть вытекающий из сути проблемы общий характер предлагаемых решений: «Аресты, секвестры, конфискации, запрещения и другие лишения или ограничения права пользования имуществом и выбора занятий имеют место не только в двух вышеуказанных случаях¹, но еще и в видах ограждения казенного интереса²».

Понятно, что при жестком толковании защита «казенного интереса» позволяет вторжение в имущественную сферу не только нарушителя, но иного лица.

Признав правомерность в нашем случае административного насилия, выразившегося в изъятии имущества у третьих лиц, мы тем самым уже сделали вывод о бесперспективности защиты полученного владения в рамках административной юрисдикции, поскольку не допущено нарушений собственно порядка изъятия.

Следует заметить, что, конечно, проблема выходит за рамки деятельности таможенных органов и затрагивает вообще сферу полицейских, административных отношений, в том числе, например, наложение ареста или опись имущества судом или судебным приставом-исполнителем. Здесь имеется прямое указание на то, что допускается обращение взыскания на имущество должника, находящееся у иных лиц (ст. 77 Закона об исполнительном производстве). Такая формулировка указывает на право собственности в отношении подлежащего изъятию имущества, ведь только такая связь остается с теми вещами, которые оказались у других лиц. В этом не остается сомнений, если учесть, что для продажи (а именно в этом состоит обращение взыскания на имущество, см. ст. 54 Закона об исполнительном производстве) необходимо, чтобы имущество принадлежало должнику на праве собственности.

Соответственно и норма ст. 119 Закона об исполнительном производстве, предоставляя «заинтересованным лицам» средство защиты на случай «спора, связанного с принадлежностью имущества, на которое обращается взыскание» — иск об освобождении имущества от ареста или исключении его из описи — должна пониматься прежде всего как норма о защите собственности или, в крайнем случае, законного владения, поскольку оно не совместимо с арестом, изъятием имущества и его предстоящей реализацией (здесь прежде всего следует указать залогодержателя).

Казалось бы, тем самым защита незаконного владения отпадает, и значение права на исключение имущества из описи (освобождение от ареста) для нашей ситуации утрачивается, хотя сама по себе возможность предъявления титульного иска третьим лицом, заявляющим о своем праве собственности, существует не только в сфере исполнения судебных решений, но и во всех других случаях административного изъятия вещи. Однако это средство помогает нам сориентироваться в решении иного, наверно, самого сложного вопроса: какова природа права админи-

¹ ...по поводу преступлений и проступков, а также с исключительной целью устранения какой-либо опасности.

² *Тарасов И.Т.* Очерк науки полицейского права. М., 1897. С. 69.

стративных органов на изъятые имущество с момента изъятия и до его вручения покупателю или взыскателю, если имущество не будет реализовано?

Именно при определении этого вопроса и выходит на первый план иск об освобождении имущества от ареста (об исключении из описи) как известная альтернатива искомому средству защиты. Ведется дискуссия о характере этого иска: является он только иском о признании права собственности или виндикационным, т.е. об истребовании вещи. Для наших целей эта дилемма не имеет большого значения, ведь в любом случае мы ориентируемся на ситуацию утраченного владения — следствие изъятия вещи. Поэтому соотносим иск, предусмотренный ст. 119 Закона об исполнительном производстве, только с виндикацией, не обсуждая случая возникновения спора при оставлении вещи у фактического владельца.

Напомним, что виндикационный иск подлежит удовлетворению, если он предъявлен собственником к незаконному владельцу вещи. Понятно, что административный орган, изъявший имущество на законных основаниях, не может рассматриваться как незаконный владелец. Но если иск подлежит удовлетворению (нет никаких оснований сомневаться в том, что при доказанности надлежащего титула на стороне истца иск удовлетворяется и вещь ему возвращается), то ответчик удерживающий вещь, которым является орган государства, не может считаться законным владельцем, ведь от законного владельца вещь не виндицируется (ст. 301 ГК).

Следовательно (в этом и состоит главный вывод), *право административного органа на вещь не является каким-либо частным правом*¹ и не защищается гражданскими средствами, т.е. иском.

Интересно сопоставить этот вывод с правилами, сформулированными английским правом в деле *Costello v. Chief Constable of Derbyshire Constabulary*.

Полиция, подозревая, что автомобиль «Форд эскорт» был похищен Костелло или с его ведома, изъяла у него этот автомобиль в июле 1996 г. (Костелло не мог доказать свое право собственности). При этом полиция опиралась на предоставленное ей законом (в частности, законами о статусе полиции и о доказательствах по уголовным делам) право задержания и изъятия вещей. К январю 1997 г. установленные законом цели изъятия были исчерпаны, однако полиция отказалась возвращать автомобиль. Костелло обратился с иском об истребовании автомобиля.

Позиция полиции (ответчика) была основана на двух тезисах: 1) никакого владельческого или иного титула не имеется у вора или последующего получателя похищенного имуще-

¹ Для сравнения: «...таможня, заявляя данный иск, не является носителем субъективного права» (*Громова Н.В.* Споры, связанные с применением ст. 10 ГК РФ // *Комментарий судебной-арбитражной практики* / Отв. ред. В.Ф. Яковлев. Вып. 4. М., 1997. С. 79). Речь идет об обращении взыскания на залог (далее автор обосновывает возможность применения ст. 10 ГК о злоупотреблении правом применительно к реализации залога по требованию таможенных органов).

Е.А. Суханов подчеркивает, что налоговые, таможенные отношения являются публично-правовыми и к ним неприменимы нормы гражданского права; в то же время вмешательство публичной власти в имущественную сферу может повлечь нарушения вещных прав, «а потому и требует особых способов защиты» (*Гражданское право: Учебник. В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд. Т. I. М.: Бек, 1998. С. 614*).

Интересно, что при рассмотрении ФАС Северо-Западного округа дела (постановление № А56-4661/100 от 14 августа 2000 г.) суд, обсуждая, имеется ли неосновательное обогащение управления юстиции, пришел к выводу, что получение денежных средств еще не тождественно приобретению (и сбережению) этих средств.

ства, следовательно, полиция не обязана возвращать автомобиль Костелло, но только действительному собственнику или его правопреемникам; 2) даже если владельческий титул принадлежит вору или последующему получателю, то тем не менее у полиции нет обязанности вернуть похищенное вору или приобретателю этого имущества.

Эти доводы защиты были убедительно опровергнуты судом. При этом суд ссылаясь также на дело *Webb v. Chief Constable of Merseyside Police*. Это дело возникло в связи с тем, что полиция, изъяв у истца деньги, предположительно полученные от наркоторговли, и не сумев привлечь истца к ответственности, тем не менее деньги конфисковала. Апелляционный суд признал за истцом право на возврат денег. В деле Вэбба были сформулированы правила: «1) факт владения дарует владельческий титул, даже если владение было получено противозаконно или по незаконной сделке; 2) владельческий титул, как бы слаб он ни был, может уступить только тому лицу, кто может доказать лучший титул; 3) установленные законом права полиции просто лишают «собственника» («owner»¹) владения на период незаконного удержания, так что в конце этого периода полиция обязана вернуть изъятое имущество «собственнику», независимо от тех соображений публичной политики, что результаты преступной деятельности не должны возвращаться преступнику».

Суд по делу Костелло дополнительно указал, что норма закона, позволяющая ответчику сослаться на то, что третье лицо имеет более сильное право, чем право истца, применима лишь к тем случаям, когда такое третье лицо известно. Кроме того, суд указал, что полиция лишь тогда вправе отказаться от возврата изъятого имущества, когда само по себе такое владение является противозаконным либо когда запрещено передавать такое имущество².

Можно, следовательно, заключить, что английским правом выработан подход, отрицающий за полицией право на удержание имущества после того, как отпали те цели, которые в силу закона дают полиции право на изъятие того или иного имущества; например, в качестве доказательств. Г. Баттерсби заключает, что суд совершенно прав, отрицая право полиции на «неограниченное удержание» изъятого³.

Нужно заметить, что существующий в английском праве принцип, согласно которому предшествующий владелец всегда сильнее последующего⁴ (об этом принципе пишет в процитированной работе Г. Баттерсби), значительно упрощает обоснование владельческой защиты против полиции, так как полиция, изъяв имущество у владельца, в любом случае оказывается в позиции последующего владельца, заведомо более слабой. Тем не менее приведенные нормы английского права содержат и доводы, относимые исключительно к квалификации владения имуществом полицией. Нельзя не согласиться с тем, что такое владение ограничено только тем

¹ Кавычки – в оригинале. Еще раз замечу, что в любом случае английское право не проводит четкой грани между собственностью и владением, хотя ситуации, когда собственника определенно нет, английские суды, конечно, хорошо различают.

² Указываются в качестве примеров наркотики или оружие при отсутствии разрешения.

³ *Battersby Graham. Acquiring Title by Theft // The Modern Law Review. 2002. July. P. 609.* Изложение казуса Костелло – в том же издании (Р. 606–607).

⁴ В Средние века Плацентин сформулировал ряд презумпций, среди которых наряду с презумпцией собственности в лице владельца было и правило, по которому всякое раннее владение предпочитается новому и новое предполагается порочным, пока противное не будет доказано (см.: *Никонов С.П. Развитие защиты владения в средневековой Европе. Харьков, 1905. С. 169*).

сроком, в течение которого должны быть достигнуты те цели, которые и обеспечиваются изъятием имущества, и что, стало быть, за пределами этих целей владение полиции утрачивает основания. Верно и вытекающее из этого суждение о том, что владение полиции не может быть неограниченным.

Но в российском праве отсутствует понятие владельческого титула (в самом широком смысле это можно понимать как признаваемую правом позицию), тем более, что английское право понимает владельческий титул исключительно отнositельно, сравнивая его с иным титулом. А наше право, не придавая владению юридического содержания, оставляет ему только внешнее выражение, лишенное тех качеств, которые могут проистекать из юридических отношений с иными лицами.

Известное российскому праву понятие титульного владения — это владение только законное и основанное на договоре; тогда владельческий титул по английскому праву скорее применим (особенно в той сфере, в которой предпринято исследование Г. Баттерсби) к владению незаконному. Поэтому и сопоставление позиции полиции и незаконного владельца, в том числе вора (который в английском праве также имеет владельческий титул), в терминах российского права — это не сопоставление разных владельческих титулов, а выяснение только одного обстоятельства — что владение полиции не является законным владением.

Может показаться, что в квалификации владения административного органа как владения, не являющегося законным и не охватываемого потому нормой ст. 305 ГК, кроется опасность утраты возможности защиты владения вещью, изъятая административным порядком, от посягательств третьих лиц. Но такое мнение, если оно возникло, ошибочно.

Действительно, представим, что описанную, опечатанную и арестованную недвижимость заняли третьи лица, пусть даже заявившие о своем праве на нее. Если, как мы утверждаем, судебный пристав или иной административный орган не вправе применить для защиты вещи исковые средства (здесь — виндикационный иск), то как же производить выселение нарушителей ареста вещи? Ответ оказывается, однако, весьма простым: выселение (изъятие) вновь производится точно так же и на том же основании, что и вообще у третьих лиц. Административный орган объявляет о том, что вещь подлежит изъятию и осуществляет его всеми предоставленными ему средствами, включая и допускаемое законом насилие, причем, как говорили дореволюционные юристы, «возражения третьих лиц игнорируются». Совершенно очевидно, что здесь нет никакой почвы, равно как и юридического основания, для применения исковой формы защиты. Но это лишний раз подтверждает уже сделанный нами вывод: административные органы не имеют права на изъятое (арестованное, описанное) имущество, ведь когда есть право, всегда есть иск для его защиты. В жизни, как известно, административные органы никогда и не прибегают к виндикационному иску.

О том же свидетельствуют и нормы, регулирующие защиту прав «других лиц», у которых изъято имущество должника, находившееся у таких законных владельцев в силу заключенного с должником договора. Эти лица, как и собственник, вправе предъявить свой титульный иск об исключении имущества из описи только к должнику и взыскателю, но никак не к органу власти — судебному приставу

и др. (ст. 429 ГПК РСФСР)¹ (ст. 442 ГК РФ). Следовательно (и это вполне логично), административный орган не имеет не только активной, но и пассивной легитимации на виндикацию, т.е. не может быть не только истцом, но и ответчиком.

В то же время после отпадения компетенции, дающей право на изъятие вещи, например, в связи с прекращением административного производства, владение оказывается уже противопоставленным собственнику: отказ вернуть вещь означает отрицание права собственности. В этой ситуации административный орган становится незаконным владельцем², и к нему может быть предъявлен виндикационный иск.

Теперь мы можем возвратиться к вопросу о защите приобретателя изъятых вещей как владельца, а не собственника.

Наиболее типичной и потому исходной следует считать позицию покупателя вещи по ничтожной сделке. В этом случае он начинает владение, которое при наличии указанных в законе условий дает ему по истечении указанного там же срока право собственности. Закон уважает давностное владение и предоставляет владельцу до приобретения права собственности на имущества защиту владения против третьих лиц, не являющихся собственниками, а также не имеющих прав на владение в силу иного предусмотренного законом или договором основания (ст. 234 ГК).

Мы уже уяснили, что административные органы не имеют такого права на владение изъятым имуществом (равно как и вообще не имеют какого-либо частного права). Следовательно, лицо, владеющее имуществом для приобретательной давности, имеет против указанных органов защиту по иску об истребовании вещи из их владения.

Подтверждение этого вывода мы находим и в отечественной классике. Известный цивилист Е.В. Васьковский без тени сомнения писал: «Если описываемое имущество не находится во владении должника, то третьи лица могут требовать прекращения описи как в исковом порядке, так и в частном, и ссылаться при этом не только на свое право собственности, но и на фактическое владение описываемым имуществом»³. Налицо именно спор о владении, а не жалоба на действия судебного пристава⁴.

¹ К. Глуховский, оспаривая это положение закона, полагает, что «более логичным было бы предъявление иска об освобождении имущества от ареста или исключении его из описи непосредственно к судебному приставу-исполнителю» (Материалы конференции «Право собственности и другие вещные права в юридической науке, законодательстве и практике России и зарубежных стран» // Государство и право. 1999. № 11. С. 86). С этим суждением, конечно, невозможно согласиться. Очевидно, что судебный пристав-исполнитель не может быть стороной в споре о частном праве. Другое дело — спор о владении.

Высказанный К. Глуховским взгляд лишней раз показывает, насколько непонятна современным юристам владельческая защита. В данном случае автор просто возлагает на виндикацию функции защиты владения, которая и на самом деле разворачивается владельцем против административного органа.

² Эти вопросы уже затрагивались при рассмотрении видов владения.

³ *Васьковский Е.В.* Учебник гражданского процесса. М., 1914. С. 494. Речь идет именно о фактическом владении, а не о праве.

⁴ М. Ерохова полагает, что в некоторых случаях спор о принадлежности арестованного имущества может выражаться в жалобе на действия судебного пристава (см.: *Ерохова М.* Комментарий к постановлению Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 года № 54 «О некоторых вопросах подсудности дел по искам о правах на недвижимое имущество» // Хозяйство и право. 2007. № 2. С. 17–18). На мой взгляд, это невозможно ни в какой ситуации.

Понятно, что условием удовлетворения иска, предъявленного в силу п. 2 ст. 234 ГК РФ, будет подтверждение добросовестности приобретения. Тем самым снимается всегда ожидаемое от административных органов возражение против такого иска, сводящееся к тому, что сделка купли-продажи, по которой вещь оказалась у приобретателя (покупателя), была совершена специально с целью укрытия имущества от взыскания. В выяснении добросовестности приобретения решающую роль играет система регистрации сделок, прав (на недвижимость) и самих объектов сделок¹.

Если отказать владельцу в возможности заявления иска об истребовании изъятой вещи, что при отсутствии убедительных аргументов из сферы частного права может быть обосновано лишь заботой о казенном интересе, то будут созданы предпосылки для серьезных злоупотреблений. Например, собственник, пропустив срок виндикации или проиграв процесс об истребовании своего имущества по мотивам добросовестности ответчика (ст. 302 ГК), указывает на это имущество своим кредиторам, которые выставляют его на торги в порядке исполнительного производства. Нет нужды говорить, что запрет владельцу в этом случае отстаивать свое владение не только был бы несправедлив, но и прямо вступил бы в противоречие со всей логикой ГК РФ.

Учитывая, что вопрос практически не разработан и не известен судебной практике, имеет смысл резюмировать все изложенное путем определения сути заявленного требования: *незаконный владелец вещи, не оспаривая ничтожности сделки, по которой он получил владение, требует от органа власти (таможенного, налогового, судебного пристава) возврата ему вещи, изъятой административным порядком в связи с обязательствами или правонарушением, совершенным собственником вещи (должником по обязательству), причем истец в этом иске ссылается на свою добросовестность и требует применить к нему защиту, предусмотренную п. 2 ст. 234 ГК².*

Против этого вывода было высказано возражение, основанное на норме п. 2 ст. 3 ГК: к административным отношениям гражданское законодательство не применяется, если не предусмотрено иное. На мой взгляд, ответ содержится в той же статье. Закон дает защиту незаконному владельцу, владеющему по давности, против любых лиц, кроме собственника и законного владельца. Не вижу оснований исключать из числа возможных ответчиков административные органы, завладевшие имуществом, ведь они не являются ни собственниками, ни законными вла-

¹ О регистрации автомобильного транспорта см.: *Николаев М.* Право собственности на автотранспортное средство как основание защиты гражданами своих имущественных интересов // *Хозяйство и право.* 1998. № 1. С. 96–103. Понятно, что такая техническая регистрация прав не создает. Однако выяснению принадлежности имущества все же способствует.

² В отношении автомобилей, задержанных органами внутренних дел по мотиву объявления в розыск, имеется дополнительное основание иска: «...ни уголовно-процессуальным, ни административным законодательством действия по задержанию разыскиваемого автотранспорта не предусмотрены» (см.: *Гричанин И.* Автомашина числится в розыске. Правовой анализ ситуации и вопросы идентификации // *Российская юстиция.* 1998. № 5. С. 47). Впрочем, автор статьи предлагает ввести в уголовно-процессуальное законодательство институт задержания автотранспорта. Не оспаривая в целом этой рекомендации, нужно обратить внимание на хотя бы минимальное согласование процедуры такого полицейского задержания с гражданским законодательством. Это кажется тем более важным, что на практике нередко смешиваются позиции собственника, титульного владельца и незаконного приобретателя (это отмечено и в статье И. Гричанина). Впрочем, после истечения такого срока задержания (а он не может быть дольше срока, установленного для расследования) защита владения восстанавливается.

дельцами. Стало быть, в силу ст. 234 ГК защита владельца распространяется и на сферу административных отношений, если вещь, которой владели по давности, оказалась во власти административных органов.

Более того, отнюдь не очевидно, что отношения по поводу возврата владения вполне тождественны отношениям по изъятию вещи административным порядком. Здесь нет симметрии. Во-первых, для сохранения владения не нужна публичная власть — здесь достаточно средств, охватываемых самозащитой, а такие средства не выходят за пределы частного права. Во-вторых, в рамках спора о возврате владения административному органу не даны никакие властные возможности в отношении владельца, заявившего о нарушении своего владения. Нетрудно заметить, что в этой ситуации стороны равны.

В. Белов, обсуждая сходный случай возврата незаконно взысканного таможенным органом штрафа, резонно отмечает, что такие отношения, в отличие от взыскания штрафа, характеризуются равенством участников. Продолжая свои рассуждения, автор формулирует не лишнюю оснований презумпцию: всякие отношения по поводу имущества должны предполагаться гражданскими, пока не будет доказано обратное¹. Частным подтверждением этой презумпции может служить и такой вывод ВАС РФ: если таможенный орган заключил договор хранения с юридическим лицом (не являющимся владельцем изъятого транспортного средства), то по такой сделке будут приоритетны нормы гражданских правоотношений².

Наконец, общеизвестно, что отношения, возникающие вследствие причинения вреда действиями органов управления, являются частноправовыми (ст. 1069, 1070 ГК). Почему же отношения, возникающие вследствие изъятия товара, имеют другую природу?

На защиту владения в порядке ст. 234 ГК может претендовать не только покупатель вещи, но и иные лица, которые могут владеть для давности, а также, как представляется, и иные незаконные владельцы, поскольку они не могут быть уличены в недобросовестности.

Такая защита добросовестного приобретателя, конечно, гораздо более эффективна, чем та, которая не выходит за рамки традиционных личных (относительных) исков. Например, Т. Левинова и Р. Ефимов, в целом подтверждая вывод И. Гричина о том, что органы МВД не имеют возможности изъять транспортное средство, незаконно находящееся в обороте³, а вправе в административном порядке лишь «задержать» автомобиль, нисколько не ставят под сомнение то, что возврат угнанного автомобиля потерпевшему в рамках гражданского иска в уголовном процессе вполне возможен⁴. Только после этого они вспоминают и о покупателе, который, как полагают авторы, «полжизни копил деньги на автомобиль». Понимая, что иск покупателя, у которого изъяли автомобиль в порядке «задержания», к преступнику — дело безнадежное, авторы предлагают, опираясь на ст. 461 ГК, предъявить

¹ Белов В. Сингулярное правопреемство в обязательстве. М., 2000. С. 260.

² Закон. 2001. № 3. С. 113.

³ Рассматривая судебный спор о регистрации автомобиля с измененным номером, суд высказал суждение, что изъятие автомашины органами ГИБДД незаконно, так как изъятие имущества, принадлежащего гражданину, возможно лишь по постановлению суда (эж-Юрист. 1999. № 37. С. 8).

⁴ Далее будет показано, что как раз вещные иски УПК и не предусмотрены, возможен лишь иск деликтный.

требования о возмещении убытков к комиссионному магазину как номинальному продавцу, т.е. воспользоваться механизмом эвикции¹.

Есть, однако, опасения, что этот механизм не сработает. Ведь если продавец заявит о недействительности сделки по продаже чужой вещи (угнанного автомобиля), то тем самым отпадут и основания для эвикции, о чем мне уже приходилось писать выше. А это приводит к тому же выводу: у добросовестного приобретателя нет иной действенной защиты, кроме владельческой.

Изложенные проблемы можно рассмотреть на примере, возникшем в практике.

Гражданин-предприниматель Котков обратился в арбитражный суд с иском к банку «Псковбанк» и АО «Реал» об освобождении от ареста нежилого помещения. Иск был удовлетворен. Это решение Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ было отменено по следующим основаниям.

Актом судебного исполнителя Псковского городского суда описано и арестовано нежилое помещение. Основанием для ареста послужил приказ Псковского областного арбитражного суда, взыскателем по которому является АКБ «Псковбанк», а должником – АОЗТ «Реал».

В период составления акта ареста и описи названное помещение АО «Реал» передало гражданину Коткову С.Г. на основании заключенного с ним договора купли-продажи. Установив, что с момента передачи помещения у покупателя возникло право собственности, суд первой инстанции освободил помещение от ареста.

При рассмотрении дела в надзорной инстанции в суд поступили дополнительные сведения о том, что гражданин Котков Г.С. скончался.

Отменяя решение, Президиум ВАС РФ указал, что при новом рассмотрении суду «необходимо проверить, соответствует ли законодательству договор купли-продажи между АО «Реал» и гр. Котковым, учитывая, что помещение приобретено АО «Реал» в процессе приватизации и в короткий срок по той же цене продано гражданину-предпринимателю»².

Очевидно, что здесь мы сталкиваемся с обычным пониманием иска об освобождении имущества от ареста как петиторного, титульного, т.е. основанного только на праве собственности истца, в данном случае вытекающего из купли-продажи имущества у должника. На основании приведенных сведений можно предположить, что кредитор не смог добиться своевременного ареста имущества и вследствие этого сама по себе сделка не может считаться ничтожной как нарушающая арест.

Высказывания Президиума ВАС РФ позволяют также предположить, что имеются основания полагать сделку ничтожной по иным основаниям. Это видно, например, из предложения учесть, что «помещение продано в короткий срок и по той же цене». Поскольку законной целью любой коммерческой организации является получение прибыли, продажа имущества по той же цене, т.е. без прибыли, кроме случаев неожиданного снижения его стоимости, всегда дает основания для обсуждения вопроса о возможности квалификации сделки как мнимой или притворной (как и всегда, когда цели сделки не совпадают с действительными намерениями сторон). В этом случае и без предъявления отдельного иска о недействительности

¹ *Левинова Т., Ефимов Р.* Угон автомобиля как «соцветие» правовых вопросов // Российская юстиция. 1999. № 8. С. 43–44.

² Вестник ВАС РФ. 1998. № 1. С. 38–39.

договора суд вправе дать такую квалификацию; этим, видимо, можно объяснить тот факт, что в протесте ставился вопрос об отмене решения с одновременным отказом в иске, хотя в конечном счете дело было направлено на новое рассмотрение (иного трудно было ожидать после получения данных о смерти истца).

Если сделка является ничтожной как мнимая, совершенная только с целью, например, укрытия имущества от взыскания, то покупатель, конечно, собственником не становится. Но в этом специальном случае он не может считаться и добросовестным приобретателем (и вообще владельцем), о чем говорилось выше; кроме того, если установлены признаки состава п. 1 ст. 170 ГК, то обе стороны тем самым признаются знающими все обстоятельства, касающиеся прав на вещь.

Но если у приобретателя в данном случае нет добросовестности, то он лишен возможности получить защиту по ст. 234 ГК в качестве давностного владельца, хотя в праве предъявить иск по этим основаниям ему нельзя отказать, как видно из предыдущего изложения.

И, наконец, последний вопрос. Если покупатель не приобрел собственности и не является добросовестным, то не изменится ли эта ситуация для его правопреемников? Теория отвечает на этот вопрос без колебаний: «...наследник является преемником наследодателя и в отношении порока его воли»¹; «если наследодатель был *in mala fide*, то порок его владения переходит на наследника, и тот не может даже начать новой давности, несмотря на свою *bona fides*»². Применительно к данному делу это означает, что в любом случае наследники не смогут сослаться на собственную добросовестность.

Интересный материал дает также позиция, достаточно определенно обозначенная в выступлении Т. Пуховой³ и в общем отражающая преобладающую пока тенденцию увязывать предоставление защиты владения непременно с наличием титула.

Автор, насколько можно судить, стремится усилить позиции приобретателя заложенного имущества ограничением возможности оспаривания сделки по приобретению этого имущества, в частности, полагая, что сделка по отчуждению заложенной вещи является оспоримой и может быть признана недействительной лишь при доказанности того обстоятельства, что «приобретатель предмета залога знал или заведомо должен был знать об ограничении прав собственника по распоряжению таким имуществом»⁴.

При таком подходе защита приобретателя утрачивает всякие черты посессорной (хотя название процитированной статьи и указывает на владельческую тематику, ведь добросовестный приобретатель — это не собственник; в противном случае следовало бы говорить о защите собственника и законного владельца) и остается только титульной: если сделка действительна, значит приобретатель — собственник, а если недействительна, значит, он — недобросовестный и лишен защиты.

¹ Дерибург Г. Пандекты. Т. 1. Ч. 2: Вещное право. СПб., 1905. С. 137.

² Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996. С. 257.

³ Пухова Т. Защита добросовестного приобретателя имущества, составляющего предмет залога // Российская юстиция. 1998. № 3. С. 38–40.

⁴ Там же. С. 38.

Нетрудно заметить, что настоящие трудности здесь не устранены, а просто оставлены в стороне. Ведь суть залогового права состоит в праве следования, а не в праве аннулирования распорядительных актов собственника в отношении заложенного имущества. «Если залог препятствует продаже, то эта особенность не составляет вовсе существа залогового права»¹, — указывает Г.Ф. Шершеневич.

Т. Пухова совершенно справедливо отмечает, что при переходе права собственности на заложенное имущество к другому лицу право залога сохраняет силу, но для реализации заложенное имущество должно быть истребовано из чужого владения². Вот здесь-то и заключены главные практические, да и теоретические проблемы.

Обращение взыскания на заложенное имущество в форме его продажи с торгов понимается в смысле возникновения административной по природе компетенции судебного пристава изъять имущество у любого лица, у которого оно будет обнаружено, как это уже отмечалось³.

Но если это лицо не является залогодателем, у него появляется защита против изъятия, которая, однако, может быть только владельческой: ведь ссылки на титул, право на имущество именно в силу п. 1 ст. 353 ГК не имеют силы против реализации залога (этим, т.е. отпадением титульного иска об освобождении имущества от обращения на него взыскания⁴, реализация залога отличается от ординарного исполнения судебного решения). Соответственно и сохранение приобретателем вещи титула на заложенное имущество не имеет значения, а значит, и все усилия, направленные на сохранение силы сделки по его приобретению оказываются тщетными, если отсутствует добросовестность, важная только для незаконного владения⁵.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 241. См. также: Скловский К. Залог, арест имущества, иск как способы обеспечения прав кредитора // Российская юстиция. 1997. № 2 (эта статья помещена в приложениях к иным изданиям книги).

² Весьма характерен такой спор. Продавец, не получив оплаты за проданную недвижимость (переход собственности был зарегистрирован надлежащим образом), потребовал исполнения обязательств от покупателя. Однако выяснилось, что покупатель уже продал здание третьему лицу. Продавец, ссылаясь на возникшее у него в силу ст. 488–489 ГК право залога на проданное, но не оплаченное имущество, предъявил иск к новому покупателю из залога в объеме невыплаченных сумм. Суд, признав наличие залога, отказал в иске, сославшись на добросовестность приобретения, а в силу ст. 302 ГК «для изъятия у приобретателя имущества нет законных оснований» (Савкин С.Ф. Судебно-арбитражная практика по спорам, связанным с применением законодательства о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // эж-Юрист. 1999. № 7. С. 5). Мотивировка решения представляется правильной. В настоящее время действие нормы о залоге неоплаченной недвижимости наталкивается на требования о регистрации вещных прав и обременений. Касательно движимостей вопрос об удержании титула обстоятельно исследован С.В. Сарбашем (см.: Сарбаш С.В. Удержание правового титула кредитором. М., 2007).

³ Имеются в виду ситуации, когда залогодержатель не прибегнул к иску об истребовании имущества, отчужденного залогодателем, а потребовал обращения взыскания на заложенное имущество, находящееся у третьего лица.

⁴ Если оспаривается право залогодателя передать имущество в залог, в том числе по мотиву отсутствия у него собственности, то налицо совсем другой иск — о недействительности залога.

⁵ Здесь, наконец, обнаруживается и противоречие, таящееся во всей системе взглядов, представленных Т. Пуховой (но, конечно, разделяемых не только ею): если важно сохранить именно титул, право на приобретенное заложенное имущество, то добросовестность в дальнейшем, после обсуждения силы сделки, уже не нужна; если же речь идет о добросовестном приобретении (владении), то, значит, нет никакого права, и владение, стало быть, — незаконное, защищаемое только при условии добросовестности. Посылка всех рассуждений, указанная в названии статьи, оказывается тогда утраченной.

Даже если третье лицо будет защищаться иском об исключении имущества из описи (освобождении от ареста), что, судя по состоянию ситуации с владельческой защитой, вполне возможно, аргументы истца будут тем не менее увязываться именно с доброй совестью относительно залога, т.е. иметь владельческую природу.

Следовательно, мы получаем парадоксальную, на первый взгляд, ситуацию, когда позиция незаконного добросовестного владельца заложенного имущества в случае его изъятия административным порядком не хуже позиции владельца законного (законный владелец предполагается добросовестным в отношении залога, поскольку сделка, по которой он получил имущество, не оспорена, а помимо судебного спора добросовестность не может быть опровергнута).

Но здесь как раз и подтверждается тот аспект залогового права, который так хорошо сформулирован Г. Шершеневичем: препятствия к продаже вещи вовсе не составляют сущности залогового права. Значит, и при защите владения заложенным имуществом наличие или отсутствие титула не может принципиально изменить владельческого характера применяемых средств.

Попробуем теперь сформулировать суть такой защиты: если вещь изъята судебным приставом у добросовестного приобретателя (в отношении залога) в порядке реализации залога, то такой приобретатель вправе истребовать ее до продажи, поскольку не опровергнута его добросовестность, т.е. не доказано, что приобретатель был вполне осведомлен о наличии залога.

Наконец, такая защита против изъятия в административном порядке, как уже отмечалось, вообще (не только для залога) возможна лишь постольку, поскольку продажа с торгов вещи несовместима с защищаемой позицией владельца, а такой позицией является *владение вещью как своей*, что присуще как владеющему собственнику, так и лицу, осуществляющему владение для давности.

Впрочем, если изъятое имущество окажется во владении залогодержателя, то истребовать вещь от него ни виндикационным, ни владельческим иском по основаниям ст. 234 ГК, конечно, невозможно. Здесь обнаруживается способ нейтрализовать все имеющиеся средства владельческой защиты, хотя трудно представить, каким образом может быть осуществлена легальная передача заложенного имущества залогодержателю в процессе обращения взыскания на это имущество.

На самом деле, если обычной обязанностью залогодержателя перед покупателем, когда в классическом праве залогодержатель выступал продавцом вещи, является либо совершение традиции, либо (при отсутствии владения) «уступка покупателю своих исков по поводу заложенной вещи»¹, то не может так случиться, что при переходе к продаже через судебного пристава вдруг уже потерянная залогодержателем виндикация возродится.

То новое, что приносит вмешательство публичной власти в реализацию залога, состоит в том, что исковой порядок истребования вещей от фактических владельцев для их реализации заменяется административным, но за ним как раз и следуют направленные на восстановление фактического владения посессорные по сути иски, вновь приводящие к исходной ситуации, если подтверждается добросовестное приобретение, и иного, конечно, материального право позволить не может. Доста-

¹ *Хвостов В.М.* Система римского права. С. 349. Это означает, что если залогодержатель иски потерял, то их восстановить в процессе реализации уже невозможно и покупатель может не добиться вещи.

точно уже того, что истец и ответчик поменялись местами, но это никак не может означать утрату владельческой защиты в принципе.

Нужно отметить, что средства защиты владения, основанные на ст. 234 ГК, о которых говорится в этой главе, в любом случае утрачивают действие, как только изъятая вещь будет продана с торгов¹. После этого вернуть владение становится уже невозможным, а спор утрачивает вещную форму и сводится только к взысканию убытков.

Некоторую связь с рассмотренным выше вопросом имеет старая проблема защиты владения от незаконных актов органов власти. В соответствии с Кодексом Юстиниана рескрипт императора или распоряжение судьи, предписывавшие ввод во владение, не должны были быть приводимы в исполнение в отсутствие прежнего владельца. Точно так же и «выхлопотанное» незаконное судебное постановление о вводе во владение, особенно, если не был заслушан ответчик, могло быть опровергнуто путем владельческого иска, возвращающего прежнему владельцу его владение².

Впрочем, ранее мы рассматривали защиту владения от законных действий административных органов в рамках ст. 234 ГК. Споры, в которых потерпевший владелец ссылается на незаконность действий административных органов, в российском праве будут вестись скорее в рамках процессуальных норм. В то же время есть проблема последствий исполнения акта органа власти, в том числе судебного акта, который был «выхлопотан» незаконными путями, с точки зрения виндикации. На практике преобладает точка зрения, согласно которой, если невозможен поворот судебного решения (например, имущество передано третьим лицам), виндикационный иск прежнего собственника течет обычным порядком, в рамках ст. 302 ГК. В этом случае возникает вопрос, вправе ли собственник сослаться на то, что вещь выбыла из его владения помимо его воли, при обнаружившейся незаконности судебного акта, в силу которого вещь отобрана (независимо от того, имело ли место административное насилие при исполнении судебного акта).

Имевшая место по этому поводу дискуссия в конечном счете разрешилась в пользу собственника — «имущество, изъятое у собственника на основании решения суда, принятого в отношении этого имущества, но впоследствии отмененного, считается выбывшим из владения собственника помимо его воли»³.

В заключение изложения проблемы хочу привести такое дело.

Общество с ограниченной ответственностью «Скорпион», созданное на базе сельского комбината бытовых услуг, т.е. по существу небольшая мастерская, в свое время упусти-

¹ Если вещь изъята органами милиции, например, похищенный автомобиль обнаружен у добросовестного приобретателя и изъят, то возврат владения на основании ст. 234 ГК возможен до тех пор, пока имущество остается на хранении у органа внутренних дел, например, когда собственник не обнаружен. Если оно будет возвращено собственнику, что чаще всего и происходит, то владелец, конечно, не имеет к собственнику никакого иска — ни вещного, ни требования об убытках. Впрочем, в этой ситуации позиция незаконного владельца изначально слабее («беззубая», как говорит цитированный выше английский автор), ведь несмотря на свою добросовестность, он не защищен от виндикации, поскольку у собственника вещь похищена.

² См.: *Иеринг Р. ф.* Об основании защиты владения. Пересмотр учения о владении. М., 1883. С. 94—95.

³ Пункт 11 Обзора судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008г. № 126.

ло возможность правильной приватизации. К моменту, когда возник спор, приватизировать имущество — несколько небольших зданий — уже было невозможно. Однако общество занимало в одном из близких к Москве районов земельный участок, что и предопределило интерес к имуществу.

Районная администрация, убедившись в отсутствии права собственности на строения и землю, предложила обществу уйти. А когда оно отказалось, сославшись, в частности, на то, что в течение 10 лет вложило большие средства в ремонт и реконструкцию строений, домики внезапно сгорели. Остались только фундаменты. После этого глава районной администрации издал постановление о признании этих фундаментов муниципальной собственностью, определив вид объекта как незавершенное строительство.

При том, что объект незавершенного строительства существенно отличается от недогоревшего дома, потерпевшие были лишены даже возможности заявить этот аргумент в суде.

Понятно, что, если бы районная администрация попыталась виндигировать мастерские, она бы дело проиграла, хотя бы из-за пропуска срока исковой давности, который следовало исчислять с 1991 г. К 2003 г., когда возник спор, он уже был безнадежно пропущен. А таким обходным путем имущество оказалось изъято.

Сходство с обсуждавшимися выше проблемами здесь в том, что налицо также действия, коренящиеся в административной компетенции.

Когда общество «Скорпион» оспорило постановление о регистрации прав за районной администрацией, суды всех инстанций, включая Высший Арбитражный Суд РФ, ответили ему в полном соответствии с законом: оспаривание ненормативного акта по ст. 13 ГК принадлежит субъекту права. Поскольку у истца права нет, его аргументы суд выслушивать не вправе.

Возникает вопрос: неужели владелец в нашей стране настолько бесправен, что можно совершать с ним подобные самоуправные действия без всяких последствий? И мы должны признать, что никакой защиты в нашей стране такие владельцы получить не могут. Можно оспаривать только действия, нарушающие право собственности, а вот оспорить ненормативный акт, затрагивающий объект владения, хотя бы и незаконного, запрещено.

К сожалению, и Конституционный Суд РФ не нашел оснований для вмешательства, сочтя тем самым, что беззащитность владельца перед самоуправством вполне отвечает российской Конституции.

Если сопоставить это дело с делом Костелло, то ситуация с защитой владения от действий административных органов в нашем праве не может внушать большого оптимизма.

Тем не менее я все же склонен считать, что защита владения от нарушений административными органами возможна хотя бы в сфере защиты от изъятия.

В связи с изменениями защиты владения, предлагаемыми Концепцией развития гражданского законодательства, можно высказать некоторые предположения относительно защиты владения в порядке ст. 234 ГК вообще и против административного (полицейского) изъятия в частности.

Прежде всего, нужно исходить из факта отказа судов от сколько-нибудь заметного применения нормы п. 2 ст. 234 ГК в течение 15 лет ее существования.

Конечно, немалую роль сыграли условия предъявления иска по ст. 234 ГК, понимаемые как необходимость доказывания всего состава, указанного в ст. 234 ГК, и прежде всего — добросовестности приобретения вещи. Презумпция добросовестности или хотя бы запрет нарушителю владения ссылаться на недоказанность добросовестности истца отвергнута судебной практикой без обсуждения. Соответственно, весьма и весьма обременительным оказывается доказывание иска по п. 2 ст. 234 ГК.

Но еще большую роль сыграла та инерция восприятия незаконного владения, о которой говорилось выше. Современные российские юристы крайне далеки от признания возможности защиты незаконного владения в принципе. Мне вновь и вновь приходится слышать, что само по себе бесспорное и точно вытекающее из закона тождество добросовестного владения и владения незаконного — это заблуждение, формализм и т.д. За этим стоит, конечно, все тот же стереотип недопустимости защиты незаконного владения. Массовое нежелание сделать простейшие выводы из содержания ст. 302 ГК заставляет, кажется, признать тщетность нормы п. 2 ст. 234 ГК при нынешнем состоянии юридического корпуса.

Если будет установлена защита владения, то возникнет возможность (и соблазн) упразднения нормы п. 2 ст. 234 ГК (хотя при этом, конечно, будут утрачены определенные возможности защиты, в том числе — именно те, о которых говорится в этой главе). Тогда защита владения от самоуправства будет осуществляться без доказывания права и без доказывания добросовестности, а развитие владельческой защиты, приспособление ее к нуждам жизни будет происходить за счет развития самого понятия самоуправства.

В то же время отпадет в значительной мере, а практически — пожалуй, и полностью, нужда в защите добросовестного владения, поскольку одновременно предполагается расширение действия моментальной приобретательной давности аналогично ныне действующей норме п. 2 ст. 223 ГК. Моментальная давность, сразу превращая добросовестного приобретателя в собственника, переведет тем самым его защиту в сферу петиторных исков (против самоуправства — также и владельческих).

Если на этой почве отпадет защита по п. 2 ст. 234 ГК, то мы утратим этот инструмент, и оправданием этой утраты будет то, что он так и не был освоен.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ СОБСТВЕННОСТИ И ВЛАДЕНИЯ В РАМКАХ УГОЛОВНОГО ДЕЛА О МОШЕННИЧЕСТВЕ

Мошенничество является одним из наиболее распространенных преступлений против собственности в сфере экономики. Однако назначение уголовного наказания за мошенничество само по себе не означает, что тем самым защищено право собственности. В этой сфере остается немало практических и теоретических проблем, затрудняющих защиту права собственности; в то же время само уголовное преследование нередко становится средством злоупотреблений, направленных против частных прав. Все это достаточно негативно влияет на экономику.

Ряд возникающих вопросов я бы хотел здесь обсудить.

1. Сделки, совершенные мошенником, сами по себе не являются недействительными лишь потому, что они стали средством преступного завладения имуществом.

Нередко приходится слышать, что любая сделка, которая совершена преступником с преступной же целью, является сделкой, противной основам правопорядка и нравственности (антисоциальной) и потому подпадает под действие ст. 169 ГК, т.е. является ничтожной и влечет конфискацию исполненного преступником или подлежащего исполнению им. Основание этих суждений очевидно — не может являться законной сделка, которая сама по себе преступление. А незаконность этой сделки настолько велика, что она, конечно, нарушает основы правопорядка, ибо совершение преступления — такое действие, которое нарушает основы правопорядка.

Однако эти суждения неверны, как уже говорилось выше.

Следует руководствоваться простым правилом: если сомнительно, является ли данная сделка по характеру создаваемых ею прав и обязанностей нарушающей основы правопорядка и нравственности, то следует исходить из того, что она такой не является. Антисоциальность, влекущая квалификацию по ст. 169 ГК, всегда очевидно и заведомо для всех бесспорна и несомненна¹.

Соответственно, мы можем сказать, что для совершения мошенничества обычно используются сделки, не являющиеся антисоциальными. Более того, скорее всего мошенник будет прибегать именно к сделкам вполне законным, ибо заключение договора антисоциального делает весьма затруднительным хищение чужого имущества. Зачем мошеннику присваивать чужие деньги посредством договора об устройстве за плату взрыва в магазине конкурента, при том, что он просто намерен похитить деньги, а не взрывать магазин, если он может достичь того же, заключив договор на поставку товара и заменив его впоследствии суррогатом или вовсе не исполнив? Понятно, что заключение антисоциального договора практически затрудняет хищение, повышает риски преступника, привлекает к нему повышенное внимание официальных органов и неофициальных структур. Простой здравый смысл (а именно здравым смыслом и руководствуются участники хозяйственной деятельности независимо от своей законопослушности) заставляет прийти к выводу, что мошенник не будет прибегать для своих целей к антисоциальным сделкам.

Итак, заведомая квалификация сделки, посредством которой совершено мошенничество, только потому, что сторона сделки осуждена за мошенничество, по ст. 169 ГК, исключается.

Но нас интересует другой вопрос: каким образом защищаются имущественные права потерпевшего, если мошенничество состоит в завладении чужим имуществом? Если неприменима квалификация сделки по ст. 169 ГК, то, может быть, она подпадает под ст. 168 ГК и является незаконной? И это не так.

Несоответствие сделки закону состоит в нарушении определенного положительного закона. Нормы УК РФ не являются, конечно, нормами, регулирующими совершение сделок, поэтому и не могут быть основанием для признания сделок не соответствующими закону. Для этих целей могут применяться лишь соответствующие нормы ГК РФ, в том числе общие нормы о признании сделок недействительными.

Вообще говоря, можно ожидать, что во многих случаях сделки, совершенные мошенниками, будут подпадать под признаки составов, описанных в ст. 178, 179 ГК, потому что мошенники обманывали потерпевших, вводили их в заблуждение.

¹ Содержание и пределы применения нормы ст. 169 ГК подробнее рассматривались выше.

Эти сделки, как известно, являются оспоримыми. Без исков потерпевших эти сделки не могут быть признаны недействительными.

Можно, однако, заметить, что во многих случаях сделки мошенника будут действительными и не будут иметь тех пороков, которые указаны в ст. 178, 179 ГК. Это, в частности, характерно для тех случаев мошенничества, когда мошенник заключает сделку без намерения ее исполнить, только для того, чтобы получить имущество от другой стороны: например, получает деньги взаймы, не имея намерения их вернуть, либо договаривается об оказании услуг или осуществлении работ, но не собирается на самом деле исполнять свои обязательства, а стремится только получить деньги. В этих случаях действительность сделок вполне очевидна. Ведь именно действительность сделки заставляет потерпевшего исполнить ее. Особенно это заметно, когда мошенник приобретает не имущество, а права. Если сделка оказывается недействительной, то никаких прав мошенник по ней не приобрел, а значит, и нет состава преступления либо налицо только покушение на мошенничество.

ГК РФ слабо различает владение и собственность. Тем менее мы вправе ожидать такого различия от УК РФ. Однако можно предположить, что постольку, поскольку речь идет о хищении чужого имущества, в ст. 159 УК РФ имеется в виду как получение имущества в собственность, так и в незаконное владение, но в обоих случаях получение владения является целью преступника. В то же время получение прав, видимо, охватывает все те случаи, когда имущество не находится во владении мошенника либо такое владение не представляет для него самостоятельного интереса (например, хранитель или перевозчик имущества путем обмана добывается получения права собственности на это имущество, которым он владел раньше по иным основаниям).

И в первом, и во втором случае будут возникать разные варианты защиты права потерпевшего, если он сам передал имущество мошеннику, т.е. совершена сделка об имуществе: имущество невозможно передать, не совершив при этом сделки.

Если сделка недействительна как совершенная, скажем, в результате обмана, потерпевший будет обращаться к иску в порядке ст. 179 ГК. Если же сделка действительна, то единственным средством защиты остается иск о неосновательном обогащении. Сам по себе этот иск может быть не только денежным, но и натуральным (ст. 1104 ГК), в том числе в виде обязательства вернуть ту вещь, которая была предметом обогащения. В то же время деликтный иск (если не обсуждать вопрос о возможности причинения вреда посредством сделки) все же не предусматривает возвращения той же вещи.

Мошенник может присвоить имущество и без совершения сделки (путем подделки документов, например). В этом случае потерпевший защищается иском об истребовании вещи из чужого незаконного владения (виндикационным) или (если вещь утрачена) денежным иском о возмещении вреда (возможен и кондикционный денежный иск на тот случай, когда материальным правом допускаются оба, хотя их различия, как мы увидим дальше, существенны для уголовного процесса).

2. Каким образом потерпевший может защищаться на стадии расследования и рассмотрения дела судом? В каких случаях возможен **арест имущества** и какое имущество может быть арестовано?

В соответствии со ст. 44 УПК РФ гражданским истцом является физическое или юридическое лицо, предъявившее требование о возмещении имущественного вреда при наличии оснований полагать, что данный вред причинен ему непосредственно преступлением.

По буквальному смыслу уголовно-процессуального законодательства допустимо только одно предусмотренное нормами гражданского законодательства требование — о возмещении имущественного вреда (ст. 1064 ГК). Вред по общему правилу (ст. 1082 ГК) возмещается в натуре путем предоставления такой же вещи (того же рода и качества), исправления поврежденной вещи либо возмещается в деньгах по правилам о возмещении убытков (ст. 15 ГК РФ), т.е. выплатой расходов, необходимых для восстановления нарушенного права, неполученных доходов.

Это во всяком случае означает, что *гражданский истец в уголовном процессе имеет только обязательственное требование о возмещении вреда.*

Характер возможного требования предопределяет и подходы к одному из наиболее конфликтных имущественных вопросов, возникающих в рамках уголовного процесса: какое имущество может быть арестовано для обеспечения гражданского иска? Едва ли не самые серьезные конфликты возникают при попытках арестовать акции; в этих случаях уголовное преследование нередко превращается из цели в средство. (В дальнейшем я буду делать специальные оговорки о режиме акций.)

Точное применение ст. 44, 115 УПК РФ заставляет прийти к выводу о том, что объектом ареста может быть только собственное имущество обвиняемого, причем любое его имущество, которое может быть реализовано для получения денежных средств.

В рамках уголовного судопроизводства на обвиняемого или подсудимого едва ли может быть возложена обязанность предоставить вещь того же рода и качества, которая ранее принадлежала гражданскому истцу, но даже если такая обязанность и будет возложена приговором в рамках гражданского иска в уголовном процессе, обеспечена эта обязанность может быть только возможностью денежного взыскания. Ведь для изготовления вещи, ее ремонта и подобных действий в том случае, когда подсудимый окажется неспособным это сделать самостоятельно, единственным средством остается только совершение указанных действий другим лицом за его счет.

Кроме того, наложение такой обязанности возможно лишь постольку, поскольку ответчик повредил ранее принадлежавшее истцу имущество и оно утратило свои качества, уничтожено.

Возвращение того же самого имущества в рамках требования о возмещении вреда невозможно. Такое требование имеет природу вещного, а не деликтного (обязательственного). Впрочем, возможно и требование индивидуально-определенной вещи кондикционным иском, но УПК не предусматривает заявления такого иска в принципе, ограничиваясь только деликтным требованием.

Следовательно, *нормы о гражданском иске в УПК исключают арест определенного имущества, принадлежащего обвиняемому на праве собственности, для обеспечения гражданского иска в уголовном процессе.* Аресту подлежит не определенное, а любое имущество обвиняемого.

Если вспомнить вопрос об аресте акций, то приходится признать, что если мошенничество совершено для завладения акциями, то в целях обеспечения граж-

данского иска в уголовном процессе именно эти акции не могут быть арестованы (как не может быть арестован, скажем, и объект недвижимости, на присвоение которого направлены действия преступника).

Особый интерес представляет вопрос о том, может ли быть арестовано в рамках уголовного процесса имущество, находящееся не в собственности, а во владении обвиняемого, хотя такое имущество, конечно, не может быть реализовано для целей обращения взыскания на имущество обвиняемого. Одним из принципов исполнительного производства является, как известно, правило, в силу которого не может быть обращено взыскание по долгам ответчика на имущество, ответчику не принадлежащее на праве собственности. Поэтому для применения мер процессуального принуждения в отношении имущества, находящегося во владении, но не в собственности обвиняемого (гражданского ответчика), могут быть выдвинуты только обоснования, опирающиеся на принадлежность этого имущества гражданскому истцу, который ссылается на свое право собственности (или законное владение). Такое требование является виндикационным (ст. 301 ГК).

Однако, как уже говорилось, по точному смыслу ст. 44, 115 УПК такой арест невозможен, поскольку гражданский истец взыскивает только причиненный ему имущественный вред. Отсюда следует вывод, что защита права собственности на имущество, попавшее во владение обвиняемого каким-либо образом, в том числе в результате преступления (прежде всего хищения), осуществляется за рамками уголовного процесса, что само по себе может быть оправдано тем, что, во-первых, защита права собственности, предусмотренная ст. 301, 302 ГК РФ, не является мерой гражданской ответственности и не увязывается с виной ответчика, а во-вторых, тем, что такие требования, представляющие собой спор о праве гражданском, могут затрагивать права и интересы третьих лиц, а также предусматривать привлечение в процесс органов, регистрирующих права и т.д. В противном случае придется признать, что требование о защите права собственности, в отличие от требований о возмещении причиненного вреда, осуществляется в уголовном процессе с выходом за пределы норм УПК РФ, регулирующих эти отношения, и не имеет, следовательно, законного нормативного основания.

В то же время формулировки ст. 115 УПК содержат указание на возможность ареста имущества, находящегося у других лиц, если есть достаточные основания полагать, что оно получено в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого.

Это правило может указывать только на имущество, подлежащее конфискации. Для целей обеспечения гражданского иска имущество, полученное третьими лицами, могло бы быть взыскано лишь в том случае, если оно находится в собственности гражданского ответчика (которым по смыслу ст. 54 УПК может быть не только обвиняемый), но во владении других лиц. Для сравнения можно указать на ст. 77 Закона об исполнительном производстве, в которой содержится именно такая норма.

Однако тот факт, что закон увязывает арест этого имущества не с принадлежностью его гражданскому ответчику, а с получением в результате преступных действий обвиняемого, подозреваемого, заставляет признать, что *имеются в виду только цели конфискации*. Поскольку мы ограничились рамками мошенничества, кон-

фискация исключена. Следовательно, арест имущества, полученного третьими лицами, в рамках ст. 115 УПК невозможен.

В любом случае арест для целей обеспечения гражданского иска должен охватывать все имущество должника без выделения в нем каких-либо отдельных объектов.

Очевидно, что указание на то, что имущество получено в результате преступных действий, исключает арест его в интересах гражданского истца, так как такое имущество подлежит конфискации.

Кроме того, течение гражданского иска в уголовном процессе предопределяется тем составом преступления, в котором обвиняется обвиняемый.

Если речь идет о мошенничестве, то состав преступления предусматривает либо хищение чужого имущества, либо приобретение права на чужое имущество. В обоих случаях имущество, ставшее предметом преступления, первоначально принадлежит иному лицу (потерпевшему, гражданскому истцу) и посредством преступления, путем обмана или злоупотребления доверием переходит во владение и/или в собственность иного лица.

Следовательно, предметом гражданского иска, не обсуждая, в каком процессе он заявлен, может быть истребование имущества из чужого владения или взыскание его стоимости, если к моменту предъявления требования имущество утрачено похитившим его лицом. В любом случае истец должен доказать, что похищенное имущество первоначально принадлежало именно ему.

В практике возник такой спор.

Против руководителя коммерческой организации было выдвинуто обвинение в том, что, действуя в качестве бенефициара и должностного лица компании, он не исполнил имеющегося опционного соглашения по передаче пакета акций в 100% в пользу определенного лица, а, напротив, передал эти акции иному лицу. При этом мошенничество состоит, насколько можно судить, в том, что то лицо, в пользу которого был установлен опцион, выполнило свои денежные обязательства по перечислению денег компании — собственнику акций, но эти акции не были переданы. В связи с обвинением должностного лица в мошенничестве компания, не получившая акций в порядке исполнения опционного соглашения, потребовала наложить арест на акции, находившиеся у третьего лица¹.

По смыслу ст. 159 УК преступление состоит в хищении имущества, т.е. обращении его в свою собственность, получении прав на имущество. Неисполнение обязанностей не является способом хищения. Следовательно, мошенничество может состоять лишь в том, что имущество, ранее принадлежавшее потерпевшему, стало собственностью иного лица (или хотя бы перешло в его владение). Преступными эти действия будут являться в зависимости от того, как будут судом оценены намерения сторон и правомерность их поведения. Поскольку эти обстоятельства не влияют на обсуждение нашего вопроса, мы не будем их специально анализировать.

¹ Фактически это были не акции, являвшиеся предметом опционного соглашения, а акции, которые принадлежали третьей компании, контролировавшейся посредством этого 100-процентного пакета. Но для целей нашего обсуждения упростим схему контроля, поскольку принципиально важны все же иные аспекты дела.

С точки зрения присвоения имущества очевидно, что только ранее принадлежавшие потерпевшему денежные средства перешли в собственность компании, которой руководил обвиняемый. Иного имущества, ранее принадлежавшего потерпевшему, эта компания не получала ни в собственность, ни во владение. Отсюда вытекает, что только эта денежная сумма и может быть предметом гражданского иска в данном уголовном процессе при соблюдении, конечно, иных условий, указанных в ст. 44, 115 УПК.

Акции, которые, по требованию потерпевшего должны быть арестованы, приобретены по иному основанию, которое само по себе не является порочным с точки зрения норм ГК РФ о сделках и не является частью преступных действий обвиняемого, поскольку обвиняемый их вообще не приобретал (они принадлежат третьему лицу).

Уголовный закон не рассматривает неисполнения обязательства, в том числе обязательства по передаче имущества, возникшего из договора, как мошенничество, поскольку такое неисполнение не является присвоением чужого имущества. Не охватываются уголовным законом, стало быть, действия, направленные на сохранение кем-либо имущества, ранее им приобретенного. Следовательно, УК и УПК не дают оснований для взыскания имущества, имеющегося или (тем более) ранее имевшегося у неисправного должника.

Такое взыскание может быть осуществлено только в рамках гражданского спора.

3. Имущество не может быть арестовано в интересах потерпевшего (гражданина-истца) как вещественное доказательство, в том числе как предмет преступления.

Имеются в виду ситуации, когда выдвигается обвинение, связанное с совершением экономического преступления, направленного на захват акций, либо иного, иногда самым косвенным образом связанного с правом на акции, и при этом ставится вопрос об аресте акций как предмета, на который направлены преступные действия (ч. 1 ст. 81 УПК). Нередко на этом основании акции арестовываются по ходатайству того или иного предпринимателя или компании. Впрочем, приведенные ниже суждения имеют отношение не только к акциям или иным ценным бумагам.

Прежде всего, закон не предусматривает ареста вещественных доказательств, а совершаемые на практике подобные акты органов следствия лишены законного основания. Предусмотрен лишь арест имущества, полученного преступным путем (ч. 3 ст. 82 УПК), что указывает, как уже говорилось выше, на цели конфискации. Ведь если единственным основанием для ареста является квалификация его как имущества, полученного в результате преступных действий или нажитого преступным путем, то это имущество не может обеспечивать гражданский иск, так как не может быть продано с торгов или иным образом реализовано частным лицам для получения денежных средств, необходимых для взыскания причиненного вреда по гражданскому иску. Между тем арест имущества в порядке ст. 115 УПК предусматривает только два основания – для целей конфискации (и тогда в дальнейшем имущество может быть либо возвращено законному владельцу, либо конфисковано) или для обеспечения гражданского иска (и тогда оно может быть только реализовано, продано).

В ст. 82 УПК указывается только на арест имущества для целей конфискации. Но если арест осуществляется для целей конфискации, то поводом к нему не мо-

жет быть ходатайство частного лица, которое заведомо не может иметь интереса в обращении какого угодно имущества в доход государства, поскольку частные лица не уполномочены на выступление в защиту публичных интересов.

Кроме того, санкция той нормы УК РФ, по которой обвиняется лицо, должна предусматривать конфискацию как меру наказания.

Поскольку речь идет о вещественных доказательствах, арест имущества, как уже говорилось, вообще не применяется, кроме рассмотренного случая обеспечения возможной конфискации.

Объяснением этого обстоятельства может быть то, что арест вещи, препятствуя юридическому распоряжению вещью, не исключает возможности физического воздействия на нее, что является недопустимым, поскольку речь идет о доказательстве. Ведь именно те или иные физические, материальные следы на предмете и являются доказательствами преступления. В то же время изъятие вещи и приобщение к делу, т.е. прекращение владения вещью тем или иным частным лицом, вполне обеспечивают нужды доказывания. Соответственно закон и предусматривает не арест, а именно изъятие, лишение фактического владения.

Если мы говорим об акциях, то еще более важно другое. Акции в бездокументарной форме, не являясь предметом материального мира, не могут иметь качеств вещественного доказательства. Информация, заключенная в такой акции, получается и в дальнейшем полностью сохраняется без обращения к определенному, исключительному материальному объекту, предмету. Любое считывающее устройство пригодно для этого. Между тем вещественным доказательством является именно определенный, исключительный предмет, единственный из всех подобных. Доказательство незаменимо. Значит, не только акция, но и те электронные и технические средства, которые могут быть использованы для получения и последующего сохранения заключенной в ней информации, не отвечают признакам вещественного доказательства.

Бездокументарная акция может, видимо, относиться к такому виду доказательств, как иной документ (ст. 84 УПК), если по обстоятельствам дела содержащиеся в ней сведения имеют отношение к совершенному преступлению. Если скажем, речь идет о похищении акций, эмитированных до того, как к ним проявился интерес похитителя (что чаще всего и бывает), то они едва ли могут нести информацию о совершенном преступлении.

Кроме того, не только арест иного документа, который не отвечает признакам, указанным в ч. 1 ст. 81 УПК, не предусмотрен, но невозможно и его изъятие. Дело в том, что акции в бездокументарной форме в силу отсутствия у них качеств предмета не могут быть изъяты, помещены на хранение, иным образом переданы во владение тому или иному органу или лицу, так как в отношении этих объектов владение не может осуществляться. Владение как физическая власть над вещью не может осуществляться в отношении тех объектов гражданских прав, которые лишены материальности, не имеют физических свойств, не являются вещами.

Заключенная в акциях информация, поскольку она получена и зафиксирована способами, предусмотренными УПК РФ, не связана впоследствии материально с самими акциями, и для сохранения этой информации не требуется никаких обеспечительных мер, связанных с существованием акций.

Следовательно, *в отношении акций в бездокументарной форме недопустимы и реально невозможны те меры обеспечения вещественных доказательств, которые предусмотрены УПК РФ.*

Другой вопрос, связанный с судьбой акций, возникает при вынесении приговора или прекращении уголовного дела. Поскольку акции не являются предметами и не могут храниться при уголовном деле, равно как и вообще не могут храниться в качестве вещей (предметов) (а других объектов хранения, кроме вещей, не существует в силу ст. 886 ГК), вопрос, казалось бы, и не должен возникать. Но практика говорит о том, что иногда акции только для того признаются вопреки их природе вещественными доказательствами, чтобы как минимум парализовать права на акции, а еще лучше — изменить в ходе рассмотрения уголовного дела их собственника.

В этом плане может рассматриваться как основание норма п. 6 ч. 3 ст. 81 УПК, которая позволяет «остальные предметы» передать законным владельцам, а при неустановлении последних — в собственность государства.

Неясным, впрочем, остается понятие «законного владельца». Вообще говоря, таким владельцем является то лицо, которое владеет имуществом по воле собственника, так как только собственник способен создать законное основание владения (ст. 305 ГК). Понятие законного владения ограничено сферой частного права, что не противоречит смыслу п. 6 ч. 1 ст. 81 УПК. Однако непонятно, возвращаются ли «остальные предметы» (к которым только и могут быть причислены акции) законным владельцам (как это, например, сказано об имуществе, нажитом преступным путем, когда не применяется конфискация (п. 4 ст. 81 УПК) или же должен решаться вопрос о принадлежности «остальных предметов».

Против последнего предположения (о том, что суд, а тем более следователь вправе решать вопрос о принадлежности «остальных предметов») говорят следующие аргументы: здесь же сказано, что споры о принадлежности решаются в порядке гражданского судопроизводства. Но ведь если имущество изъято у одного лица, а возвращается другому, то тем самым предполагается спор об имуществе. Спор в имущественном смысле предполагает не обязательно внешне выраженный конфликт, заявление иска и т.п. действия. Достаточно хотя бы того, что два или более лица рассматривают себя или рассматриваются иными лицами как владельцы. Владение (как и право собственности) исключительно и не может осуществляться более чем одним лицом. Значит, обнаружение более чем одного владельца и означает наличие спора.

Другой аргумент состоит в том, что в рамках уголовного дела рассматриваются, как уже говорилось, только гражданские иски о взыскании причиненного преступлением *вреда*. Споры о принадлежности имущества, в том числе иски об истребовании имущества из чужого незаконного владения, об истребовании имущества в силу договора или иного обязательства, судом при вынесении приговора не рассматриваются. Следовательно, суд не вправе решить вопрос, не поставленный перед ним в установленном законом порядке.

И.Н. Трепицын правильно пишет (применительно к действию аналогичного правила в русском дореволюционном уголовном процессе), что возврат вещественных доказательств является реституцией, т.е. только восстановлением прежнего положения, без решения вопросов права. Соответственно возврат вещей их

хозяину не означает, что хозяин — это непременно собственник, и не исключает спора о праве в будущем, как вообще не исключает его реституция¹.

Можно представить такую ситуацию. По результатам рассмотрения уголовного дела суд обнаруживает, что лицо, у которого изъято имущество, не имеет права на него, т.е. является незаконным владельцем. И тогда суд не возвращает это имущество бывшему владельцу, а передает в собственность государства. Единственным основанием такой передачи может служить норма ст. 225 ГК о бесхозяйном имуществе. Но эта норма предполагает не только отсутствие собственника, но и отсутствие владельца. Бесхозяйное имущество не может быть отобрано у владельца. Для истребования имущества у незаконного владельца применяется такое известное средство, как виндикационный иск (ст. 301 ГК), который доступен только собственнику или законному владельцу. Суд (следовательно) не относится к числу лиц, имеющих возможность отобрать имущество по этому основанию у незаконного владельца. Не относятся к таким лицам и государственные органы. Кстати, в силу ст. 225, 228 ГК вещи, не имеющие собственника, могут быть обращены в муниципальную, а не государственную собственность (тогда как в п. 6 ст. 81 УПК говорится о государстве, что свидетельствует о слабом согласовании нормы этого Кодекса с применимым материальным законом).

Следовательно, изъятие имущества в рамках уголовного дела не может ухудшить положение незаконного владельца (неважно, добросовестного или нет) по сравнению с ГК РФ.

Применительно к акциям, которые существуют в виде записи на счете за определенным лицом, вывод о незаконном владении в рамках уголовного дела не может быть на самом деле сделан, так как само по себе незаконное владение возникает в силу несовпадения в одном лице собственника и владельца. Владение, как уже говорилось, возможно лишь в отношении физических объектов. Следовательно, применительно к бездокументарным акциям, которые существуют посредством записей в реестре с одновременным указанием лица, которому они принадлежат, расщепление права собственности (или иного права) и владения технически невозможно. Более или менее условно говорить о таком несовпадении права и «фактической» принадлежности акции можно лишь в рамках споров о праве на акции, что, как уже говорилось, невозможно, пока акции остаются в сфере действия УПК РФ.

¹ *Трепицын И.Н.* Приобретение движимостей в собственность от лиц, не имеющих права на их отчуждение. Варшава, 1907. С. 438–439.

ГЛАВА 24

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВА НА ОБЪЕКТ СТРОИТЕЛЬСТВА

Принадлежность недвижимости в классическом праве обычно предопределяется правом на землю, причем право на землю имеет приоритет перед правом на постройку. Наиболее последовательно этот подход проявляется в классическом институте суперфиция¹. Superficius — наследственное и отчуждаемое право пользования строением, возведенным на чужой земле. Superficius (буквально — то, что на поверхности) первоначально возник в римском праве на базе аренды общественных земель. Арендатор возводил здание за свой счет и мог им пользоваться и распоряжаться, располагая сначала интердиктной защитой, а позже — и исковой защитой *in rem*, т.е. вещным иском (*actio de superficies*) против третьих лиц, в том числе против собственника (земли и строения). Суперфициарий мог распоряжаться суперфицием, отдавать его в залог, отчуждать, но с согласия собственника.

Суперфиций мог быть срочным или бессрочным, переходил по наследству. Собственник сохранял право на земельный ежегодный налог рентного типа и в случае неплатежей мог возбудить иск о собственности.

Суть суперфиция состояла в том, что все возведенные постройки *ipso iure* принадлежали собственнику земли в силу правила *semper superficies solo cedere* (все, находящееся на поверхности, следует земле, т.е. принадлежит собственнику земли в качестве *accessio* — принадлежности)².

По российскому праву также считалось, что «строение, составляя принадлежность земли, предполагается собственностью того, на чьей земле поставлено»³.

Интересно, что в царствование Алексея Михайловича в результате борьбы посадков с «обелением», т.е. освобождением новых покупателей посадских усадеб от тягла, была предпринята попытка установить различие прав частных лиц на здания и право города на землю: было запрещено отчуждать участки беломестцам, а владельцам оставалось право распоряжения зданиями. Однако вследствие неэффективности этой меры через несколько лет пришлось запретить продажу усадеб вовсе, но затем под давлением оборота ограничения пришлось все же устраним⁴.

¹ В последние годы появилась литература, посвященная суперфицию и праву застройки, с которой читатель может ознакомиться. Здесь приводятся лишь минимальные сведения об институте.

² Подробнее см.: Римское частное право / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 1948. С. 230—232; Покровский И.А. История римского права. Пг., 1918. С. 276.

Попутно нужно отметить, что если возникала необходимость раздела здания, оно делилось только вертикально, поскольку не допускались разрыв строения с землей и любые горизонтальные разделы (см.: Римское частное право. С. 160).

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 106 (автор приводит лишь одно исключение из этого правила: на казенной земле нижегородского ярмарочного гостиного двора могут быть построены торговцами лавки, на которые им принадлежит право собственности).

⁴ Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Ростов-н/Д: Феникс, 1995. С. 523—524.

Связь строения с землей, сильнее всего обнаруживаемая в суперфиции, оказывается решающей и для определения недвижимости. Согласно § 95 ГГУ и этот подход был воспринят российским правом: «...недвижимостью не должны считаться строения, воздвигнутые на чужой земле в силу какого-либо договорного отношения»¹.

ГК РСФСР 1922 г. воспроизвел право застройки, достаточно близкое к классическому суперфицию. Право застройки (ст. 71–84 ГК РСФСР 1922 г.) определялось как владение и распоряжение строениями, возведенными на государственных земельных участках на началах договорности, срочности и возмездности. Допускались залог и отчуждение права застройки. После прекращения этого права застройщику компенсировалась стоимость строений. Но уже в 1927 г. в институт права застройки были внесены принципиальные изменения. Жилищным кооперативам (первоначально с последующим расширением круга застройщиков) земля стала предоставляться в бессрочное пользование, одновременно у них возникало право собственности на возведенные строения.

Таким образом, было нарушено и прямо перевернуто классическое правило о строении как принадлежности земли (*superficiis solo cedit*)².

Исторической справедливости ради следует заметить, что принцип *superficiis solo cedit* не проводился греческим (и восточным) правом, которое допускало существование двух независимых («горизонтальных») прав: права собственника земли и права собственника того, что находится на поверхности земли (постройки, насаждений)³.

Но едва ли отказ от классического правила «собственнику земли принадлежит все, что с ней связано» произошел у нас с 1927 г. под влиянием древнегреческой традиции; правомерно было бы говорить о разрыве с какой-либо традицией; по словам У. Маттеи, это решение противоречит даже «интуитивной логике»⁴.

С практической же точки зрения существование двух независимых собственников у одной нераздельной недвижимости может быть терпимо лишь до тех пор, пока эти права собственности находятся в спящем, фиктивном состоянии, ближе к фактическим, чем юридическим, т.е. пока запрещен оборот недвижимости. В последующем российском праве обозначенный в 1927 г. подход, как известно, возобладал, а в 1948 г. право застройки было вообще отменено. Можно заметить, что и суперфиций, и право застройки по ГК РСФСР 1922 г. обязаны своим возникновением существованию больших массивов земель с ограниченной возможностью гражданского оборота, поэтому распространение неограниченного права собственности на все виды земель делает суперфиций малоприменимым. Но при введении ограничительных режимов в сфере земельной собственности (а эта идея у нас достаточно популярна) суперфиций становится эффективным способом хозяйственного освоения городских земель⁵. Возможно, именно отсутствие суперфици-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 97.

² Ср.: Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханова. Т. 1. М.: Бек, 1993. С. 299.

³ См.: Медведев И.П. Развитие правовой науки // Культура Византии. Вторая половина VII–XII в. / Отв. ред. З.В. Удальцова и Г.Г. Литаврин. М.: Наука, 1989. С. 223–224. (Такого рода свобода греческого права обычно объясняется его сравнительно более слабым догматическим развитием.)

⁴ Маттеи У., Суханов Е.А. Основные проблемы права собственности. М., 1999. С. 127.

⁵ Это предложение, высказанное мной в первых изданиях книги, было затем поддержано. См., например: Копылов А.В. Вещные права на землю в римском, русском дореволюционном и современном

ция (или иной столь же компромиссной формы) влечет радикализацию земельной реформы, что в свою очередь увеличивает сопротивление реформированию земельных отношений¹ и постоянно заводит их в тупик.

Во всяком случае, сохранение в ГК РФ принципа разделенной по горизонтали собственности на недвижимость (ст. 271 ГК) едва ли можно считать удачным решением вопроса. Взаимоотношения собственников земли и строений определяются соглашением, т.е. носят обязательственный, а не вещный характер. Трудно признать счастливой находкой также идею сноса построек как завершающего этапа взаимоотношений двух собственников недвижимости «при отсутствии соглашения» (п. 2 ст. 272 ГК). Именно в этом, по-видимому, определяющем моменте очевидны преимущества суперфиция, исключаяющего столь разрушительные способы реализации прав² и ценимого русскими цивилистами как «общепризнанный» тип вещного права³.

При обсуждении этой проблемы было высказано мнение, что отказ от суперфиция был продиктован сложившейся в момент принятия ГК РФ ситуацией, когда вся земля находилась в государственной собственности. В этих условиях оформление застройки через суперфиций не давало бы застройщикам права частной собственности на строения; сохранялась сплошная государственная собственность. А это консервировало прежний уклад. Впрочем, зависимость от государства и чиновников в сфере застройки и после отказа от суперфиция осталась сплошной.

Необходимо отметить, кроме того, что при отсутствии правила, гласящего, что «собственнику принадлежит все, находящееся на поверхности участка», весьма затруднена реализация перехода к системе регистрации прав на недвижимость, так как при отсутствии суперфиция возможно и неизбежно несовпадение собственников земли и построек, а также возникновение разных собственников на одном земельном участке, а это влечет чрезвычайное усложнение и известную ненадежность регистрации прав на недвижимость.

Провозглашенный ГК РФ подход не создает также достаточно надежных средств противодействия таким возможным в нашем юридическом быту нарушениям, как реконструкции (перестройки) чужой недвижимости с переводом права на новые постройки в собственность нарушителя.

Вот пример из судебной практики.

Предприниматель получил безвозмездно от организации в собственность склады. Понимая незаконность этой сделки, нарушающей запрет, установленный ст. 575 ГК, он решил обеспечить дальнейшее владение полученным следующим образом: склады были признаны не имеющими ценности из-за износа, и вместо них с использованием, впрочем, ос-

гражданском праве. М., 2000. С. 162–163.

¹ Например, провозглашенный Жилищным кодексом РФ принцип автоматического возникновения права общей долевой собственности на земельный участок под многоквартирным домом не встретил никакого сочувствия городских властей, которые обязаны проводить землеустройство.

² Снос построек — это не нормальный эффект суперфиция, а следствие правонарушения. Тит Ливий приводил пример деятельности Катона, выступавшего в роли сурового цензора, велевшего снести «частные постройки, примыкающие к общественным зданиям или возведенные на общественной земле» (*Тит Ливий. История Рима от основания города* / Отв. ред. Е.С. Голубцова. Т. 3. М., 1993. С. 351).

³ *Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 210.*

новых конструкций «изношенных» сооружений предприниматель возвел кафе, имея все необходимые согласования; о самовольном строительстве речи не было. К моменту обращения за регистрацией собственности на кафе прежний собственник складов потребовал вернуть ему недвижимость.

Если бы речь шла о движимом имуществе, то могла бы быть применена такая эффективная мера защиты, как передача вещи, изготовленной из материала собственника, утратившего материалы вследствие недобросовестных действий лица, осуществившего переработку материала, в собственность потерпевшего (п. 3 ст. 220 ГК)¹. Но эта норма, как известно, не действует в отношении недвижимости, пожалуй, именно по причине правила суперфиция, которое все равно здесь просвечивает.

При сохранении суперфиция реституция земельного участка привела бы к закреплению за потерпевшим собственником и возведенного на ней строения. Но отсутствие этого правила оставляет лишь защиту в рамках ст. 167 ГК в размере стоимости складов и стоимости прав на земельный участок, а такая защита представляется недостаточной. Переход в собственность потерпевшего возведенного на его участке здания невозможен. Поэтому оказывается лишней основания реституция земельного участка с чужим зданием.

Можно заметить, что в ГК РФ предложена неравновесная форма, отдающая приоритет собственнику построек. Кроме полного права на строения он еще имеет и право на передачу вместе со строениями «пользования» земель, не спрашивая земельного собственника (если собственник земли не догадается, конечно, запретить такую передачу, но любой запрет в сфере гражданского права означает вывод имущества из оборота и потому всегда сопряжен с потерями). Следовательно, налицо не только пользование землей, но и довольно своеобразное распоряжение ею, как это, кстати, и происходило на базе известного правила ч. 1 ст. 37 Земельного кодекса 1991 г., позволяющего под видом отчуждения построек уступать земельные участки.

В целом нормы гл. 17 ГК РФ, видимо, рассчитаны прежде всего на уход от старого правового уклада, т.е. несвободны от черт паллиатива и временности. Но тогда следует подумать о путях их дальнейшего развития. В этом отношении можно сказать, что серьезных причин, позволяющих отказаться от принципа «земле следует все, что к ней прикреплено» и более широкого привлечения на этой основе классических вещноправовых институтов, не видно. Изложенное позволяет отметить, что застройку весьма желательно основать на базе вещного права типа суперфиция. Однако суперфиций не может появиться в результате договорной или судебной практики, ведь возникновение новых вещных прав вообще возможно, как известно, исключительно путем их учреждения, прямого введения в закон, так как такие права возникают не иначе как путем прямого легального установления.

Шагом на пути к суперфицию можно считать провозглашенный ЗК РФ принцип принадлежности земельного участка и расположенного на нем строения одному лицу (ст. 1, 35 ЗК). В то же время возникшая в первые годы реформ юридическая конструкция помещения в здании как самостоятельного объекта права собствен-

¹ Этот механизм может применяться в тех случаях, когда реституция становится невозможной из-за существенных изменений полученного по ничтожной сделке имущества (например, разборки автомобиля с заменой в нем деталей и т.п.).

ности, без всякой связи его с земельным участком, серьезно усложняет развитие права на землю в городе.

В Концепции развития гражданского законодательства признается необходимость установления суперфиция (вещного права застройки). Обсуждение этого предложения выявило некоторые препятствия, которые, судя по всему, встанут на пути суперфиция.

Во-первых, это сопротивление тех инвесторов, которые освоились с существующими формами застройки, получили на рынке монопольное положение и не хотят им рисковать.

Во-вторых, это сопротивление чиновничества, которое вместе с суперфицием утрачивает текущий контроль за городским строительством и городскими застройщиками (осуществляемый сегодня посредством, скажем, такой уродливой формы, как предоставление земельных участков под застройку в форме аренды, что позволяет постоянно держать арендатора земли в подчиненном положении).

Наконец, разворот всех существующих прав, среди которых – права собственности на здания, строения, помещения, оторванные от прав на землю, в сторону суперфиция, несомненно, сопряжен с опасностями психологического характера, ведь даже юристу нелегко успокоиться на мысли, что право застройки по существу сильнее права собственности на строение или помещение без права на землю либо с правом аренды земли. Чтобы избежать этих рисков, видимо, придется находить длительные формы сосуществования разных режимов застройки, что таит в себе, особенно в первые годы, опасность реставрации прежнего уклада.

Остается надеяться, что переход к суперфицию, сколь бы долгим он ни был, все же начнется в ближайшем будущем. На мой взгляд, именно здесь – наиболее важный и ценный пункт намеченного изменения гражданского законодательства.

До сих пор взаимоотношения участников застройки регулируются главным образом посредством обязательств, что создает немало проблем.

Одной из таких проблем стал вопрос о праве на объект строительства. Очевидно, что он не может быть решен единообразно для всех случаев застройки.

Если застройщик ведет строительство для себя и своими силами и средствами, то, очевидно, все права на объект застройки все время принадлежат ему, и он вправе им распорядиться как на стадии строительства, заключая так называемые договоры долевого участия (инвестиционные)¹, по которым дольщикам (инвесторам) принадлежат лишь обязательственные права, так и после завершения строительства путем продажи всего здания или его частей в порядке, установленном для распоряжения недвижимостью.

¹ С принятием 30 декабря 2004 г. Федерального закона «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» договор долевого участия включен в число поименованных и не может более использоваться для обозначения самых разных юридических связей участников строительства. Теперь стороны чаще прячут свои намерения за инвестиционными договорами, которые могут быть чем угодно.

Далее я исхожу из того положения, которое сложилось в строительстве, когда договором долевого участия (а затем инвестиционным) охватываются как договоры синаллагматические, встречного типа, так и договоры с единой целью для всех участников, совпадающие с простым товариществом. Соответственно употребляемые термины относятся к ситуации до 2004 г. Ее актуальность после 2004 г. скорее увязана уже с договорами, называемыми инвестиционными.

Несколько сложнее отношения у созастройщиков, вступивших в отношения совместной деятельности (простого товарищества) для совместного строительства. Застройщики на базе простого товарищества приобретают право общей долевой собственности на объект и распоряжаются им сообща, если не возникает спор, который приходится решать в суде и который, как правило, приводит к прекращению совместной деятельности с одновременным разделом объекта.

С точки зрения права на объект довольно спорной кажется ситуация со строительным подрядом. Приведем внешне достаточно несложное, но типичное дело для иллюстрации основных проблем.

Строительная организация РСУ АО «Синтез», получив под застройку земельный участок в с. Шпаковском Ставропольского края, заключила договор подряда с АО «Канелс», выступившим в роли заказчика, на строительство 16-квартирного жилого дома. В свою очередь заказчик имел договор с миграционной службой, по которому он обязался за счет последней обеспечить строительство и передачу ей в собственность жилого здания. В связи с тем, что заказчик, приняв работы, их оплатил не полностью (используя при этом средства миграционной службы), договор был после длительной переписки расторгнут, а объект остался недостроенным. Подрядчик заявил в суде иск к АО «Канелс» о взыскании суммы долга за принятые работы, а также расходов по охране объекта после прекращения строительства и в связи с отсутствием средств у ответчика просил обратить взыскание на сам объект застройки.

Естественно, что в первую очередь возник вопрос: кому принадлежит право собственности на объект? Казалось бы, в любом случае истец в силу ст. 359–360 ГК имеет право на удержание вещи как кредитор против неисправного должника вплоть до реализации ее в порядке, установленном для залога. Однако совершенно очевидно, что и в этом случае необходимо определить принадлежность вещи для правильного указания номинального продавца и соответственно для распределения полученного при продаже, тем более, что стоимость объекта явно превышала сумму долга, а кроме того, ситуация обострялась наличием другого кредитора того же должника – миграционной службы.

В прямой форме вопрос о праве на объект строительного подряда законом не решен, а содержание норм о подряде не позволяет прийти к однозначному толкованию. Классика также не дает достаточного материала для уверенного решения этого вопроса¹, кроме, может быть, высказывания Павла: «Если я даю заказ на постройку дома с тем, чтобы подрядчик делал все на свои средства, то он переносит на меня собственность на сделанное, и однако, это является наймом»². Это высказыва-

¹ И. Покровский указывает, что собственно *locatio-conductio operis* имел место, лишь если материал был дан заказчиком; если мастер делал вещь из собственного материала, то такой договор считался уже куплей-продажей. Впрочем, этот договор в римском праве «далеко не получил надлежащего развития» (Покровский И.А. История римского права. С. 332).

Г.Ф. Шершеневич не затрагивает данный вопрос, уделив общему понятию подряда чуть более одной страницы (см.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 371–372).

² Дигесты. С. 316. Можно привести также слова Ульпиана: «Подрядчики, которые возводят здание из своих камней, немедленно делают камни принадлежащими тем, на чьей земле они строят» (Дигесты. С. 134).

ние, впрочем, имеет в виду строительство на земле заказчика и потому имеет скорее вещное, нежели обязательственное звучание, а упразднение правила *superfities solo cedit*, о котором уже говорилось, исключает такой наиболее естественный для строительства ход рассуждений, согласно которому достаточно определить собственника земли и тем самым предпрешить все прочие вопросы, и потому снимает в этом отношении специфику строительного подряда, заставляя искать решение в подрядном праве в целом. По той же причине ситуация приобретает беспрецедентный характер, исключая привлечение мирового права и заставляя искать собственные юридические решения.

Правило ст. 219 ГК о возникновении права собственности на вновь создаваемую недвижимость с момента ее государственной регистрации¹, как будто исключая собственность подрядчика (не затрагивая движимого имущества), также не решает всех возникающих вопросов, поскольку «объект строительства» (понятие принадлежит законодателю — прямо так сказано, например, в названии ст. 742 ГК) как имеющее определенное единство имущество еще до возможности признания его зданием, сооружением или иной недвижимостью уже вовлекается в гражданский оборот и может служить предметом сделок (залога и других, в том числе указанных в ст. 360, 712, 720 (п. 6), 729, 742 ГК).

Кажется, именно в этом смысле определен «объект» в выводе постановления Президиума ВАС РФ: «...поскольку ответчик обязался построить и передать в собственность истца построенные коттеджи, возможность удовлетворения иска о признании права собственности на не завершенный строительством объект зависит от наличия между сторонами договорных обязательств», так как из обстоятельств дела видно, что «фактически стороны прекратили исполнение обязательств досрочно»², и тем самым ссылая на правило ст. 219 ГК, которая также сделана в этом постановлении, не может изменить сути дела как спора о праве именно на незавершенный объект строительства.

Ю.В. Романец высказывается за то, что «если расторжение договора простого товарищества в отношении одного из товарищей не влечет за собой прекращение этого договора в отношении остальных товарищей», то должен быть произведен реальный выдел доли вышедшего товарища при том, что вышедший товарищ «не вправе претендовать на долю в окончательном результате»³. Получается, что незавершенный объект строительства становится предметом прав как целое, подле-

¹ В связи с этим, как отмечает Е.А. Суханов, до регистрации строящегося объекта он не может быть признан недвижимостью (Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Ред. журнала «Хозяйство и право»; Спарк, 1995. С. 283).

² Вестник ВАС РФ. 1997. № 4. С. 60.

³ Романец Ю.В. Договор простого товарищества и подобные ему договоры (вопросы теории и судебной практики) // Вестник ВАС РФ. 1999. № 12. С. 108–109.

Существует иная, противоположная практика — выдел недопустим, пока не возник объект собственности, хотя бы объект незавершенного строительства. Эта практика представляется более обоснованной. Прежде всего непонятно, как производить выдел строящегося здания, которое ежедневно меняется. Но дело даже не в этом. Выход из товарищества («несвоевременный отказ» от договора) отнюдь не означает права на выдел. А раздел — это следствие прекращения товарищества. Между тем выход из числа товарищей не всегда влечет прекращение товарищества. Отказ в выделе вышедшего товарища без прекращения товарищества может быть обоснован с позиций ГК РФ тем, что не достигнута цель товарищества, хотя бы в будущем объект и был создан; ведь в этом создании товарищ больше не участвует.

жащее разделу или выделу, не только при прекращении договора строительного подряда, но и, например, при выбытии одного из товарищей. (Пока кто-либо из товарищей не выходит, их взаимоотношения остаются, конечно, обязательственными, тогда как с третьими лицами связь возможна только вещная — прежде всего защита, которую может вести любой из товарищей.) Но выдел возможен только из вещи, являющейся объектом права; непонятно, что делать, если такой вещи еще нет. Очевидно, что рекомендация Ю. Романца невыполнима¹.

Необходимо при этом отметить, что указанные в нормах ст. 712, п. 6 ст. 720, ст. 729, 742 ГК права на объект строительства сами по себе не имеют природы вещного права. В тех случаях, когда реализация права требует отчуждения (как, например, при удержании), предполагается, конечно, государственная регистрация объекта. Но выдел доли вышедшего товарища не может рассматриваться как необходимость отчуждения и не должен влечь регистрации объекта незавершенного строительства.

О природе объекта строительства высказаны различные суждения в рамках более широкой дискуссии о понятии недвижимости.

Как отмечает Е.А. Суханов, до регистрации строящегося объекта он не может быть признан недвижимостью². Эта позиция поддерживается многими цивилистами. Однако высказан и противоположный взгляд. Например, Е. Болтанова, исходя из естественных признаков недвижимости, считает, что объекты незавершенного строительства «прочно связаны с землей», и потому относит их к числу недвижимости³.

Аналогичную позицию занимает и О. Романов, полагающий, что «объект строительства, неразрывно связанный с землей, вне зависимости от того, завершены

На мой взгляд, здесь в некоторых случаях может отыскиваться обязательство товарищей из неосновательного обогащения перед вышедшим участником, как будет показано далее. Нельзя исключить, видимо, и иск об убытках, если другие товарищи своими действиями виновно причинили убытки вышедшему; возможна, впрочем, и ответственность вышедшего товарища.

Целью выхода из простого товарищества является, следовательно, нежелание брать на себя вновь возникающие обязательства из договора (например, если дела идут не так, как ожидал данный участник, или предлагается поддерживаемое большинством (когда решения принимаются таким образом) решение, с которым этот участник не согласен).

¹ Следует исходить из того, что выход из товарищества влечет утрату всех прав на еще не созданный результат одновременно с освобождением от ответственности по тем обязательствам товарищей, которые возникнут после выхода (собственно, для целей такого освобождения и осуществляется выход из товарищества). В дальнейшем этот аспект товарищества еще будет затрагиваться.

² Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Спарк, 1995. С. 283.

Интересно, что английские юристы, обсуждая близкий к суперфицию институт длительной аренды, предполагающий возведение и поддержание в течение долгого срока (21 год и более лет) жилого здания на чужой земле, высказывали афоризм: кирпичи и известка (bricks and mortar) принадлежат арендатору, земля — лендлорду. После многолетних дебатов, конечно, не о том, являются ли «кирпичи и известка» стройматериалами, а о том, справедливо ли без всякой компенсации отдавать арендодателю построенное, перестроенное и сохраненное не им здание, был принят специальный закон об аренде (Leasehold Reform Act 1967), а затем и последовавшие законы, предоставившие арендаторам право на принудительный выкуп всей недвижимости, включая землю. Таким образом, оперирование идеей стройматериалов можно обнаружить и применительно к завершенным и давно стоящим зданиям (кстати, квартиры и мезонины, в том числе из кирпича, под действие закона не попали).

³ Болтанова Е. С. Понятие и правовой режим недвижимости // Журнал российского права. 1999. № 5/6. С. 83.

строительные работы или нет, неправомерно рассматривать как движимое имущество, поскольку он подпадает под определение недвижимой вещи, данное в ст. 130 ГК. Однако объект этот до момента государственной регистрации не имеет собственника, подрядчику принадлежит лишь право владения им¹.

Но признание объекта строительства недвижимой вещью уже в силу ст. 128–129 ГК означает, что он приобретает все качества объекта гражданских прав, поскольку не изъят из оборота по прямому указанию в законе².

(Отвлекаясь от темы строительства, приведем характерный пример.

Новоалтайским ОВД был изъят находившийся на складе АО «Первомайский агроснаб» спирт, значившийся по ж.д. накладной как груз олифы, поступивший от АФХ «Возрождение», а по дорожным ведомостям – как водка, поступившая от ООО «Шевро». Получатель продукции был неизвестен. Емкости со спиртом, кроме того, не имели надлежащей маркировки. На этом основании груз был признан находящемся в незаконном обороте в соответствии с Указом Президента РФ от 18 августа 1996 г. № 1213 «Об усилении государственного контроля за оборотом алкогольной продукции». Однако при передаче изъятых спирта в собственность государства был заявлен виндикационный иск. Суды апелляционной и кассационной инстанций признали право собственности на спирт за ООО ПКП «Рост». Отменяя это решение, Президиум ВАС РФ указал, что недопустима передача собственнику имущества, находящегося в незаконном обороте³.

Отмечу также, что вообще в спорах о праве собственности на алкогольную продукцию мотив ограниченной оборотоспособности выходит на первое место⁴.)

Отстаивание такой позиции неизбежно повлечет признание недопустимости любых сделок относительно объекта строительства.

Еще труднее согласиться с попыткой уйти от вопроса посредством ссылки на «право владения». Во-первых, никакого права владения нет, как об этом говорилось выше. Во-вторых, у владения тоже есть объект, хотя это не всегда объект права, и его нужно как-то квалифицировать.

Следует привести и высказывания Б. Гонгало, выдвигающего в качестве главного аргумента тот, что объект самовольного строительства не может быть ничем иным, как недвижимостью, хотя собственности на него и нет. Этот автор не согласен с тем, что недвижимость – понятие юридическое, а не фактическое⁵.

Однако и самовольно выстроенный объект – понятие также юридическое. При этом нет никакой юридической необходимости отнесения его ни к движимости, ни к недвижимости, поскольку за застройщиком в любом случае признается право собственности только на стройматериалы независимо от того, смонтированы ли они.

¹ Романов О. Государственная регистрация прав на недвижимость и сделок с недвижимым имуществом: некоторые проблемы правоприменения // *Хозяйство и право*. 1998. № 7. С. 71.

² О связи оборотоспособности и способности вещи находиться на праве собственности см. также: *Эбзеев Б.Б.* Гражданский оборот: понятие и юридическая природа // *Государство и право*. 1999. № 2. С. 37.

³ *Вестник ВАС РФ*. 1999. № 5. С. 37–39.

⁴ См., например: *Зинченко С., Удовенко А., Галов В.* Проблемы изъятия и конфискации имущества собственника // *Хозяйство и право*. 2000. № 1. С. 76–84.

⁵ *Гонгало Б.* Понятие недвижимости // *эж-Юрист*. 2001. № 11. С. 12.

Основанием позиции О. Романова, Б. Гонгало и других авторов, недоумевающих, как можно не считать недвижимостью реально существующую вещь, тесно связанную с землей, стало определение недвижимости в ст. 130 ГК.

Но, как замечал Г. Шершеневич, дефиниции в праве бесполезны, а, пожалуй, могут оказаться и вредны. Р. Барт говорил о «бесплодности тавтологии» в «деноминативных законах, регулирующих в Гражданском кодексе виды собственности»¹, едва ли зная о высказывании Г. Шершеневича. Тем более замечательно это подтверждение бесплодности называния вещи своим именем, которое вместо отождествления (ибо *отождествление есть процесс правоприменения, осуществления прав применительно к фактам конкретного спора, а не создания нормы права*; в тексте закона тождество — это тавтология) предлагает не только бессмысленный и бесполезный, но и прямо создающий препятствия действительной жизни, а потому и ошибочный прием тавтологии.

Полезно вспомнить также и суждение Е.В. Васьковского: «...хотя устанавливаемые в законе определения терминов являются в сущности предписаниями понимать эти термины в известном смысле и потому имеют характер норм, соблюдение которых обязательно для граждан, тем не менее это — нормы особого рода: второстепенные, вспомогательные, пояснительные. Они не обладают самостоятельным значением и сами по себе не могут получать применения в жизни, а служат исключительно для разъяснения смысла других норм. Поэтому, если они в каком-либо частном случае достижению этой цели не способствуют, то их следует игнорировать»². Поэтому есть все основания присоединиться к суждению А.Н. Сыродоева: «...нельзя ту или иную вещь, исходя из данного в ст. 130 ГК определения, по своему усмотрению относить к недвижимости»³. Действительно, для права объекты материального мира существуют постольку, поскольку они приобретают юридическое значение. Право — сфера чисто идеальная, а не фактическая, поэтому весь мир природы (натура) находится вне рамок права. Если право называет некоторый объект вещью, то не потому, что эта вещь физически существует, а только потому, что она становится предметом прав и обязанностей.

Приходится напомнить, что объект права — это юридическая конструкция, а не физический феномен⁴. Обсуждая феномен денег, мне приходилось цитировать Ф. Хайека, который, следуя солидной философской традиции, отмечал, что свойства вещей не даны природой, а отражают человека, т.е. это — свойства социальные.

К сожалению, многие юристы не замечают «бесполезности всех эмпирических попыток определения предмета»⁵, не понимая, что за предметом стоит действительное социальное, в том числе правовое, отношение, которое и дает этому предмету те или иные значения, что сам по себе предмет никогда не равен самому себе, сово-

¹ Барт Р. Мифологии / Пер. с фр. М., 2004. С. 201. Имеется, в частности, в виду и перечисление движимых и недвижимых вещей в ФГК.

² Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002. С. 113.

³ Сыродоев Н.А. Регистрация прав на землю и другое недвижимое имущество // Государство и право. 1998. № 8. С. 92.

⁴ Подробнее см.: Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: Теория и судебная практика. СПб., 2002. С. 109 и сл.

⁵ Бодрийяр Ж. К критике политической экономии знака. М., 2003. С. 59.

купность его свойств, делающая его объектом данного отношения, никогда не дана никакой реальностью, существующей помимо человека, да и реальность — это результат сложившейся, данной (и потому кажущейся самоочевидной) социальности.

Но очевидность общественной данности не позволяет все же полагать бытие юридических объектов, обладающих собственными, а не данными им человеком качествами. Апелляция здравомыслящих юристов, черпающих уверенность в «наивной очевидности и схемах начальной психологии»¹, как бы ни был широк круг внимающих им, к объекту «самому по себе», — это, стало быть, свидетельство отказа от анализа собственно юридических качеств явления, а иные качества объекта права никакого значения не имеют.

Попробуем разобраться, в какой мере норма ст. 219 ГК (именно эта норма, а отнюдь не легальная дефиниция, нормой не являющаяся и попавшая без особой нужды в закон, имеет юридическое значение²) препятствует осуществлению и защите гражданских прав.

Общий смысл нормы ст. 219 ГК состоит в том, что до государственной регистрации вещь, тесно связанная с землей (и сама земля), не попадает в оборот, не может быть объектом права³. Иного смысла у этой нормы нет.

Если мы назовем недвижимостью самовольно возведенное строение, то чего мы добьемся? В оборот это строение все равно не попадет, незаконны будут не только его отчуждение, но и сдача в аренду и пр. Зачем же настаивать на том, что это — недвижимость? Только для того, чтобы примирить свои повседневные ощущения со степенью развития своих юридических представлений? Но назначение юриспруденции, как и иной отрасли гуманитарного знания, как раз в том, чтобы отделять юридическое (психологическое, философское и т.д.) от житейского. Тот факт, что в праве весьма велика прикладная роль, не означает все же упразднения правоведения.

Иная, кроме оборота, форма юридического бытия вещи — защита от внешних посягательств. Действительно, нарушителю все равно, зарегистрирована ли недвижимость, возникло на нее право или нет. Имущество может быть отобрано у владельца независимо от этого. Но в этом случае должна даваться именно владельческая защита. Суд не должен выяснять, какова природа захваченного имущества: и движимое, и недвижимое, оно равно подлежит государственной защите⁴. Истцу

¹ Бодрийяр Ж. К критике политической экономики знака. С. 62.

² Устранить коллизию между нормами ст. 130 и 219 ГК можно техническими средствами. Предположим, что ст. 130 ГК вовсе исключается из Кодекса, а ст. 219 тогда будет звучать примерно так: «Право собственности на здания, сооружения и другое вновь создаваемое недвижимое имущество, т.е. на объекты, тесно связанные с землей, перемещение которых невозможно без несоразмерного ущерба их назначению, возникает с момента государственной регистрации. Правила о регистрации прав на земельные участки и вещи, приравненные к недвижимости, излагаются в статье 223 Кодекса и других соответствующих нормах». В этом случае, надо полагать, смущающее действие дефиниции будет существенно ослаблено.

³ Еще раз повторю, что возможны обязательственные права по поводу таких объектов; как всякое обязательственное право, это право к лицу, а не на вещь.

⁴ Имелся спор, когда администрация города потребовала от владельцев киосков на рынке немедленно убрать их, несмотря на имевшиеся арендные договоры на земельные участки. Владельцы киосков обратились в суд с негаторным иском, но суд потребовал от них доказательств государственной регистрации киосков. Это — безусловно, ошибка суда. Совсем не важно, зарегистрировано право на

достаточно доказать, что он вел владение мирно и открыто. И объект незавершенного строительства, и самовольно возведенное строение в равной мере подлежат защите от внешних посягательств. В противном случае мы вынуждены будем признать, что можно без последствий отбирать чужое имущество в зависимости от его юридического статуса. Думаю, ни один юрист не выступит в поддержку этого тезиса.

Может последовать такой довод: если есть объект защиты, значит, есть и защищаемое благо. А благо — это объект. Ранее уже говорилось, что благо прежде, чем стать объектом, должно приобрести определенные качества. Но, кроме того, владельческая защита дается личности, а не вещи. Владение будет защищаться и тогда, когда нападение совершено на негодный объект, например, осуществляется защита от похитителя облигаций, выданных юридическим лицом, не имеющим на то права, либо ничтожных по любым иным основаниям.

Попутно можно заметить, что как не всякий объект права может быть объектом владения, так и не всякий объект владения может быть объектом права. На это обстоятельство применительно к приобретательной давности (впрочем, учитывая существенные отличия этого института в российском праве XIX в. и в современном ГК РФ, параллель не должна идти дальше только владения) обращал внимание И.Е. Энгельман, когда говорил, что части вещей (например, домов) могут быть объектами владения по давности¹, хотя такие части (и это совершенно верно) не могут быть объектом права.

Когда мы вслед за Савиньи говорили о возможности владения земельным участком не одним лицом, то при этом отнюдь не имелось в виду, что при этом возникают новые объекты права, хотя объектов владения будет на одном участке несколько.

И.П. Писков, разделяющий теорию естественности недвижимости, указывает на те сферы, где качества недвижимости обнаруживаются независимо от регистрации: приобретение по давности, невозможность применения к строительству правил о спецификации².

Отметим этот разумный подход. Невозможно обсуждать объект права исключительно с позиций его естественности: в том и состоит отличие права от естественных наук, что оно не только отвлекается от всяких юридически безразличных качеств вещи, но и привлекает качества, юридически значимые. Именно это и попытался показать И.П. Писков.

Первый довод — о приобретении по давности. Нам не раз приходилось убеждаться в том, что приобретательная давность — институт оборота. При этом сделка, которая создает незаконное добросовестное владение, должна быть во всех отношениях корректной и иметь только порок в части прав на объект отчуждателя. Иначе невозможна добрая совесть. Очевидно, что если приобретен незарегистри-

киоски или нет, достаточно доказать правомерность их приобретения. В любом случае законный владелец имущества — и движимого, и недвижимого — имеет право на защиту от помех в пользовании своим имуществом. Впрочем, в иске не было отказано. В ходе процесса администрация города отказалась от своих требований.

¹ Энгельман И.Е. О давности по русскому гражданскому праву: Историко-догматическое исследование. М., 2003. С. 340.

² Писков И.П. Гражданско-правовой режим зданий и сооружений. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 16. И.П. Писков не считает самовольную постройку недвижимостью, полагая, что она не является и вещью.

рованный объект, то такую сделку считать корректной и порождающей владение для давности не приходится.

Можно выйти за рамки, предложенные И.П. Писковым и рассмотреть также варианты приобретения собственности без доброй совести, скажем, по ст. 225 ГК. Здесь приобретение бесхозяйной недвижимой вещи по приобретательной давности возможно лишь после постановки на учет органом, осуществляющим государственную регистрацию прав на недвижимое имущество (п. 3 ст. 225 ГК). Регистрация объекта в данном случае имеется, хотя бы и без указания собственника, поэтому действие правила ст. 219 ГК здесь не исключается, а скорее дополняется специальной нормой. Заметим, что в ст. 219 ГК не говорится о регистрации права, а только о регистрации объекта права.

Можно также заметить, что если будет признана возможность приобретения по давности без доброй совести, то возникнет и возможность получения права собственности на самовольно возведенные строения, если только нет препятствий, вытекающих из публичных норм, т.е. если строения не несут угрозы жизни и здоровью, не нарушают градостроительных норм и правил и т.п. Объект возникнет, конечно, по правилам ст. 219 ГК.

Второй аргумент – о спецификации. Очень важный аргумент, и он, пожалуй, указывает на действительный источник проблемы. Правило о спецификации – правило классическое, и не применяется к недвижимости оно именно в силу более сильного правила суперфиция. Спецификация исключается именно суперфицием, а не понятием недвижимости.

Но хотя правило суперфиция и не принято (думаю, временно) ГК РФ, полностью его искоренить невозможно, так как это правило является куда более естественным (конечно, в юридическом смысле, в смысле естественного права), чем понятие объекта недвижимости. И то, что собственник стройматериалов не может овладеть чужим земельным участком только в силу принадлежности ему стройматериалов, сколь добросовестно он бы ни действовал, – это настолько естественно, справедливо, что пересмотр этого правила в любой правовой системе представляется невозможным.

Естественность принципа суперфиция, как уже говорилось, является, конечно, не природной, физической естественностью, а хозяйственной и общеправовой. Именно закономерности хозяйственной жизни влияют определяющим образом на выявление тех или иных свойств вещей, как и на само выделение вещи.

Связь постройки с землей с одновременным признанием ведущего значения за земельным участком приобретает принципиальное значение не по воззрениям физики или географии, а с точки зрения хозяйственного и жизненного уклада. Ведь земельный участок не может быть вновь создаваемой вещью (тогда как вся проблема «естественности» объекта недвижимости связана именно с вновь создаваемыми вещами), он всегда кому-то принадлежит. Таким образом, признание естественности связи с землей, конечно, хозяйственной (юридической), снимает всю проблему, уводя строение за земельным участком.

Для прояснения ситуации позволю себе ввести такую параллель: если на векселе нет вексельной метки, то он векселем не является (можно по желанию указать на иные обязательные реквизиты). Но почему мы тогда говорим именно о векселе,

а не об акции или другой вещи? Неужели и в этом случае нам придется признать, что есть вексель фактический и есть юридический? Видимо, дело в том, что право в состоянии реагировать на вещи, которые являются не чем иным, как известной системой качеств через саму эту совокупность качеств (а качество — суть отношение). И при определенной комбинации качеств реакция права состоит, например, в требовании дополнить имеющиеся качества, и на этих условиях вещь становится объектом права. Но это отнюдь не значит, что без всех установленных правом требований вещь уже имеет свойства объекта права.

Теперь мы можем определиться с тем, что есть естественного в недвижимости, — это правило суперфиция. И без всякой регистрации, которой не было в римском праве, это правило позволяет в каждом конкретном случае определиться с принадлежностью строения.

Но отсутствие суперфиция делает еще более важной норму ст. 219 ГК, которая одна остается определителем такого объекта права, как недвижимость, среди норм частного права. Впрочем, имеется еще массив норм земельного законодательства, которые практически исключают действие правила спецификации, вводя сложный порядок легального получения владения земельным участком для целей строительства. Иными словами, правомерное строительство, ведущееся без договора о земельном участке (а именно внедоговорная переработка охватывается нормой о спецификации), невозможно. А нелегальное строительство охватывается нормой ст. 222 ГК и ст. 220 не регулируется вовсе.

Таким образом, можно сделать вывод, что исключение недвижимости из-под действия спецификации, хотя и находится в русле традиции (и могло бы быть объяснено только этим), отражает также системные связи норм 219, 220 и 222 ГК и лишь указывает на эти связи.

С позиций защиты я не могу согласиться с иной крайностью, когда объекты незавершенного строительства рассматриваются, поскольку они не могут считаться недвижимостью в силу ограничений, установленных ст. 219 ГК, в качестве стройматериалов. Тогда получается, что собственность на объект принадлежит собственникам соответствующих материалов, но при этом неизбежно придется допустить общую долевую собственность на объект, а это не только сомнительно само по себе, но очевидно противоречит смыслу подряда, да и существующей хозяйственной практике. Ведь норма ст. 742 ГК говорит об объекте строительства отдельно от материала, оборудования и другого имущества, используемых при строительстве. Это вполне понятно, если учесть, что объект строительства не складывается как простая сумма стоимости стройматериалов, но поглощает также стоимость проектирования, строительных работ, права на земельный участок. Таким образом возникает новый объект, обладающий повышенной ценностью, причем не видится убедительных доводов в пользу невозможности возникновения права (еще раз повторю — не вещного) по поводу такого объекта как целого¹. И защищаться от третьих лиц должен именно объект как целое, а не отдельные стройматериалы.

¹ У. Маттеи высказывает вполне тривиальную мысль, которая, однако, с трудом воспринимается в нашем законодательстве об обороте недвижимости: «Выбор в пользу исключения того или иного объекта, обладающего определенной экономической ценностью, из сферы рыночных отношений, как правило, контрпродуктивен и должен быть мотивирован политически» (Маттеи У., Суханов Е.А. Указ. соч. С. 141).

Нужно признать, что процесс строительства является с юридической точки зрения процессом утраты строительными материалами своей идентичности (а в некоторых случаях, когда речь идет о потребляемых материалах, — и самого физического бытия). Стальная арматура и бетон преобразуются в строительные конструкции, строительные конструкции — в стены и перекрытия, а те в свою очередь — в корпус и здания, снабженные также деревянными, стеклянными и прочими элементами, изготовленными из доставленных на площадку заготовок. Все эти вещи отличны друг от друга, что вполне очевидно. Но утрата идентичности означает исчезновение самой вещи как объекта права. Поэтому использование материалов в ходе строительства влечет прекращение на них права собственности в силу правила: право собственности существует, пока существует вещь¹.

Таким образом, объект строительства — это новый объект, в котором строительные материалы как вещи уже исчезли. Нет никакой возможности считать, что возникает несколько вещей: если не в силу связи с земельным участком, то в силу предназначения, хозяйственного единства объект строительства — это единый новый объект.

Взгляд на объект как целое продемонстрирован ВАС РФ при рассмотрении иска заказчика к подрядчику и его кредитору о признании права собственности на смонтированные подрядчиком дверные блоки и об освобождении их от ареста. Суд указал: требования заказчика являются обоснованными, «поскольку истцу принадлежит недвижимость², частью которой являются дверные блоки, и последние не существуют в качестве отдельного предмета, в связи с чем не могут быть включены в акт описи имущества»³. Очевидно, что суд рассматривает объект строительства как единое целое, принадлежащее заказчику.

Такое понимание кажется достаточно близким тому подходу, который виден из п. 2 ст. 25 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее — Закон о регистрации прав на недвижимое имущество). По буквальному смыслу этой нормы свойства недвижимости «объект незавершенного строительства» получает «в случае необходимости совершения сделки» с ним.

Можно, следовательно, сказать, что недвижимость здесь создается силой оборота, хотя по разъяснению, данному в п. 16 постановления Пленума ВАС РФ от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, свя-

¹ См. также: *Беленькая А.А.* Проблемы квалификации права на объект строительства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 15.

² В данном случае к моменту вынесения решения судом первой инстанции уже был подписан акт о приемке законченного строительством здания, но в момент наложения ареста на дверные блоки здание являлось объектом незавершенного строительства.

³ Вестник ВАС РФ. 2000. № 1. С. 15. Применительно к самовольным постройкам (их объединяет с объектом строительства то, что они выпадают из деления вещей на движимые и недвижимые; точнее выпадают из числа *вещей*) высказываются против конструкции «совокупность стройматериалов» в пользу «объекта» также И.Д. Кузьмина и В.И. Луконкина (см.: *Кузьмина И.Д., Луконкина В.И.* Правовой режим самовольной постройки // Вестник ВАС РФ. 2001. № 11. С. 127). Это вполне оправданно, поскольку для самовольных построек, как уже говорилось, право собственности застройщика (нарушителя) на стройматериалы сомнения не вызывает (хотя это право скорее на ценность, а не на субстанцию, что, впрочем, не абсолютно, поскольку постройка может быть разобрана). Поэтому если считать самовольную постройку стройматериалами, то придется признать, что нарушитель имеет на нее право собственности.

занных с защитой права собственности и других вещных прав», объект незавершенного строительства приобретает свойства недвижимости во всех случаях, если только он не является предметом действующего договора строительного подряда¹. Если следовать логике этого разъяснения, то надо признать, что, с одной стороны, здесь расширяется норма ст. 25 Закона о регистрации прав на недвижимое имущество, поскольку и до совершения сделок объект уже имел свойства недвижимости². Но с другой стороны, пока действует договор строительного подряда, совершение сделок как с объектом недвижимости для заказчика (как, впрочем, и для подрядчика) исключается, и те сделки, которые совершаются в хозяйственной практике с объектами незавершенного строительства без прекращения подряда, должны, следовательно, получать иную квалификацию.

Комментируя это разъяснение Пленума ВАС РФ, В. Витрянский отмечает, что «если объект незавершенного строительства является предметом действующего договора строительного подряда, то в этом случае о нем нельзя говорить не только как об объекте недвижимого имущества, но и как об объекте вещных прав: он является объектом обязательства, вытекающего из договора строительного подряда, и замена сторон этого обязательства (заказчика и подрядчика) возможна лишь по правилам уступки прав требования и перевода долга по обязательству»³.

Иной подход отстаивает Е.А. Суханов, полагающий, что «если объекты незавершенного строительства являются предметом договора строительного подряда и находятся в стадии возведения, их нельзя признавать недвижимостью — право собственности на них как на известную совокупность движимых вещей по условиям подрядного договора до момента их сдачи в эксплуатацию принадлежит собственнику соответствующих стройматериалов». Развивая этот подход, автор указывает, что объекты незавершенного строительства, упоминаемые в ст. 25 Закона о регистрации прав на недвижимое имущество, «могут считаться недвижимостью лишь в случае консервации строительства»⁴.

Действительно, если рассматривать объект незавершенного строительства только как предмет договора, то с консервацией объекта, которая знаменует и прекращение договора подряда, обязательственные права прекращаются, теперь не остается иного выхода, кроме закрепления объекта на праве собственности.

Полагаю все же, что норма п. 2 ст. 25 Закона о регистрации прав на недвижимое имущество допускает и более широкое толкование, позволяющее считать недвижимостью, конечно, при условии регистрации, объект незавершенного строительства, поскольку он способен стать предметом сделки⁵. Тогда, говоря о собст-

¹ Вестник ВАС РФ. 1998. № 10. С. 19.

² Впрочем, судебная практика, пожалуй, скорее соединяет оба этих требования, чем противопоставляет их. Например, АО, построив сооружения своими силами (т.е. без действующего договора строительного подряда), не смогло их зарегистрировать до сдачи объекта в эксплуатацию, поскольку не доказало, что намерено совершить сделку с ним (см. п. 4 информационного письма ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»» (эж-Юрист. 2001. № 9. С. 7).

³ Витрянский В.В. Договор продажи недвижимости // Вестник ВАС РФ. 1999. № 8. С. 108.

⁴ Суханов Е.А. Приобретение и прекращение права собственности // Хозяйство и право. 1998. № 6. С. 5.

⁵ Пленум ВАС РФ в постановлении от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» идет еще дальше, ко-

венности на объект, мы можем понимать норму ст. 219 ГК РФ так, что, поскольку не имеется государственной регистрации, речь не может идти о праве собственности на недвижимое имущество.

Имеется другой объект, который не тождествен объекту недвижимости.

Дилемма во всяком случае представляется такой: до передачи вещи она может принадлежать¹ либо подрядчику, либо заказчику. В первом случае исполнение подряда — передача вещи заказчику — может считаться моментом перехода собственности, а во втором — это передача только владения и одновременное возникновение права собственности. Как я пытался доказать, говоря о механизме возникновения прав, права только возникают, но не передаются.

М.И. Брагинский показал, что рассматриваемый вопрос имеет непростую историю в российском праве и решался по-разному. Он приводит аргументы, выдвинутые в процессе подготовки реформы законодательства в 1982 г.: «Ближайшей задачей должно быть возложение на подрядчика риска случайной гибели предмета подряда. Необходимо, чтобы материальный объект договора стал на стадии строительства «собственностью» (кавычки автора. — К.С.) подрядчика. Тогда можно будет прийти к выводу, что результат стал действительно объектом договора»². В этой связи М.И. Брагинский полагает, что норма п. 2 ст. 703 ГК, в силу которой «подрядчик передает свои права заказчику», подтверждает, что законодатель признает подрядчика собственником вещи до такой передачи.

Несомненно, эта норма является серьезным аргументом в пользу данного подхода, несмотря на то что законодатель все же не указал, какие именно права передаются.

Именно такое толкование можно обнаружить в судебной практике.

Например, давая оценку требованию заказчика признать за ним право собственности на часть незавершенного строительством здания (спор возник в связи с продажей здания подрядчиком третьему лицу, которое достроило здание и в свою очередь продало его четырем юридическим лицам на праве общей собственности), Президиум ВАС РФ указал, что «право собственности на спорное здание возникает с момента передачи подрядчиком заказчику здания по окончании его строи-

гда указывает (п. 16 указанного Постановления), что не завершенные строительством объекты относятся к недвижимому имуществу, если только не являются предметом действующего договора строительного подряда (Вестник ВАС РФ. 1998. № 10. С. 19).

¹ Здесь можно говорить о собственности (на вещь), поскольку речь идет о подряде вообще, т.е. не только о строительстве. Для создания посредством подряда движимостей материалы — это тоже вещи или вещь. Применительно к созданию (строительству) недвижимости уже сделаны оговорки.

Можно указать также, что законодатель говорит о том, что заказчик как субъект инвестиционной деятельности «наделается правами владения, пользования и распоряжения капитальными вложениями» (Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»). В этом контексте эти права не отождествляются, а противопоставляются праву собственности. Вообще употребление законодателем триады правомочий чаще сигнализирует о том, что законодатель воздерживается от признания за субъектом этой триады права собственности; иными словами, с точки зрения современной законодательной техники это обозначение скорее говорит об отсутствии права собственности у обладателя триады.

² Брагинский М.И. Подряд // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 368.

тельства. Поэтому право собственности на незавершенный объект строительства у истца отсутствовало»¹.

Нельзя, впрочем, не заметить определенной произвольности этого вывода. Ведь из того, что собственником недвижимости не стал заказчик, в данном контексте еще не следует, что им является подрядчик или иной владелец объекта: поскольку в ст. 219 ГК речь идет о недвижимости, здесь более логичен был бы иной вывод — о том, что раз нет предмета собственности (объекта недвижимости), нет и собственника. Иногда именно эта логика принимается судом как основа для решения дела.

Постановление принято с применением норм ст. 95 Основ гражданского законодательства, которые не содержат принципиальных отличий от норм ст. 703 ГК. Однако учитывая, что ГК РФ определенно вносит иные новые положения в регулирование подряда, нельзя исключить, что высказанная в этом постановлении позиция может быть иной применительно к данному Кодексу.

То, что определенная линия еще не сложилась, можно, по-видимому, заключить из другого постановления: в договор подряда был включен пункт, согласно которому в случае нефинансирования объекта заказчиком «его права и доля квартир» передаются другому лицу или подрядчику. Но когда подрядчик до исполнения договора потребовал исполнения этого условия, Президиум ВАС РФ отклонил это требование, указав, что для принудительной передачи прав от заказчика подрядчику нет законных оснований². Хотя речь шла прежде всего о распоряжении обязательственными правами, если бы суд твердо стоял на позиции принадлежности объекта подрядчику, то в постановлении это несомненно нашло бы какое-либо отражение. Ведь в этом случае «доля квартир» предполагалась бы принадлежавшей подрядчику без дополнительных условий, пока не произведена передача готового объекта.

В другом деле ВАС РФ пошел еще дальше и не поставил под сомнение право заказчика или инвестора (но во всяком случае не подрядчика) продать оплаченные квартиры еще до завершения расчетов и сдачи дома³.

Те суждения судов, из которых вытекает право подрядчика распорядиться объектом до его сдачи заказчику по своему усмотрению⁴, в том числе путем отчуждения третьим лицам, имеют столь далеко идущие практические последствия, что сомневаться в актуальности вопроса или оставлять за ним чисто академический интерес уже невозможно. Не менее важна принадлежность объекта и с точки зрения прав кредиторов заказчика или подрядчика: хотя в рамках исполнительного производства объект незавершенного строительства будет регистрироваться как объект пра-

¹ Вестник ВАС РФ. 1996. № 9. С. 81.

² Там же. № 11. С. 58–59.

³ Вестник ВАС РФ. 1997. № 5. С. 75–76.

⁴ Коль скоро подрядчик признан собственником, то любой кроме нормативного или судебного запрет на распоряжение вещью, в том числе и посредством оговорок в договоре, хотя применительно к подряду такие оговорки, насколько известно, не практикуются, вступает в противоречие с нормой ст. 209 ГК и является ничтожным. (Здесь уместно напомнить положение римского права: «...договоры, по которым стороны обязываются не отчуждать известной вещи, не имеют вещного эффекта; отчуждение, совершенное вопреки им, действительно; нарушение договора порождает лишь иск об убытках» (Хвостов В. М. Система римского права. С. 242). Вопрос подробнее обсуждался выше.) Поэтому в любом случае проблема решается только в рамках вещного, а не обязательственного права.

ва собственности, важно прежде понять, по чьим обязательствам — заказчика или подрядчика — на объект строительства будет обращаться взыскание.

Существуют определенные сомнения в исчерпанности аргументации.

Во-первых, в силу ст. 705 ГК РФ на подрядчика возложен риск случайной гибели предмета договора до его передачи заказчику (тем самым законодатель последовал обоснованным рекомендациям М.И. Брагинского).

Однако если подрядчик предполагается собственником вещи, то нет никакой необходимости специально переносить на него риск, так как здесь достаточно прямого действия ст. 211 ГК. Следовательно, это норма не столько подтверждает собственность подрядчика, сколько ставит ее под сомнение¹.

Во-вторых, в соответствии со ст. 729 ГК заказчик вправе требовать передачи ему результата незавершенной работы в случае прекращения договора до исполнения. Трудно понять основание такого требования, если собственником вещи предполагается подрядчик.

Кроме того, непонятно, какой смысл в предоставлении подрядчику права удержания вещи и особенно ее реализации по правилам, установленным для залога, т.е. для чужой вещи² (ст. 712, 360 ГК), если подрядчик является ее собственником.

Та же логика прослеживается и в правиле п. 6 ст. 720 ГК: если заказчик уклоняется от получения вещи, то она реализуется, а вырученная сумма за вычетом всех причитающихся подрядчику платежей вносится на имя заказчика в депозит. Такой порядок применяется всегда только для чужих вещей.

Наконец, невозможно указать основание возникновения собственности на стороне подрядчика ни экономически, ни юридически. Если с момента заключения договора заказчик обязан оплатить работу, то одновременное возникновение у подрядчика и права на оплату работы, и права на вещный результат этой работы лишено очевидного основания.

В юридическом отношении непонятно, по какому основанию собственником становится подрядчик. Вообще говоря, если отвлечься от разбора вариантов, когда материал передан той или иной стороной договора, не способного в принципе изменить суть проблемы, то основанием для возникновения права собственности должно быть признано изготовление (производство) вещи (п. 1 ст. 218 ГК). Но здесь мы, кажется, и находим решающее обстоятельство: в силу нормы п. 1 ст. 218 ГК изготовление вещи лишь тогда порождает право собственности для изготовителя, когда она им создана *для себя*.

Очевидно, что суть, специфика подряда, выделяющая его из числа других договоров, состоит как раз в том, что вещь создается *для другого*. Следовательно, основание п. 1 ст. 218 ГК не имеет силы для подрядчика и, напротив, применимо к заказчику (подобно тому, как передача вещи комиссионеру непосредственно

¹ Например, по римскому праву, которое, как уже говорилось, допускало подряд лишь при условии, что вещь, данная для работы, принадлежала заказчику, общим принципом было: «случайная гибель или порча работы, происшедшие до сдачи исполнения работы, ложатся на подрядчика, после сдачи работы — на заказчика» (Римское частное право / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 1948. С. 493).

² С.В. Сарбаш подчеркивает (и с этим нельзя спорить) «невозможность удержания ретентором своей собственной вещи» (Сарбаш С.В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств // Вестник ВАС РФ. 1997. № 9. С. 127).

порождает право собственности у комитента, поскольку комиссионер действует в чужом интересе)¹.

Найти подтверждения верности такого подхода можно и в судебной практике.

Опубликовано дело, предметом которого был спор между подрядчиком — МП «Башкортостан» и заказчиком — гражданкой Н. Подрядчик предъявил иск о признании права собственности на не законченный строительством жилой дом. Земля не была выделена, поэтому строительство являлось самовольным, однако с учетом намерения администрации выделить участок под индивидуальное жилищное строительство суд нашел возможным признать право собственности, которое было закреплено за гражданкой Н., «поскольку ею были представлены достоверные доказательства выполнения своих обязательств по договору подряда оплатить стоимость работ и материалов на строительство дома»².

Если исходить из того, что подрядчик не может быть собственником вещи, то необходимо определить характер права подрядчика на вещь до ее передачи. Пожалуй, это законное владение, основанное на титуле из договора подряда, поскольку оно ведется по воле собственника (или для собственника).

Например, возложение на заказчика затрат на консервацию строительства без вины заказчика (ст. 752 ГК) позволяет сделать вывод, что объект держится именно для заказчика. Из этого вытекает далее, что заказчик наряду с подрядчиком имеет право виндикации объекта против третьих лиц, уместность чего едва ли можно оспорить. В то же время попытки заказчика завладеть объектом помимо законного порядка дают и подрядчику право на защиту против заказчика на основании ст. 305 ГК (такого рода споры известны в практике). Повторю, впрочем, что практически это будут все же не вещные споры, а споры из договора подряда, имеющие личный характер.

Владение подрядчика, усиленное правом удержания и правом реализации объекта как залога, не означает, однако, наличия вещного права, а указывает на право/обязанность из обязательства (обязанности подрядчика состоят в сохранении предмета подряда). Соответственно мы должны признать, что подрядчик не имеет права распоряжения объектом строительства как своим; не может он им и пользоваться; на предмет подряда нельзя обращать взыскание по долгам подрядчика.

Наличие права на объект подряда, следовательно, признается за заказчиком. При распоряжении недостроенным объектом заказчик, как можно видеть, не передает владения (без прекращения подряда это и невозможно, так как владе-

¹ Н.В. Дыбовская также отмечает, что буквальное толкование ч. 1 ст. 218 ГК приводит к выводу, что заказчик (застройщик) является собственником объекта незавершенного строительства (см.: Защита прав предпринимателей арбитражными судами // Государство и право. 1997. № 2. С. 59).

Э. Гаврилов присоединяется к позиции, признающей заказчика собственником вещи, приводя указанные выше аргументы (хотя и не все), связанные с анализом механизма удержания, и нормы ст. 218 ГК. При этом автор, пожалуй, переоценивает влияние противоположных взглядов, полагая, что в литературе «практически единодушно отстаивается позиция, что предмет договора подряда становится собственностью заказчика в момент сдачи-приемки вещи, а до этого момента ее собственником является подрядчик» (Гаврилов Э. Когда заказчик становится собственником предмета договора подряда? // Российская юстиция. 1999. № 11. С. 14). Как нетрудно убедиться, к моменту опубликования статьи Э. Гаврилова в литературе имелись самые различные высказывания по этому вопросу, и никакого единодушия не наблюдалось.

² Бюллетень ВС РФ. 1997. № 10. С. 14.

ние подрядчика защищено, как мы убедились, титулом), имея в виду, что вместе с прочими правами приобретатель получает право требовать передачи ему вещи либо в порядке ст. 703, 720 ГК (при завершении работ), либо в порядке ст. 729 ГК (если договор прекращен досрочно). При этом момент возникновения права собственности у приобретателя определяется по правилам ст. 223 ГК¹. Иными словами, распоряжение заказчика своим правом на объект строительства до его получения от подрядчика непосредственно порождает у приобретателя только обязательственные права, если сам cedent сохраняет прежнюю позицию заказчика, а тем самым и право собственности на объект. Приобретатель приобретает то же право, что и заказчик, только встав на его место, а для этого необходимо согласие подрядчика, поскольку заказчик несет разнообразные обязательства по договору подряда.

Наконец, возможно полное распоряжение незавершенным объектом строительства с регистрацией соответствующей сделки, как это вытекает из нормы уже упомянутой ст. 25 Закона о регистрации прав на недвижимое имущество. Нет сомнения, что такая форма применима, когда расторгнут договор подряда и объект передан (возвращен) заказчику.

Более сложным является вопрос о возможности использовать такой способ распоряжения и при замене на стороне заказчика или даже застройщика с оставлением подрядчика на объекте. Именно в этой ситуации и обнаруживаются трудности, существующие в силу примитивности легальной конструкции владения. Ведь составленный акт приема-передачи незавершенного строительством объекта будет наталкиваться на возражения, что действительной передачи владения не было, если на площадке все время оставался тот же подрядчик.

Существующее в российском праве понятие владения исключает более сложное и, вероятно, более адекватное оформление передачи объекта, при котором владение подрядчика считалось бы держанием или опосредованным владением, а заказчик рассматривался бы как действительный владелец и имел бы, соответственно, возможность совершить акт передачи владения, не изымая фактически объект у подрядчика. Тот факт, что объект строительства постоянно меняется и не может быть идентифицирован как объект права собственности, не препятствует наличию здесь объекта владения, который, как уже говорилось, не обязательно совпадает с объектом права и во всяком случае имеет меньше свойств: для него менее существенны или вовсе не существенны те качества, которые указывают на ценность, потребительские и меновые качества вещи.

Возможно, именно эта логика объясняет уже обсуждавшуюся позицию Пленума ВАС РФ, разъяснившего в п. 16 постановления от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», что только те объекты незавершенного строительства относятся к недвижимому имуществу, которые не являются предметами

¹ Здесь затрагивается общий вопрос перехода собственности при сохранении владения третьим лицом. Например, в германском праве (§ 931 ГГУ) передача права на виндикацию приравнивается к традиции (подробнее см.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. С. 184).

В российском праве уступка виндикации как требования, основанного на вещном праве, невозможна. Однако в данном случае не исключена цессия требования объекта, основанная на обязательстве.

действующего договора строительного подряда¹. Хотя здесь и есть объект владения, но нет еще объекта права, который мог бы быть исчерпывающе индивидуализирован и тождествен сам себе.

Следовательно, пока действует договор строительного подряда, предмет прав заказчика не может считаться недвижимым имуществом и тогда, когда заказчик распоряжается так или иначе своими правами.

В завершение дискуссии я все же должен вернуться к норме п. 2 ст. 703 ГК, говорящей о передаче подрядчиком прав на предмет подряда заказчику. Напомню, что главным образом именно на этой норме М.И. Брагинский основывает свой вывод о том, что предмет подряда принадлежит подрядчику.

Поскольку речь идет о правопреемстве, эта норма может получить такую же оценку, что и норма об обязанности продавца передать покупателю право собственности на товар (ст. 454 ГК). Сходство вполне очевидно. Анализируя в других главах книги эту обязанность продавца, мы могли видеть, что на самом деле никакого юридического акта по передаче права продавец не совершает и соответствующей обязанности на самом деле не исполняет. С точки зрения механизма правопреемства право и вовсе никогда не передается, а возникает у одного лица и прекращается у другого (если оно у него, конечно, было).

Вернувшись к подряду, мы также можем убедиться, что никакого специального акта по передаче права, отличного от передачи самого предмета подряда, подрядчик не совершает. Закон подробно описывает процедуру приемки результата работы, но не упоминает, как и каким образом при этом передаются права. Остается предположить, что никакой передачи прав (как это свойственно и купле-продаже) не происходит. Во всяком случае никакого действия по передаче права подрядчик совершать не должен. Налицо лишь передача владения.

Вопрос о праве на предмет подряда решается и в данном случае, как и в случае купли-продажи, по установлениям *правопорядка*, а не по воле сторон. Таким установлением и являются императивные² нормы п. 1 ст. 218, 219 ГК, соответствующий анализ которых был сделан ранее. Императивность норм п. 1 ст. 218 и ст. 219 ГК исключает иное решение о принадлежности предмета подряда, в том числе и если бы такое решение было принято сторонами договора. На самом деле условие договора подряда, в силу которого предмет подряда некоторое время принадлежит на праве собственности подрядчику (и в это время он не может быть, следовательно, предметом удержания), а затем — заказчику, являлось бы ничтожным. И на практике, насколько известно, таких условий не бывает, хотя подрядчики и могли бы быть в них заинтересованы, например, для повышения своей кредитоспособности.

Но подряд имеет отличия от купли-продажи именно в том пункте, что здесь правопреемства не может происходить из-за постоянного изменения самого предмета, поэтому и сам по себе аргумент о передаче права вызывает сомнения.

Строительство состоит в том, что завершается создание нового объекта права; соответственно все ранее возникшие права на иные объекты права (прежде все-

¹ Вестник ВАС РФ. 1998. № 10. С. 19.

² Императивность этих норм неслучайна. Ими охватываются вещные, а не договорные отношения сторон. Поэтому стороны лишены возможности пересмотреть правила, установленные этими нормами. Третьи лица в свою очередь имеют возможность верно судить о принадлежности вещи.

го на строительные материалы) утрачиваются (поэтому не представляется корректным и квалификация объекта строительства как совокупности строительных материалов). Вместе с новым объектом возникают и новые права. В тот момент, когда объект завершен, и возникает вся полнота прав на него, т.е. право собственности на новую вещь. В силу ст. 218 ГК такие права возникают у того лица, которое создает объект для себя.

То лицо, которое создает вещь впервые для другого, не приобретает на нее прав. Но ведь определенные права могут возникнуть на те вещи, которые послужили материалом для создания новой вещи. Эти права, очевидно, исчезают в момент переработки, изготовления вещи. Можно указать и на иные права, возникающие в процессе создания объекта, например обязательственные права из договоров хранения (охраны), страхования, обязательства по наладке и гарантийному обслуживанию механизмов и оборудования, являющихся частью созданного объекта, а также сервитуты прохода или проезда и т.п. В любом случае все права, связанные с предметом подряда, существовавшие у подрядчика, не могут ему принадлежать после передачи изготовленного предмета заказчику. Только в этом смысле и можно буквально понимать п. 2 ст. 703 ГК, где говорится, что все права, связанные с предметом подряда, которые имелись у подрядчика, передаются заказчику. Представлять же дело так, что на вновь созданный объект право собственности сначала возникает у подрядчика, а затем он его передает заказчику, нет оснований. Ни в какой момент времени подрядчик не является собственником создаваемого и созданного им предмета.

Можно сказать, что подрядчик (а точнее — правопорядок) в момент передачи вещи создает заказчику право, которого сам подрядчик не имел.

Определившись с правом на объект строительства, мы можем более уверенно судить об основаниях взаимоотношений между иными (кроме подрядчика) участниками застройки.

Наибольшее число споров, связанных с правом на объект застройки, вытекает из договоров, раньше называвшихся договорами долевого участия, а затем — инвестирования, что еще не предопределяет их квалификации.

Прежде всего суд пытается ответить на вопрос о том, является ли договор об участии в строительстве договором о совместной деятельности (простого товарищества), и если основания для такой квалификации имеются, то на спорный объект распространяется режим общей долевой собственности, причем общая собственность возникает непосредственно вместе с возникновением самого объекта как результата совместной деятельности.

Как уже говорилось выше, с принятием закона об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости стороны лишены возможности свободно присваивать название долевого участия договору простого товарищества. Как ни толковать правила о свободе договора, они не позволяют, конечно, называть один договор именем другого, если оба указаны в положительном законе. Поэтому есть смысл обсудить, по каким причинам участники строительства, имеющие перед собой общую цель, обозначают договор об участии в строительстве не как простое товарищество, а как договор инвестирования (долевого участия, совместного строительства и т.д.). Во многих случаях это объясняется тем, что некоторые участники пытаются придать своему монопольному

положению на рынке либо своим административным возможностям качества инвестиций и за их счет увеличить свою долю в общем объекте. Это технически возможно, конечно, только в договоре простого товарищества, лишенного в отличие от договора купли-продажи (и договора долевого участия в том качестве, в котором он введен сейчас в гражданское законодательство) начал эквивалентности.

В то же время эти участники не склонны принять такие черты товарищества, как общее управление, общие риски, общая прибыль, общая собственность. И чтобы избежать таких отношений и тем самым присвоить себе всю прибыль из проекта, они устанавливают в этой части иные отношения, характерные для купли-продажи, но в случае возникновения неблагоприятных последствий вспоминают об общих рисках товарищей и стремятся возложить их на всех участников (которых для этого именуют не имеющим определенного частноправового значения термином «инвесторы»).

Такая практика, обычно прибегающая к теории смешанного договора, является, конечно, негодной прежде всего из-за того, что синаллагматический, встречный договор¹ и договор простого товарищества принципиально *не смешиваются*, как бы ни хотел того кто-то из участников договора. В одном договоре невозможно сочетать встречные и общие цели. «Единство интересов позволяет противопоставить договор простого товарищества другим договорам, для которых достижение результата — получение имущества, выполнение работ или предоставление услуг составляет в указанных случаях цель только для одного из кредиторов»². Но противопоставление исключает смешение.

Известно, что в договоре простого товарищества нет кредиторов и должников, во всяком случае применительно к такому существенному обязательству, как внесение вклада³; они возникают лишь в частных случаях по поводу факультативных обязательств (например, при возмещении одному из товарищей понесенных им необходимых расходов (п. 4 ст. 1044 ГК). А синаллагматический договор — это связь должника и кредитора. Но не может быть договора, в котором применительно к главной цели договора — объекту строительства — стороны то имеют, то не имеют положение должника или кредитора. Между отдельными участниками могут возникать сепаратные отношения (например, один из них поручается по кредиту, полученному другим), но такие отношения не являются частью товарищества и не смешиваются с ним.

¹ Можно также говорить о договоре о приобретении имущества (п. 2 ст. 218 ГК), если целью договора не является создание новой вещи.

² *Витрянский В.В., Брагинский М.И.* Договорное право. Книга пятая. Т. 1. М., 2006. С. 602 (глава написана М.И. Брагинским).

³ М.И. Брагинский приводит очень показательное решение Президиума ВАС РФ, который отказал во взыскании неустойки за просрочку внесения вклада в пользу одного из товарищей, указав, что «вклад не является обязательством перед другим товарищем» (Вестник ВАС РФ. 2001. № 11. С. 43). В то же время сам М.И. Брагинский пишет, что «каждый из товарищей выступает одновременно и как кредитор, и как должник по отношению ко всем и каждому из участников договора» (*Витрянский В.В., Брагинский М.И.* Договорное право. Книга пятая. Т. 1. С. 628, 648). Между тем такая квалификация (в которой, впрочем, М.И. Брагинский скорее присоединяется к большинству авторов) ничем не отличается от описания, скажем, положения сторон договора мены. Там тоже каждый — и должник, и кредитор, хотя договор совсем иной. Как видим из приведенного решения, суд расценивает этот аспект иначе и расценивает его правильно, на мой взгляд.

Наконец, договор встречного типа не может иметь своим юридическим результатом (хотя бы и факультативным) возникновение общей собственности¹. Следовательно, если налицо договор простого товарищества, то в нем заведомо отсутствуют элементы всяких иных синаллагматических договоров, и наоборот, если мы обнаружили права и обязанности, присущие купле-продаже (договору долевого участия по Закону от 30 декабря 2004 г.), то заведомо исключено применение к отношениям сторон норм о простом товариществе.

Квалификация договора выходит на первый план обычно тогда, когда возникает вопрос о применимости или неприменимости норм об общей собственности, о разграничении вещных и обязательственных прав.

Известно, например, дело, в котором один из участников совместной деятельности продал свою долю в общей собственности на объект третьему лицу. Другой участник потребовал перевести на него права по этой сделке в связи с нарушением преимущественного права покупки, исходя, следовательно, из возникновения общей собственности до сдачи объекта в эксплуатацию.

В другом деле мировое соглашение, заключенное заказчиком и подрядчиком в рамках спора об оплате подрядных работ, по которому заказчик распорядился квартирами в жилом доме, судом признано незаконным, как нарушающее права третьих лиц, у которых имелись с заказчиком отношения по участию в строительстве, и эти третьи лица фактически внесли денежные средства в счет своей доли². Вполне корректным такой подход можно, конечно, признать лишь на почве общей собственности и вообще присвоения вещных прав третьим лицам, ведь только обязательственные отношения с третьими лицами из получения от них денежных средств на строительство не препятствуют распоряжению имуществом, созданным за счет этих средств.

В период неконтролируемой инфляции судебная практика сформулировала правило определения долей участников пропорционально размеру их вклада. Высказанное в Информационном письме ВАС РФ от 20 мая 1993 г. предложение ориентироваться прежде всего на сложившуюся стоимость на момент распределения жилплощади и рассчитывать долю «в пределах ранее переданных средств»³ значительно понизило роль договора⁴ в определении объема прав сторон.

¹ Этот вывод не колеблет сделанного выше, в главе об общей собственности, что общая собственность не может быть единственной целью какого-либо договора. Для простого товарищества общая собственность — именно *юридический* результат, это юридическое следствие такой истинно экономической цели, как строительство здания (если в нем предполагается разместиться, то целью будет получение помещения, если продать — то получение прибыли), это плата за невозможность достичь той же цели самостоятельно. Закон характеризует как цель (и совершенно правильно) не общую собственность, а получение прибыли или иную цель (ст. 1041 ГК), которая, следовательно, является не юридическим, а материальным феноменом. Так понимаемая цель сделки, вообще говоря, и не может быть юридической. А юридической целью сделки являются только создаваемые ею права и обязанности, как это следует из ст. 153 ГК.

² Вестник ВАС РФ. 1998. № 3. С. 50–51.

³ В соответствии с Информационным письмом ВАС РФ от 20 мая 1993 г. № С-13/ОП-167 суд вправе отойти от условий договора долевого участия и, учитывая инфляцию, признать за участником право на получение доли «исходя из стоимости жилплощади на момент выделения квартир» (Вестник ВАС РФ. 1993. № 6. С. 117).

⁴ Никак не свидетельствует об усилении договорных начал в совместном строительстве и достаточно смелое суждение, высказанное судом в таком деле. Один из участников совместной деятельности,

В дальнейшем эта позиция неоднократно подтверждалась при рассмотрении конкретных дел и применялась не только к жилищному строительству¹. Имеется критика этой практики².

На самом деле при таком толковании договор простого товарищества (о совместной деятельности) становится уже не столько результатом совпадения воли сторон, сколько следствием вложения средств в строительство (в таком случае волеизъявлением приходится считать отсутствие возражений, что едва ли можно считать приемлемым) участников строительства. Естественным следствием этой отнюдь не безупречной практики³ стало признание участниками совместной деятельности любых лиц, от которых приняты средства. Таким образом, за короткий промежуток времени наиболее личный, интимный договор классического права превратился в весьма безличный, с высокой степенью отчужденности «участников».

Можно, однако, отметить и наличие иного подхода к застройке, признающего приоритет договорных условий.

Например, по условиям договора от 6 июля 1989 г. между АО «Железобетон» и АО «Полет» последнее обязалось выделить истцу (АО «Железобетон») шесть квартир по оконча-

обязанный финансировать строительство 3800 кв. м жилой площади, «в том числе за счет других инвесторов», привлек по отдельным соглашениям военнослужащих, внесших на строительство выделенные им средства из федерального бюджета. Суд признал, что «после заключения соответствующих договоров граждане стали участниками совместной деятельности по строительству жилого дома» (Вестник ВАС РФ. 1997. № 10. С. 43). Из обстоятельств дела при этом никак не следовало, что вступление в строительство граждан являлось предметом соглашения с другими участниками совместной деятельности.

В другом случае суд признал «право собственности на долю не оконченного строительством жилого дома, эквивалентную общей площади 65 кв. м» по договору на долевое участие в строительстве, заключенному между заказчиком и войсковой частью (дольщиком) за физическим лицом — военнослужащим, считая, что налицо договор в пользу третьего лица — истца по делу. За истцом было признано вещное право еще до завершения строительства. Этот вывод имел принципиальное значение, поскольку ответчик являлся банкротом, и признание истца обладателем обязательственного права не имело для него ценности (Бюллетень ВС РФ. 1999. № 9. С. 10–12).

Что касается самой сделки, совершенной одним из участников, результатом которой стало привлечение третьих лиц в отношении по застройке, то она достаточно устойчива: ведь вообще говоря, распоряжение одним из участников общей собственности своей долей имеет эффект, а другие участники вправе лишь перевести на себя продажу доли; сделка, стало быть действительна. Если же договором был введен запрет на отчуждение доли, то сделка действительна, поскольку другие участники промолчали (именно на почве права запрета совладельцев возникло правило «молчание — знак согласия»). Но в любом случае совместная деятельность как строго личный договор при появлении новых лиц без прямого согласия других участников должна считаться прекращенной.

¹ См.: Судебная практика применения норм ГК РФ, регулирующих договор о совместной деятельности // *Эж-Юрист*. 1998. № 4. С. 8.

² См.: Защита прав предпринимателей арбитражными судами // *Государство и право*. 1997. № 2. С. 54–56, 58 и др.

³ Комментируя другое решение, которым признано возможным заключение каждым из участников совместного строительства самостоятельных договоров с третьими лицами, А.Б. Савельев полагает, что это допустимо, так как имеется «соглашение участников о поквартирном разделе общей доли в строящемся доме», причем автор ссылается на то, что каждый из участников вправе «самостоятельно» распорядиться имуществом, поступившим в общую собственность в результате совместной деятельности (см.: *Савельев А.Б. Договор простого товарищества // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. М., 1998. С. 315–316*). Однако эти аргументы едва ли соответствуют смыслу ст. 1044 ГК, которая все же говорит только об общих делах товарищей, не допуская возможности наличия у них «самостоятельных» дел. Суждение А.Б. Савельева противоречит, как представляется, и норме п. 1 ст. 246 ГК.

нии строительства жилого дома при условии поставки по государственным расценкам железобетонных и бетонных конструкций. В течение 1990 и 1991 гг. истец свои обязательства выполнил, предварительное распределение квартир состоялось. Однако затем в передаче квартир было отказано, в связи с чем возник спор. Ответчик ссылался на то, что конструкции им оплачены и он не несет имущественных обязательств перед истцом. Кроме того, как предварительное условие передачи квартир ответчик требовал дополнительной оплаты в сумме 43 400 тыс. руб. Суд отклонил эти доводы, сославшись на то, что возникшие обязательства должны исполняться в соответствии с условиями договора. Требование о доплате отклонено как не основанное на договоре¹.

В другом деле Президиум ВАС РФ указал, что невнесение одним из участников строительства оговоренных «платежей в счет долевого участия в строительстве само по себе не лишает его прав дольщика в отношении 22 процентов общей площади»².

Рассматривая спор, возбужденный одной из сторон договора о совместной деятельности по долевному участию в строительстве, требовавшей изменить договор таким образом, чтобы каждый участник получил долю в объекте, соответствующую его вкладу, Президиум ВАС РФ указал, что судом первой инстанции «неправомерно внесено изменение в условие договора о распределении долей в общем имуществе заказчика и подрядчика... ссылка арбитражного суда на пропорциональное внесенной доле распределение имущества необоснованна»³.

Конечно, такой подход основан на приоритете договора.

Уже говорилось, что природа совместной деятельности не предполагает эквивалентности.

Характерно, что когда речь идет о совместной деятельности, не связанной с застройкой, суд считает возможным не применять расчет долей по фактическим вкладам сторон и опирается на условия договора о размерах долей⁴, хотя и в отдельных делах о строительстве можно встретить аргументацию, основанную на договоре⁵. Это позволяет допустить, что нормы о совместной деятельности часто применяются по отношению к застройке в некоторой мере компенсационно, как способ введения гарантий дольщика. В противном случае, оставив за дольщиком только обязательственные права, мы столкнемся с ситуацией его практической незащищенности. В законе об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости гарантии дольщикам, которые решительно признаны обладателями только обязательственных прав, установлены за счет регист-

¹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 3. С. 49. При рассмотрении дела арбитражными судами всех инстанций разногласий не было.

² Вестник ВАС РФ. 1998. № 8. С. 40.

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 6 октября 1998 г. № 249/98 // Хозяйство и право. 2000. № 11. С. 128.

⁴ См., например: Вестник ВАС РФ. 1996. № 10. С. 79.

⁵ Например, суд указывает, что договором доля одного из участников «определена независимо от размера инвестиций... поэтому довод о неучастии истца в финансировании строительства не может служить основанием для удовлетворения встречного иска». Впрочем, нужно отметить и то, что это решение было опротестовано, хотя протест и отклонен надзорной инстанцией (Вестник ВАС РФ. 1997. № 10. С. 46–47).

рации этих прав, а также за счет установления залога на объект строительства. После этого приведенная выше практика судов, видимо, утратит свое значение¹, которое и так было невелико из-за постоянных колебаний.

Тем не менее, как уже говорилось, практика подтверждает, что участники строительства, фактически имеющие общую цель, по известным причинам все еще конструируют свои договоры как договоры долевого участия, поэтому обозначенные здесь проблемы будут сохранять свою актуальность постольку, поскольку эта практика будет существовать.

В приведенном деле по спору между АО «Железобетон» и АО «Полет», в котором отношения сторон квалифицированы как обязательственные, суд особо подчеркнул, что спорные квартиры не обременены обязательствами перед третьими лицами. Практически такая формулировка чаще всего означает, что квартиры не заняты, т.е. скорее речь идет о возникшей собственности или титульном владении, а не просто об обязательстве. Иначе обязательственное требование истца натолкнулось бы на более сильное вещное право собственника квартир (или титульное владение, дающее довольно эффективную защиту). Кроме того, сам по себе способ разрешения конфликтных ситуаций в застройке через институт совместной деятельности имеет свои границы.

Серьезная проблема вытекает прежде всего из правила ст. 554 ГК, императивно требующего точно указывать объект недвижимости в договорах о продаже недвижимости. На этой почве возникла коллизия между правом на долю в застройке в целом и правом третьих лиц на точно оговоренную недвижимость, размещенную в объекте застройки, и суды, естественно, отдают приоритет собственнику (законному владельцу) конкретного объекта недвижимости².

Не вполне ясны способы разрешения этой коллизии. Очевидно, она может возникнуть не иначе как в результате нарушения режима общей собственности, предписывающего совместное распоряжение имуществом. У стороны, чье право нарушено, возникает право на взыскание убытков по отношению к нарушителю либо право оспаривать соответствующие сделки и требовать реституции, когда она возможна (т.е. когда недвижимость после отчуждения не была существенно изменена и не имеется препятствий, вытекающих, например, из норм жилищного права, которые влекут невозможность реституции в смысле ст. 167 ГК). Виндикация невозможна, поскольку истец лишен возможности обосновать право собственности на индивидуально-определенный объект недвижимости, ставший предметом сделки, — это одно из частных проявлений слабости общей собственности, дающей вместо виндикационного иска только иск о выделе (разделе)³. Первый путь иногда лишен смысла, а второй, т.е. реституция, чрезвычайно тяжел, даже когда возможен.

¹ Во всяком случае, применительно к договорам с участием потребителей и вообще физических лиц.

² Вестник ВАС РФ. 1996. № 9. С. 47, 61, 72.

³ Например, оценивая заявленный участником совместной деятельности иск о передаче ему шести квартир в не завершенном строительстве доме (т.е. виндикационный), Президиум ВАС РФ указал, что такой иск может заявить только собственник, а истец не является собственником недвижимости до ее регистрации. Оспаривая эту позицию, С.П. Еремеев пишет: «Президиум, по существу, лишил истца права собственности на вклад, внесенный им в совместную деятельность» (Еремеев С.П. Права участников договора о совместной деятельности на объекты незавершенного строительства // Комментарий судебной-арбитражной практики / Отв. ред. В.Ф. Яковлев. Вып. 4. М., 1997. С. 102).

Впрочем, судебная практика показывает, что участники совместной застройки ищут и другие пути защиты своих прав. Показательно, например, такое дело.

АО «Элеватормельмаш» и АО «Есаул» вели строительство жилого дома на основании договора о совместной деятельности. В связи с возникшими между сторонами разногласиями, исключавшими дальнейшее ведение общих дел, договор был судом расторгнут, однако доли не были определены. Строительство дома продолжалось, причем АО «Элеватормельмаш» выступало при этом как заказчик. По окончании строительства выяснилось, что все квартиры в доме заняты третьими лицами на основании договоров с АО «Элеватормельмаш». АО «Есаул» предъявило требования к АО «Элеватормельмаш» о возмещении его доли в натуре, а при невозможности взыскания в натуре — о взыскании действительной стоимости имущества, в том числе убытков, вызванных изменением стоимости имущества. Суд удовлетворил иск только в части взыскания суммы, равной номинальной стоимости взноса истца в совместную деятельность, с начислением процентов за время, прошедшее с момента расторжения договора, что составило примерно четвертую часть от заявленных требований.

Конечно, такое решение суда не может не вызвать сомнений.

Во-первых, право участника простого товарищества решительно отличается от отношений банковского вклада (займа и т.п.) и поэтому не может выражаться в номинале его взноса, поскольку целью этого договора является создание общей собственности или иной хозяйственный результат. Поэтому в любом случае присуждение из этого договора (кроме случая признания его недействительным) не может состоять в возврате суммы взноса. Спор, конечно, идет о возврате истцу того имущества, которое возникло в результате совместной деятельности товарищей.

Во-вторых, суд не решил главного вопроса, который нужно решать в любом деле, но который особенно важен в исках из совместной деятельности: основано требование на вещном или обязательственном праве? Ведь если результатом совместного строительства является создание общей долевой собственности на объект, участник непосредственно из участия в строительстве приобретает вещное право, которое, конечно, не может прекратиться само собой. Нужно еще раз отметить, что это вещное право возникает не раньше, чем сам объект, но если состоялась сделка по отчуждению помещения, в том числе незавершенного строительством, то право на объект предполагается уже зарегистрированным и тем самым существующим¹.

Если требование основано на неосновательном обогащении ответчика за счет истца, то в центр спора перемещается вопрос: какое именно имущество неосновательно приобретено ответчиком — вещь или деньги (полученные от реализации доли истца)? В зависимости от ответа на этот вопрос решающим образом меня-

Но участник совместной деятельности — не субъект права собственности на вклад, как считает автор, а субъект общей (долевой) собственности, к тому же не вступивший во владение имуществом. Это право не дает ему возможности непосредственного заявления виндикационного иска против других участников, предоставляя только иск о выделе (возможен также петиторный иск о размере доли). Рассмотрение этого иска всегда приводит к оценке объекта собственности, а именно здесь, как можно видеть, и коренятся основные трудности дела. Следовательно, если бы иск был заявлен правильно, то истец не имел бы оснований жаловаться на лишение своих прав.

¹ Споры, возникшие до введения регистрации, допускали менее строгую квалификацию.

ется и способ расчета суммы присуждения, а главное — сама эта сумма. Ведь если признать, что ответчик приобрел имущество истца в натуральной форме, как часть здания, то и присуждение, естественно, должно быть сориентировано на возврат этого имущества в натуре или (при невозможности) на взыскание его стоимости.

И только если ответчик получил деньги за счет истца, т.е. следуемые ему, то у него возникает обязательство из неосновательного обогащения, основанное на приобретении денег. В данном случае можно видеть, что даже выплаченные третьими лицами суммы за полученные в спорном здании жилые помещения нельзя считать денежными средствами истца. Ведь эти средства выплачивались по договорам, в которых истец никакого участия не принимал, а ответчик, заключая их, действовал в своем, а не в чужом интересе. Значит, имуществом, неосновательно приобретенным ответчиком, следует считать именно помещения в здании, соответствующие доле истца в совместной застройке.

Нужно заметить, что в данном случае, говоря о приобретении имущества, мы не должны понимать это только как установление владения (тем более, что при подряде владение вообще, как уже говорилось, осуществляется подрядчиком): приобретением достаточно считать получение приобретателем возможности реально использовать вещь, присвоить себе заключающуюся в ней ценность¹ (т.е. обогатиться). Этой позиции лица больше всего соответствует римское понятие *in bonis*, которое включало имущество на разных правах, в том числе и находящееся в чужом владении, на что обращает внимание, например, Е.М. Штаерман². Не случайно в титуле гл. 60 ГК говорится об обогащении, а этот термин позволяет считать завладение лишь одним из возможных модусов.

Изложенный подход подтверждается делом из практики ВАС РФ: один из участников выступал и как подрядчик, и как участник совместной деятельности, причем в качестве взноса засчитана сумма фактически выполненных и неоплаченных работ. Взыскание производилось однако не в номинале этой суммы взноса, пусть и с процентами, а в размере стоимости помещений, приходящихся на долю участника, в жилом доме³.

Вполне типичным и потому удобным для обобщений практического плана можно считать такое дело, возникшее на почве застройки.

Завод вел строительство жилого дома. На основании договора о долевом участии определенный договором взнос внесла организация. Спустя некоторое время организация передала свою долю в строительстве в порядке цессии своему кредитору — товариществу, погасив тем самым свой долг, возникший по иным основаниям. Товарищество активного участия в строительстве не принимало, но после сдачи дома в эксплуатацию и заселения его работниками завода предъявило иск к заводу о предоставлении трех любых квартир, ссылаясь как на условия договора об участии в строительстве, так и на то, что дом остался на балансе завода.

¹ Гай, комментируя случай, когда владелец usufructa (права пользования) вещью, продал ее, указывает: «...тот, кто извлекает выгоду из цены, считается имеющим не меньше, чем тот, кто пользуется главной вещью» (Дигесты. С. 146).

² Штаерман Е.М. Римская собственность на землю // Древние цивилизации: Древний Рим: [Избр. ст. из журн.] «Вестник древней истории». М., [1997]. С. 360.

³ Вестник ВАС РФ. 1998. № 1. С. 49–50.

Рассмотрим последовательно возникшие в этом деле вопросы.

Во-первых, нужно, конечно, точно квалифицировать природу договора об участии в строительстве, ведь именно от этого зависит решение всех прочих проблем.

Если в силу договора у дольщика возникает право на долю в объекте, а по смыслу договора стороны объединяют свои силы и средства, предполагая тем самым и объединение рисков, то налицо договор простого товарищества. Только тогда, когда против внесения суммы стороне предоставляется право требования части недвижимости, причем непременно конкретной (ст. 554 ГК), можно говорить о договоре иного типа.

В нашем случае, когда возникает право на долю, имеются основные признаки совместной деятельности. Но в силу совместной деятельности у сторон возникает общая собственность на результат деятельности¹ (ст. 1043 ГК). Итак, возникшее в силу участия в договоре право является правом собственности, вещным правом.

Теперь мы можем оценить правомерность цессии. Обратившись к ст. 382 ГК, мы видим, что цессия применима только для передачи прав обязательственных. Вещное право, в том числе собственность, по цессии не может быть передано². Значит, позиция истца с самого начала сомнительна. Это, впрочем, не освобождает от дальнейшего анализа, так как следствием ничтожности цессии должна стать замена истца другим лицом.

Главным, конечно, остается вопрос о том, какое право нарушено, что и предопределяет способы его защиты. Мы уже говорили, что из договора совместной деятельности (долевого участия) возникает право общей собственности. Право общей собственности, вообще говоря, непосредственно защищается иском о выделе, который, кстати, по классическим воззрениям дает право собственности с момента вступления решения в законную силу без перенесения владения³. Но чтобы заявить этот иск, нужно определиться с ответчиком, учитывая, что право собственности, как и любое вещное право, следует за вещью, а не за стороной в договоре.

Здесь в центр обсуждения ставится вопрос о том, кому принадлежит вещь, при том, что владеют домом, конечно, проживающие в нем лица (поэтому виндикационный иск может предъявляться только им; практика, когда о нарушении владения спорят два невладельца, должна быть признана недопустимой). Если эти лица вселены без предоставления им права собственности, то ответчиком по иску

¹ Это само по себе не означает, что всегда имеется созревшая возможность раздела полученного имущества в натуре. Павел допускал временное ограничение на раздел: «Если было соглашение, что раздел вообще не должен производиться, то представляется совершенно ясным, что такой договор не имеет никакой силы; если же соглашение касалось (непроизводства раздела) в течение определенного времени и это идет на пользу качеству самой вещи, то соглашение действительно» (Дигесты. 10.3.14.2. С. 187). Эту позицию, известную российскому дореволюционному праву, поддерживал и Г.Ф. Шершеневич.

² Рассматривая спор, связанный с уступкой прав по договору о долевом участии в строительстве, Президиум ВАС Суда РФ, отменяя решение, предложил при новом рассмотрении дать оценку договору и на этом основании оценить возможность цессии (Вестник ВАС РФ. 1999. № 1. С. 38–39).

³ Дернбург Г. Пандекты. Т. 1. Ч. 2: Вещное право. СПб., 1905. С. 217–218. Этот взгляд обосновывается тем предположением, что «присужденная вещь принадлежала сторонам в процессе, а не другим лицам». Соответственно и способ приобретения считается производным. Этот подход имеет несомненное практическое значение, предоставляя стороне, в чью пользу присуждена вещь или ее часть, сразу все права собственника, минуя стадию передачи вещи (традиции).

о разделе является завод, но последующее выселение проживающих в доме физических лиц, как это достаточно твердо проводится судебной практикой, не допускается. Трудно сказать, имеется ли интерес товарищества в приобретении такого права по разделу, если иметь в виду, что содержание жилых домов — дело довольно убыточное; во всяком случае практика, насколько известно, не дает примеров такого рода требований.

Если же помещения в доме отчуждены третьим лицам в собственность, то истец оказывается в не менее затруднительном положении. Завод более не отвечает по иску о разделе, так как он не является собственником, а заявлять такой иск приобретателям, не затрагивая основание приобретения ими имущества, невозможно, потому что их титул исключает наличие общей собственности. Более перспективным, конечно, является взыскание с того участника застройки, который совершил возмездное отчуждение имущества, полученных им средств как неосновательного обогащения. О расчете суммы взыскания мы уже говорили применительно к предыдущему казусу.

Завершая рассмотрение этого дела, можно заметить, что в любом случае заявление требования о взыскании помещений в натуре оказывается лишенным оснований.

Наметившиеся трудности заставляют искать иные подходы. В этом плане можно отметить нарастающий в последнее время интерес к применению подзабытого и достаточно несовершенного Закона от 26 июня 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» (далее — Закон об инвестиционной деятельности) в сфере застройки.

Например, государственное учреждение, выполнившее в 1987–1989 гг. свои обязательства по финансированию доли в строительстве, затем натолкнулось на отказ застройщика выделить квартиры. Суд, рассматривая спор, признал отношения совместной деятельностью и прекратил договор в связи с невозможностью его дальнейшего осуществления сторонами, одновременно отказал истцу в праве собственности на часть объекта, оставив ему только возможность денежной компенсации. В процессе нового спора между этими сторонами по иным основаниям суд нашел возможным признать за истцом право на часть выстроенного дома на основании ст. 7 Закона об инвестиционной деятельности.

Между тем смысл и последствия нормы п. 3 ст. 7 указанного Закона едва ли исчерпываются только таким ее применением. Можно предположить, что, по-видимому, в свое время на первом плане здесь преследовалась цель создания дополнительных, кроме общих, способов обеспечения обязательств, гарантий (вспомним, что право удержания возникло позже). Тогда создание режима общей собственности до приемки и полной оплаты выступает как угроза инвестору потерять предполагаемое (и уже возникшее!) право на объект и тем самым подстегивает его.

Именно так трактуется эта ситуация в приведенном со ссылкой на ст. 7 Закона об инвестиционной деятельности решении суда, которым отказано в иске о признании права собственности на часть здания инвестору (страховому обществу), уплатившему две трети стоимости выполненных работ и прекратившему дальнейшие платежи. Суд признал, что «право собственности у истца в соответствии с условия-

ми договора могло возникнуть после исполнения договора и передачи ему здания. По условиям договора создание общей долевой собственности на здание не предусматривалось». По этим основаниям все здание было передано ответчику — строительной организации¹.

Рассматриваемый закон, видимо, позволяет говорить о фактическом «впадении»² подрядчика помимо воли в статус инвестора и таким образом — в положение сособственника, если выполненные им работы и затраты остались невостребованными заказчиком и тем самым оказались ненамеренным вкладом подрядчика в объект. Нетрудно заметить, что в этом случае у подрядчика возникает выбор: с позиций ГК РФ он вправе заявить обязательственные требования к заказчику из договора подряда и обеспечить их удержанием объекта, а с позиций Закона об инвестиционной деятельности — закрепить за собой соответствующую часть объекта на праве общей собственности (правда, если это делается подрядчиком только в целях последующей продажи для возмещения своих потерь, то реальной разницы не видно, кроме того, что право удержания имеет все же более легальный и надежный вид; различны, впрочем, налоговые последствия). Такую радикальную конкуренцию исков, однако, вряд ли можно считать приемлемой.

Другая трудность состоит в определении статуса участника. Если цель его участия в застройке состоит в получении прибыли (п. 1 ст. 1 Закона об инвестиционной деятельности), то на него могут быть распространены нормы этого Закона. Если же дольщик — физическое лицо, т.е. имеет только потребительские цели, его следует считать потребителем и соответственно применять законодательство о защите прав потребителей.

С принятием в 1999 г. Федерального закона «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» пороки нормы ст. 7 Закона об инвестиционной деятельности дали знать о себе, что видно из приводимого ниже спора, суть которого как раз состоит в разграничении договора простого товарищества и встречного договора о приобретении имущества.

Кстати, договор простого товарищества не относится к числу договоров о приобретении имущества (п. 2 ст. 218 ГК), а его участники не могут рассматриваться как приобретатели (ст. 302, а также п. 2 ст. 223 ГК)³.

Стороны заключили договор, в силу которого общество, строившее здание, обязалось по указанию банка в части здания устроить и оборудовать банковские помещения, в том

¹ *Савкин С.Ф.* Споры, возникающие из правоотношений собственности и аренды (судебно-арбитражная практика) // Государство и право. 1997. № 2. С. 71.

² Здесь, может быть, уместно напомнить, что римские юристы, характеризуя некоторые основания возникновения общей собственности, говорили о том, что в нее именно «падают».

³ В связи с этим возникает другой вопрос: можно ли считать приобретателем заказчика, получающего вещь от подрядчика, если создание вещи — первоначальный способ приобретения? Ответ, видимо, должен быть отрицательным. В то же время не исключено, что заказчик может оказаться приобретателем применительно к ст. 302 ГК (т.е. незаконным владельцем), если, скажем, подрядчик вместо изготовленной вещи передаст ему вещь иного заказчика или третьего лица (реально это возможно только применительно к движимостям). В этом случае одновременно с установлением недействительности договора подряда может, на мой взгляд, обсуждаться и добросовестность владельца как приобретателя. Иными словами, действительный договор подряда не может быть договором о приобретении вещи.

числе хранилища, соответствующим образом обустроить фасад и передать в собственность банка 1522 кв. м помещений в здании. Банк в свою очередь был обязан перечислить оговоренную договором денежную сумму.

Банк свои обязательства выполнил, но общество впоследствии продало здание одной организации, а та — другой, к которой банк и предъявил иск о признании права собственности на долю в размере $\frac{1522}{5545}$ (в знаменателе указана общая площадь здания), причем суд первой инстанции иск удовлетворил.

Для того чтобы разобраться в споре, нужно понять, какого рода право возникло у банка — право собственности или обязательственное право, право требования к обществу. Если налицо договор приобретения имущества (купли-продажи), то у банка имеется только право требования от продавца передать часть здания, точнее — определенные помещения, поскольку в силу ст. 128 ГК объектом прав могут быть помещения. В этом случае требования банка к последнему владельцу (впрочем, владелец всегда последний) заведомо лишены основания.

В договоре банка с обществом указывается, что стороны заключили инвестиционный договор и подчинили его Закону об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений. Но само по себе применение сторонами термина «инвестиции» или «инвестор» не позволяет квалифицировать договор, поскольку в силу ст. 8 Закона об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений, отношения сторон регулируются заключенным между ними договором, который в свою очередь является одним из договоров, предусмотренных ГК РФ¹. Иными словами, законодательство об инвестиционной деятельности не предусматривает особого вида договора, отличного от договоров, предусмотренных ГК РФ. Поэтому следует исходить из того, что отношения сторон регулировались одним из договоров, имеющих свое основание в ГК РФ.

Удовлетворяя иск, суд исходил из того, что между сторонами сложились отношения простого товарищества. На это указывает и истец, ссылаясь на ст. 1043 ГК. Между тем суд описывал в решении содержание договора следующим образом: истец (банк) обязан перечислить денежные средства на выполнение работ по завершению строительства, а общество обязано выполнить все работы по завершению строительства.

Но ведь такое содержание договора никак не позволяет отождествить его с договором простого товарищества, в силу которого стороны объединяют свои вклады и совместно действуют для достижения общей цели (ст. 1041 ГК). Прежде всего в данном случае отсутствует общая для сторон цель. Если истец стремится получить в собственность точно определенные в договоре помещения площадью 1552 кв. м, то общество — получить денежные средства от истца и израсходовать их по своему усмотрению. (Фактически с ведома истца деньги были потрачены на покупку векселей, что не характерно для простого товарищества, когда все вклады товарищей поступают в общую собственность и расходуются только на те общие цели, которые указаны в договоре товарищества.)

¹ Такой ссылки не имелось в Законе об инвестиционной деятельности 1991 г., но он принимался в отсутствие ГК РФ.

В противоречие со ст. 1044 ГК не указан вклад общества¹. Между тем установление вклада каждого товарища при заключении договора — необходимое условие договора, без него не может возникнуть и общая собственность на объект совместной деятельности. Наконец, стороны определенно исходят из того, что никакой общей собственности не возникает. В договоре говорится только об обязанности одной стороны — общества передать в собственность другой стороны — истца определенные в договоре конкретные помещения общей площадью 1552 кв. м.

Ссылка суда не только на норму ст. 1043 ГК, но и на п. 3 ст. 7 Закона об инвестиционной деятельности (хотя такая двойная ссылка, вообще говоря, весьма характерна для судов, рассматривающих споры из инвестиционных контрактов) не могла устранить противоречий в квалификации договора, поскольку п. 3 ст. 7 Закона может применяться лишь постольку, поскольку соответствующие условия имеются в договоре (п. 1 ст. 7 того же Закона). В частности, из п. 3 ст. 7 Закона невозможно установить ни размер долей участников, ни правила исчисления этих долей, что делает эту норму неприменимой для разрешения конкретных споров.

В данном случае, кроме того, применение судом Закона об инвестиционной деятельности (1991 г.) неправомерно также потому, что стороны прямо договорились о применении иного закона — «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» (1999 г.). Эти законы, наряду с прочим, отличаются именно в части упоминания об общей собственности участников — если в ст. 7 Закона об инвестиционной деятельности такое упоминание имелось, то впоследствии (ст. 6 Закона об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений) это упоминание устранено. Следовательно, выбор сторонами именно Закона 1999 г. говорит во всяком случае о том, что они не имели намерения создать общую собственность.

Но есть и иные существенные обстоятельства, исключающие квалификацию договора как договора простого товарищества.

Вопреки ст. 1044 ГК стороны не указали в договоре порядка ведения общих дел. Более того, таких общих дел и не имеется.

Характерно, что подробное описание всех необходимых переделок здания для того, чтобы получаемые банком помещения были пригодны для банковской деятельности, свидетельствует о том, что банк не имел намерения руководить строительством в качестве одного из товарищей, участвовать на правах заказчика в утверждении и изменении проекта и т.д. В противном случае оговаривалось бы скорее другое — привлечение банка к участию в строительных работах на правах заказчика.

Обязательства сторон различны, осуществляются каждой стороной не сообща, как это характерно для товарищества, а самостоятельно: банк перечисляет денежные средства, а общество ведет строительство и передает помещения.

Стороны нигде не оговорили ни создания общей собственности, ни способа определения долей в объекте.

¹ Само строительство нельзя было бы считать вкладом в виде деятельности, потому что фактически здание строилось строительной организацией, с которой у общества был подрядный договор; но стороны, конечно, и не имели в виду обсуждение вклада общества в виде деятельности.

В договоре сказано, что банк получает помещения в собственность по цене 2300 дол. США за 1 кв. м. Между тем *в договоре простого товарищества цена вообще не является условием договора, так как товарищи никогда не передают друг другу имущество за деньги*. Закон указывает только два возможных варианта распоряжения имуществом в рамках товарищества: внесение вклада в общее имущество (ст. 1044 ГК) и раздел имущества (ст. 1050 ГК). И в том и в другом случае цена не выплачивается. Никаких иных имущественных сделок между собой, в том числе сделок, требующих выплаты цены, товарищи не совершают.

В то же время указание цены необходимо для договора купли-продажи, подряда и иных договоров, по которым одна сторона обязывается передать другой стороне объект недвижимости.

Кроме того, указание цены в договоре исключает распределение прибыли, так как все полученные доходы, превышающие эту цену, являются прибылью одного из участников (продавца), так же, как и все убытки, возникшие при строительстве передаваемых помещений, становятся его собственными убытками; участие в этих убытках покупателя сверх установленной цены исключено. Между тем раздельное участие в прибыли и убытках (а такое раздельное участие — следствие установления цены) исключает квалификацию договора как простого товарищества.

Итак, судом первой инстанции неверно квалифицированы отношения сторон. Между сторонами возникли отношения, в силу которых общество обязывалась передать в собственность за деньги по согласованной цене банку определенные помещения как объект недвижимости. Налицо возникновение обязательства (ст. 307 ГК). В силу обязательства у кредитора возникает лишь право требования к должнику, но не право собственности. Право собственности из договора о передаче имущества возникает не иначе как в результате исполнения этого договора (ст. 223, 224 ГК). Поскольку договор не был исполнен, у истца имеются только обязательственные требования к должнику, но отсутствует вещное право на строение, в том числе в виде права общей собственности¹.

Приведем также дело, в котором в весьма сложной форме переплетены вещные и обязательственные права, обычные для совместного строительства. Уникальность делу придают не те достаточно типичные проблемы, которые вынуждены были решать стороны, а именно их в известной мере случайное сочетание.

Стороны заключили договор, назвав его договором «о совместной деятельности», по условиям которого одна сторона (первый участник) строит магазин, а другая финансирует строительство с условием последующего возврата всей суммы, а если деньги не будут возвращены, приобретает право «пользования» частью площади магазина пропорционально невозвращенной сумме, но всего не более 70%. Деньги не были возвращены, магазин был выстроен, а потом сгорел и отстроен первым участником снова, уже за свой счет, а затем им продан. Второй участник заявил в суде требования о предоставлении в пользование 70% площади магазина.

Решение зависит от того, как будет квалифицирован договор.

Сомнительно, что это — на самом деле простое товарищество (совместная деятельность), так как средства вторым участником не вложены, а предоставлены на

¹ Впоследствии решение было отменено, стороны достигли мирового соглашения.

условиях возврата, что не является вкладом и не предполагает общего риска¹. Раз нет товарищества, то нет и общей собственности (что косвенно подтверждается термином «пользование»)².

Следующий вопрос: является ли «пользование» правом? Вопрос кажется странным, но он вполне уместен.

Сохраненная в ГК РФ традиция описания собственности через триаду правомочий может затруднить ответ. Но очевидно, что если бы «пользование», как, впрочем и «владение»³ или «распоряжение» было бы правом, оно относилось бы к вещным правам. А вещные права могут возникнуть, как известно, исключительно в силу прямого указания закона. Пользование в чистом виде мы нигде в качестве вещного права не обнаружим. Следовательно, пользование может подлежать защите исключительно в составе конкретного субъективного права – вещного или обязательственного, но ни в коем случае не само по себе.

Дальнейшие рассуждения почти очевидны. Если пользования самого по себе быть не может, то следует считать, что у второго участника возникло из договора некое либо вещное⁴, либо обязательственное право. Но коль скоро мы не можем признать здесь простое товарищество, право носит обязательственный характер. А обязательственное право в отличие от вещного не имеет качества следования за вещью. Следовательно, при продаже магазина первым участником третьему лицу право «пользования», что бы ни имелось в виду, не перешло вместе с вещью. А потому в иске следует отказать. Такое решение и было принято судом первой и поддержано судом второй инстанции.

ПРОСТОЕ ТОВАРИЩЕСТВО И ПРОДЮСЕРСКИЙ ДОГОВОР

Выше уже рассматривались аспекты соотношения инвестиционного договора и договора простого товарищества.

Интересно продолжить обсуждение, отойдя от проблематики строительства, что, как мне кажется, позволит шире подойти к вопросу об отказе от товарищества.

Хорошевским районным судом г. Москвы рассматривался иск ООО «Студия «Диалог»» к Г., Ч., Б. о взыскании неустойки и расторжении договора.

¹ Наличие здесь альтернативного (ст. 320 ГК), а скорее уже факультативного обязательства сомнительно; но в любом случае общая собственность не может, видимо, возникнуть из факультативного (альтернативного) обязательства, если основное обязательство (в данном случае, очевидно, заем) лишено признаков сотрудничества, взаимного согласования действий.

² Если рассматривать предоставление средств как заем, а последний считать услугой (что само по себе небесспорно), то размером вклада мог бы считаться оговоренный сторонами предполагаемый процент по займу, но это применительно к основным условиям простого товарищества едва ли возможно. Однако из воли сторон, прямо закрепленной в договоре, следует, что права на объект увязываются не с предоставлением займа, а с его невозвратом.

³ Проблема «права владения» подробно обсуждается в главе о владении.

⁴ При том, что вещное право может быть лишь из числа указанных в законе. Кроме того, в данном случае если бы право было вещным (но каким? Если даже витает дух залога, то ни форма, ни содержание договора о залоге говорить не позволяют), то оно бы прекратилось с гибелью вещи. Обсуждение «иного способа обеспечения обязательства» по этой же причине (да и по иным) не представляется перспективным.

Истец ссыался на то, что им были заключены с каждым из ответчиков одинаковые договоры, по условиям которых ответчики обязывались оказывать истцу оговоренные в договоре услуги, в том числе являться на съемки любого рода, на запись в студию, на репетиции, на интервью, на концерты и иные зрелищные и публичные мероприятия, организованные истцом.

В период действия этого договора истец заключил с третьим лицом договор на серию концертов. Ответчикам следовало выехать по приобретенным для них истцом авиабилетам в г. Выборг, а затем в г. С.-Петербург, где истцом были заказаны для них номера в гостиницах. Однако ответчики не выехали на концерты, не обосновав уважительными причинами свой отказ.

В соответствии с договором в случае одностороннего отказа каждый из ответчиков обязан выплатить истцу неустойку в размере «финансовых вложений истца», но не менее 100 000 дол.

Суд удовлетворил иск, указав следующее.

По мнению суда, между сторонами был заключен договор оказания услуг, причем ответчики были обязаны выполнять взятые на себя обязательства. Однако в нарушение своих обязательств ответчики не явились на концерты в г. Выборге и г. С.-Петербурге, тогда же отказались от дачи интервью, не явились на организованную продюсером фотосессию.

Суд расценил это поведение как односторонний отказ от исполнения обязательства, договор расторг и взыскал с ответчиков с каждого сумму, равную 100 000 дол., как неустойку¹.

Квалификация договора судом не может не вызвать сомнений.

Очевидно, что обязательства ответчиков никак не являются услугами для истца (продюсера), если только мы не будем обсуждать ситуацию, что сам продюсер является единственным посетителем всех тех концертов, которые он организует. Что касается съемок для журналов и подобных мероприятий, то, конечно, в этих случаях не снимаемые артисты, а фотографы оказывают услуги.

Все это настолько очевидно, что ошибка суда должна получить какое-то иное объяснение, кроме трудностей в выяснении фактических обстоятельств дела.

Думаю, что не ошибусь, если выскажу предположение, что проблемы дела связаны не с фактами, а с их юридической интерпретацией, точнее — с квалификацией договора.

Точно так же, как за термином «инвестиционный контракт» могут скрываться самые разные договоры, так и за термином «продюсерский контракт» мы будем обнаруживать договоры различной природы.

Прежде всего, заметим, что есть нечто общее между продюсерским контрактом, или по крайней мере некоторыми его вариантами, и контрактом инвестиционным. Не случайно в обсуждаемом нами деле фигурируют «финансовые вложения» истца, т.е., собственно говоря, инвестиции.

Однако отождествлять эти договоры все же не имеет смысла хотя бы потому, что в ГК РФ они не упомянуты и такое отождествление не приблизит нас к решению наших проблем.

Вообще говоря, продюсер — фигура, знакомая гражданскому праву как организатор создания сложного объекта, включающего несколько охраняемых результатов

¹ Впоследствии это решение было отменено, и дело неоднократно рассматривалось судебными органами.

интеллектуальной деятельности, приобретающий право на эти результаты в силу договоров (ст. 1240 ГК). С точки зрения авторских прав вопрос хотя и непростой, но все же регулируемый. Кроме того, скорее всего стороны не будут передавать права на результаты творчества посредством продюсерского договора. Хотя нельзя исключать, что попутным результатом продюсерского договора станет и приобретение продюсером авторских прав.

Внимание прессы привлек спор, в котором суд запретил исполнителю, ушедшему от продюсера, выступать на сцене, штрафуя за каждое выступление как за неисполнение судебного решения. Природа запрета, видимо, в прогибиторных (запретительных) правах, признанных за продюсером на «сценический образ» или подобный объект защиты, что указывает на сферу действия авторского права.

Можно допустить, что продюсер (или иной участник артистической группы) создает внешний вид представления, что включает костюмы, сценическое оформление, псевдонимы (сценические имена) артистов и т.п. Нельзя при этом исключить, что созданный объект достигнет качеств персонажа и получит тем самым защиту авторским правом. Такая защита предполагает, в частности, запрет на использование третьими лицами без согласия автора. Нужно, впрочем, заметить, что персонаж – достаточно бедный содержанием объект авторского права. Во всяком случае, имя персонажа не является отдельным объектом защиты. Многие узнаваемые черты персонажа на самом деле принадлежат артисту, а не автору персонажа. Значительный материал по этой части накоплен в знаменитом многолетнем споре по поводу принадлежности такого персонажа, как Джеймс Бонд.

Серьезное исследование может привести суд к выводу, что отсутствуют достаточные качества, позволяющие обнаружить создание объекта права в виде персонажа. Если же персонаж и будет признан, то те его черты, которые созданы автором (продюсером, художником), обычно бывают не настолько значительными, чтобы артист, для которого создавался персонаж, был лишен возможности продолжать выступления иначе, как путем полного отказа от всех своих черт, запомнившихся публике. Кроме того, если стороны строят свои отношения только на угрозе запрета, то это все же не договорный способ организации дела.

А мы говорим о договоре.

Продюсер, если он выступает как инвестор, предприниматель, будет рассматривать свои вложения как рискованные и имеющие целью получение прибыли, которая станет результатом как его вложений, так и деятельности по достижению результата, который отличен от авторских прав.

Для того, чтобы точнее представить себе этот результат, обсудим более понятный вариант, когда продюсер выступает как агент, организующий концертную и иную подобную деятельность артиста (здесь его скорее можно называть импресарио). Такой агент берет на себя исключительно посреднические функции: договаривается об условиях выступлений, съемок, интервью, заказывает рекламу, осуществляет финансовые операции в интересах артиста вплоть до его частичного или полного кредитования и т.д.

Агент не вмешивается, однако, в творческий процесс: не определяет не только жанр, в котором выступает артист, но и его репертуар, не участвует в репетициях, не определяет и не заказывает исполняемые произведения и т.д. Даже если он и вы-

сказывается о творчестве заказчика, то эти высказывания не носят обязывающего характера и являются только мнениями агента. В конце концов, риск не только творческой, но и коммерческой неудачи несет артист. Вознаграждение агента состоит в получении комиссии за оказанные им посреднические услуги. Обычно комиссия рассчитывается как процент от того дохода, который причитается артисту за выступления. Размер этой комиссии может зависеть и от репутации, знаменитости агента. Начинаящий, неизвестный артист, которого представляет известный агент, получает дополнительные возможности, так как потребители рассматривают известность, маститость агента как гарантию успешности артиста. Соответственно агент получает больший процент в качестве комиссии. Если же артист уже известен, то скорее он будет гарантировать профессиональные качества агента, и тогда агент не будет иметь оснований требовать повышенного вознаграждения. В этих случаях агент (импресарио) не выходит за рамки внешних, представительских функций, реализует свои навыки, связи, знания в сфере организации. Но никаких признаков инвестиций, т.е. рискованных вложений, здесь мы не видим.

Между тем продюсер, намеренный сделать «финансовые вложения», уже не выступает как агент артиста. Агент если и финансирует артиста, то только в смысле кредитования. В этом случае агент несет только риск невозврата предоставленных средств, а не риск неудачи вложений. В первом случае риск состоит в неплатежеспособности артиста, во втором — в неудаче всего «проекта».

Итак, мы получаем второе неясное понятие, после понятия «продюсерский контракт». Я имею в виду «проект».

Есть опасения, что столь же малопонятные в юридическом смысле термины будут в дальнейшем умножаться. Пора вернуться к вопросу о квалификации продюсерского договора, отличного от договора агентского, с которым, как представляется, трудностей квалификации все же не ожидается.

Мы, таким образом, обнаружили (как это было и с инвестиционным контрактом), что на самом деле за продюсерским договором могут скрываться различные договоры, предусмотренные ГК РФ.

Целью продюсерского договора может быть и часто является получение артистом (группой, ансамблем) известности, популярности, узнаваемости. Результатом становятся не только значительное повышение доходов от концертов или иных представлений, но и дополнительные доходы, нередко превышающие основные, — от рекламы, участия в иных коммерческих мероприятиях.

Коммерческий смысл достижения популярности, узнаваемости ранее неизвестными артистами состоит, как можно видеть, в том, что финансовые вложения продюсера, а также его профессиональные усилия по продвижению артиста (группы) приносят ему доходы, значительно превышающие начальные вложения. Вот такую цель достижения популярности, получения новых возможностей как коммерческого, так и некоммерческого плана и можно называть «проектом». Имеется в виду, что заранее известны как цели вложений сил и средств, так и пути достижения этих целей.

Теперь мы должны обратить внимание на другую сторону договора — на артиста (группу, ансамбль). Понятно, что известность, узнаваемость, популярность — это те свойства, которые приобретает именно артист (а известность продюсера лишь

производна от популярности и успешности артиста). Мы обнаруживаем, что у продюсера и артиста имеется общая цель — достижение известности, популярности, востребованности. Хотя по отношению к доходам эта цель и может расцениваться как средство, ни в коем случае нельзя так ее характеризовать. Во-первых, популярность сама по себе является результатом целенаправленной деятельности, имеющим самостоятельную и весьма высокую ценность. Во-вторых, получение различных коммерческих результатов настолько тесно связано с этим результатом, что их разделение лишено всякого смысла. Когда имеют в виду успешный «проект», то под успехом имеют в виду и первое, и второе.

Наличие общей цели предопределяет следующие юридические выводы.

Перед нами, конечно, не договор об оказании услуг. Продюсер нисколько не испытывает потребности в прослушивании артиста, посещении его выставок и представлений, и не для этого он вступает с ним в договорные отношения. Посреднические услуги продюсера — это также далеко не главный интерес артиста.

Продюсер сосредоточен на таких вопросах, как подбор репертуара (обычно он сам заказывает исполняемые произведения), определение манеры исполнения, состав вспомогательных, а нередко и ведущих исполнителей. Очевидно, что речь идет о серьезном, определяющем, содержательном вкладе. В то же время этот вклад едва ли воплощается в тот или иной объект авторского права¹ (кроме случая, когда один из авторов произведений или артист (в отношении смежных прав) берет на себя функции продюсера, но мы этот случай не обсуждаем). Приходится говорить о результате, который является полезным, общим для его участников, хотя и не выступает как объект права (ст. 128 ГК). Это — второй вывод, который мы должны сделать.

В ГК РФ только один договор предусматривает достижение общего сторонам полезного результата. Таким договором является, как известно, договор простого товарищества.

Целью договора может быть как результат, который является объектом права, скажем, строение, так и результат, который к числу объектов не относится. Соответственно трудности с идентификацией и квалификацией общего результата, общей цели не становятся фатальными для квалификации самого договора как товарищества. Гораздо важнее выявление того, что результат действий товарищества является именно общим.

Другим важным вопросом является определение момента, когда результат уже достигнут, ведь в этот момент договор прекращается в связи с достижением результата.

Классическому праву было известно товарищество в той сфере, о которой мы говорим. Цицерон рассказывал в одной из своих речей о товариществе, называемом *societas histrionis*. По этому договору один из товарищей доставлял талантливого раба, а взнос другого состоял в обучении его сценическому искусству. Заработок артиста (Цицерон говорит, что весьма значительный) делился между товарищами пополам².

Законное оживление читателя при выяснении рабского статуса артиста мы можем умерить лишь тем доводом, что если сам товарищ попросит обучить его сце-

¹ Впрочем, даже наличие объекта авторского права, дающего только запретительные права продюсеру, не лишает смысла продюсерский договор, который направлен на более широкий результат.

² Соколовский П.Е. Договор товарищества по римскому гражданскому праву. Киев, 1893. С. 221.

ническому искусству (не приличному свободному человеку вплоть до позднего Средневековья, да и после этого), то смысл договора существенно не изменится. Предположим при этом, что начальные расходы товарищи покрывают сообща.

Если теперь вернуться к нашему договору, то мы можем заметить, что вкладом продюсера будут деньги и деятельность по организации ежедневных занятий артиста, включая участие в определении не только коммерческого, но и творческого ее содержания. Вкладом артиста будет не только концертная деятельность, но и участие в создании той самой узнаваемости, оригинальности, которая позволит изменить его артистический облик (имидж), создать новое артистическое качество.

Сами эти артистические качества, хотя и присвоены личности артиста и поэтому не могут быть вполне отделены от нее, являются все же общей целью договора. Достижение этих качеств, следовательно, может рассматриваться как общая цель. В этом пункте коренится одна из трудностей простого товарищества, созданного для извлечения доходов из освоения определенной ниши рынка — не только продюсерского договора.

Всегда, когда товарищи объединяются для получения дохода от ряда операций, те из товарищей, которые получают в процессе осуществления общей деятельности навыки, знания рынка, связи, рано или поздно получают стимул выйти из товарищества и вести дела самостоятельно, не делясь доходами с другими товарищами, участвующими в общем деле только деньгами, оставаясь в целом в стороне от текущей деятельности. Такая ситуация была известна и античному праву.

Понятно, что запрет на отказ от товарищества противоречит началам частного права. Ульпиан прямо писал, что запрет на выход из товарищества невозможен даже тогда, когда имеется условие о запрете раздела общего имущества в течение определенного времени¹.

Единственным нормативным регулятором здесь могут быть нормы, подобные, например правилам §112 Германского торгового уложения о запрете конкуренции, в силу которых участник товарищества не может без согласия других участников совершать сделки в той же коммерческой отрасли. Очевидно, что здесь идет речь не о запрете на выход из товарищества, а о запрете конкуренции.

Однако подчинение договора простого товарищества и продюсерского договора, в частности, специальному регулированию такого рода пока, насколько известно, не предполагается. А такое следствие выхода из простого товарищества, как утрата своей доли в будущем результате², в данном случае не может служить достаточным сдерживающим от выхода фактором.

В нашем деле продюсер пытался предотвратить выход установлением неустойки. Однако в том виде, в каком эта неустойка определена в договоре, она не кажется корректной. Дело в том, что обязательства артистов определены как оказание услуг продюсеру и за невыполнение этих обязанностей артисты выплачивают не-

¹ Дигесты. 17.2.14. Тогда раздел будет произведен позже.

² Кстати, применительно к современному российскому праву это положение воспринимается с трудом; есть мнение, что вышедший товарищ считается имеющим долю в том результате, который будет создан в будущем.

Фактически выдел доли возможен, если уже имеется общий результат на момент выхода, скажем, доходы от общей торговой деятельности.

устойку. Но если мы можем показать, что никаких услуг они продюсеру не оказывают, то тем самым мы лишаем эту неустойку юридической почвы.

Участники договора простого товарищества не могут по отношению к достижению общего результата, в том числе по внесению вклада, рассматриваться как должники и кредиторы, а их участие в товариществе не может быть описано через взаимные обязательства и права требования. Есть, конечно, отдельные ситуации в товариществе, когда обязательство возникает: например, если один из товарищей произвел необходимые для общего дела расходы, то он вправе потребовать от других участия в возмещении ему расходов (ст. 1046 ГК). Возникают обязательства и в случае причинения товарищем убытков общему имуществу. Но такие обязательства, как уже говорилось, факультативны и не сказываются на основном содержании договора.

Однако если мы не можем квалифицировать участника, скажем, артиста, как должника, то мы утрачиваем основания обеспечивать исполнение им договора неустойкой.

Означает ли это, что неустойка вовсе не применима к договору простого товарищества, в том числе к продюсерскому договору, имеющему общую для участников цель и в период действия договора, т.е. направленную против его прекращения?

В том виде, в каком неустойка установлена указанным выше договором и как она взыскана судом, она существовать, пожалуй, не может. Товарищ не выступает должником в отношении своего вклада, и неустойка за невнесение вклада неприменима¹.

Если товарищ небрежно относится к общему делу, это может сказаться при прекращении товарищества и разделе доходов или иного общего имущества вплоть до взыскания с него убытков (при отрицательном результате). Но понуждать его неустойкой к рачительному хозяйствованию невозможно. Такой риск заложен в самом товариществе, когда стороны доверяют друг другу и сами несут потом последствия своего выбора.

Но мы уже заметили, что в отношении факультативных, дополнительных обязательств товарищи, как уже говорилось, могут быть поставлены в положение должников.

Нас интересуют обязанности товарища, вышедшего с целью получить только для себя все выгоды из товарищества². В этом случае на него в классическом праве возлагались все возникающие из такого выхода убытки, хотя бы товарищество и не прекращалось. «Несвоевременный отказ от участия в товариществе подлежит оценке»³, — говорил Павел.

На мой взгляд, на случай выхода, совершенного с единственной или преимущественной целью получения выгод для себя, может быть установлена неустойка, равно как могут и отыскиваться убытки.

¹ Встречающаяся иногда квалификация продюсерского договора как трудового, исходящая из идеи, что продюсер устанавливает для артистов график репетиций и выступлений, ставит их в подчинение себе, представляется мне крайне сомнительной, и я ее не стану обсуждать. Но в любом случае обязанности по трудовому договору не могут обеспечиваться неустойкой.

² Соколовский П. Указ. соч. С. 279–280; Гай. Институции. 3, 151.

³ Дигесты. 17.2.17.2.

Итак, продюсерский договор, если он отвечает признакам договора простого товарищества, может быть обеспечен неустойкой на случай отказа от участия в договоре. Неустойка может обеспечивать участие в договоре любой стороны — и продюсера, и артистов. Неустойка обеспечивает обязанность участника (товарища) возместить убытки, причиненные его несвоевременным отказом от договора. Такое поведение должно оцениваться как с точки зрения условий договора, в которых должно быть точно описано, при каких условиях считается достигнутой цель договора, когда и как он прекращается, так и с точки зрения вины вышедшего товарища.

Если продюсерский договор не может быть квалифицирован как простое товарищество, то такая неустойка неприменима.

Понятно, что эти выводы распространяются и на иные, кроме продюсерского, договоры простого товарищества.

НЕКОТОРЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ О РЕКОНСТРУКЦИИ ОБЪЕКТА, ПЕРВОНАЧАЛЬНОМ И ПРОИЗВОДНОМ ПРИОБРЕТЕНИИ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

Собственнику высоковольтной линии электропередачи (ВЛ) (назовем его «Стамэнгеро») несколько аффилированных компаний (назовем их монтажными), действовавших совместно, предложили провести реконструкцию линии, в частности замену старых опор. Эти три монтажные компании связаны между собой близким родством руководителей и взаимным участием в капитале, что позволяет характеризовать действия всех трех компаний как согласованные и реализующие единые намерения. В дальнейшем их действия будут рассматриваться как действия ответчика.

Насколько можно судить, реконструкция была вызвана нуждами потребителя электроэнергии (завода).

Проведя согласованную реконструкцию, одна из монтажных компаний, ссылаясь, в частности, на то, что в ходе реконструкции на ее имя были оформлены права аренды на земельные участки под опорами, оформила на свое имя право собственности на ВЛ и передала ее в аренду заводу.

Истец — «Стамэнгеро» — обратился к монтажной компании с иском о признании за ним права собственности. Истец полагал, что этот объект принадлежит ему, а ответчик лишь реконструировал его. Кроме того, ответчик не имеет законных оснований, дающих ему право собственности на спорный объект.

Ответчик возражал против иска, ссылаясь на то, что линия электропередачи, принадлежавшая ранее истцу, уничтожена в процессе реконструкции, а смонтированные подрядчиком новые опоры и другие конструктивные элементы никакого отношения к истцу не имеют и принадлежать ему не могут. Кроме того, у истца нет и права на те земельные участки, которые отведены ответчику для размещения опор.

Возникший спор привлек внимание к ряду сложных вопросов, вызвавших затруднения у суда.

При том, что споры, связанные с реконструкцией, вообще не просты, в данном случае юридические аспекты реконструкции осложнены еще и тем, что мы имеем дело с линейным объектом, природа которого остается не вполне ясной.

Прежде всего следует обсудить аргумент ответчика, который состоит в том, что истец утратил свое право собственности, так как «не возражал» против «ликвидации»

ции» существующего объекта, что, по мнению ответчика, влечет прекращение права собственности в силу п. 1 ст. 235 ГК РФ.

Необходимо заметить, что закону неизвестно такое понятие, как «ликвидация» имущества. Неизвестно закону и такое основание прекращения права собственности, как отсутствие возражений собственника при «ликвидации» имущества.

На самом деле собственник действительно вправе прекратить свое право собственными действиями, уничтожив принадлежащую ему вещь. Для этой цели собственник может прибегнуть и к содействию третьих лиц: например, заключить договор со специализированной организацией для разрушения зараженного здания. Несомненно, однако, что единственным основанием договора является интерес собственника, инициатива уничтожения исходит от него и третьи лица привлекаются для разрушения лишь постольку, поскольку собственник сам принял такое решение.

Видимо, нет смысла подробно описывать различия между гибелью вещи и отказом собственника от права собственности: во втором случае вещь сохраняется.

Но во всяком случае уничтожение вещи, как целенаправленный юридический акт, должно производиться не иначе как в силу прямо выраженной воли собственника; только случайная гибель происходит иначе. Случайная гибель тем и характерна, что нет никакого намерения собственника уничтожить вещь, случайная гибель вещи не может быть предметом соглашения.

Итак, гибель вещи может происходить исключительно по воле собственника либо случайно. Нельзя при этом квалифицировать как гибель по воле собственника такие действия третьих лиц по уничтожению вещи, которые совершены без возражений собственника.

Но здесь мы обнаруживаем гораздо более существенный аспект проблемы: в чем суть отношений по реконструкции? Какую роль эти отношения играют в судьбе объекта?

В данном случае между истцом и ответчиком велись переговоры о работах на спорной линии электропередачи. Стороны обменивались письмами, в которых у истца испрашивалось согласие на ведение работ. Кроме того, в письмах, направляемых ответчиком иным органам, сообщалось о согласовании работ с собственником.

Таким образом, соглашение с собственником (истцом) имелось. Это вполне естественно: невозможно без соглашения с собственником проводить какие угодно работы с его имуществом. В противном случае такие действия являются самоуправством, а если речь идет о длительных работах, то их следует признать и фактически невозможными.

Это суждение вполне очевидно, и я не стал бы развивать его, если бы не столкнулся в одной из судебных инстанций с заявлением о том, что суд сомневается в наличии какого-либо соглашения здесь. В том состоянии, в котором находится сегодня наше правоприменение, такие заявления, видимо, не должны считаться невозможными (как и вообще нет ничего невозможного для нынешних судов).

Насколько можно судить, суд исходил из того, что нельзя считать договором такие отношения, которые не предусматривают имущественных последствий производимых работ, например их оплаты. Это суждение, во всяком случае, было высказано судьей.

Вообще говоря, такое понимание находится за рамками спора и уже только поэтому лишено практического смысла.

Но лишено оно и смысла теоретического.

Квалификация отношений сторон в качестве определенного договора оправдана постольку, поскольку предметом спора является возникшее из договора обязательство (п. 3 ст. 420 ГК). В данном случае такое обязательство существует, и оно состоит, видимо, в том, что ответчик по окончании работ обязан вернуть ВЛ во владение истца (по этой причине истец должен защищаться не виндикационным иском, а договорным; он, впрочем, по существу так и сделал, отказавшись от виндикационного иска, первоначально им заявленного). Но постольку, поскольку спор касается права собственности, выявление условий договора находится за рамками основания и предмета иска, т.е. не относится к сути дела.

Право собственности может возникнуть только по основаниям ст. 218 ГК, и никак иначе.

В этой норме указано такое основание, как договоры о *приобретении/отчуждении* имущества: купля-продажа, мена, дарение и пр. Таких договоров немного, и они все поименованные.

Из п. 1 ст. 218 ГК следует, что вещь может быть создана лицом для себя. И в этом случае никакого договора, в том числе непоименованного, быть не может. Не случайно в п. 1 ст. 218 ГК говорится, что вещь создается с соблюдением закона, но не договора. **Никто не вступает в договор с иным лицом, чтобы создать вещь для себя.**

Немедленно приходящий на ум пример с подрядом лишь подтверждает этот вывод: нарушение договора вплоть до полного неисполнения, скажем отказ от оплаты подрядных работ, никак не влияет на право собственности, возникающее при создании вещи усилиями подрядчика (то, что в этом случае применимо право удержания, — самое убедительное тому доказательство, как об этом говорилось выше).

Итак, если между сторонами спора о принадлежности вещи имелся какой угодно договор (а какой-то договор, конечно, имелся), то в силу этого договора право собственности может перейти лишь по основаниям п. 2 ст. 218 ГК.

Понимание этого обстоятельства и заставляет ответчика отрицать, что какой-либо договор имел место.

Но такое отрицание тщетно в силу самых простых и очевидных фактов.

Можно захватить чужое имущество и затем силой его удерживать. Это бывает, хотя применительно к недвижимости — весьма и весьма редко даже в условиях нашего правопорядка. Из таких действий никаких имущественных прав возникнуть, конечно, не может.

Но вот начать и вести работы на чужом объекте недвижимости без какого-либо соглашения с собственником практически невозможно.

Если собственник пустил другое лицо на свой объект для производства каких угодно работ, значит, между сторонами уже есть какое-то соглашение. Тот факт, что условия этого соглашения непонятны или неочевидны, ни в коем случае не позволяет суду прийти к выводу о том, что соглашения не имелось.

Я здесь не обсуждаю вариант договора незаключенного: для этого нужно его сначала квалифицировать; только после точной квалификации договор может

быть признан незаключенным. (Впрочем, для целей п. 1 ст. 218 ГК незаключенность (как и недействительность) договора не важна: все равно работы выполнялись не для себя.)

До того действует совсем иное и самое точное правило: если одно лицо передает имущество, деньги другому лицу, выполняет для него работы, оказывает ему услуги, то оно имеет для этого основания. Это основание и следует отыскать в соглашении с другим лицом.

В нашем случае стороны обменивались письмами о работах на ВЛ, затем взаимно установили даты работ, вели совместный журнал допуска рабочих. Сомневаться при этом, что имелось соглашение, конечно, невозможно. Любое судебное усмотрение имеет свои пределы, и этот — один из них.

Убедившись в том, что соглашение с собственником имелось, мы должны определить суть этого соглашения.

Очевидно, что воля собственника, как и воля обеих сторон, не была направлена на отчуждение линии электропередачи. Дело не столько в том, что стороны не облекли свое соглашение в форму единого документа, сколько в самой сути этого соглашения. Ни одна из сторон никак не выражала воли на отчуждение либо приобретение ВЛ, в ходе спора каких-либо ссылок на такой договор также не было.

Следовательно, воля сторон была направлена на иной результат.

Переписка указывает только на одну цель — реконструкцию ВЛ.

Именно такие работы фактически вели ответчик и иные связанные с ним лица: были заменены опоры, смонтированы новые фундаменты.

Сама по себе реконструкция может расцениваться как возникновение новой вещи либо сохранение старой, однако реконструкция (капитальный ремонт) по соглашению с собственником тем отличается от строительства, что всегда осуществляется собственником и/или для собственника реконструируемой (ремонтируемой) вещи.

Понятно, что реконструкция по договору с собственником (а никто, кроме собственника, не вправе договариваться о реконструкции) не может выступать как форма отчуждения имущества, поскольку такой договор не указан в п. 2 ст. 218 ГК РФ и по своей сути не является отчуждением.

Известных оговорок требует договор простого товарищества, созданного для капитального ремонта или реконструкции: во-первых, цель этого договора не обязательно совпадает с созданием объекта права, поэтому возникновение новой вещи (иного объекта) не являются обязательной чертой этого договора; во-вторых, договор простого товарищества не является договором о приобретении/отчуждении вещи.

Результатом простого товарищества может быть возникновение общей собственности на вещь, хотя это и не обязательно; может быть иной результат, например совместная эксплуатация вещи после реконструкции.

В нашем случае простое товарищество не предполагалось, поэтому сосредоточимся на фактически состоявшемся договоре.

Тот факт, что собственник мог допускать, что реконструкция влечет замену тех или иных частей принадлежащего ему имущества, сам по себе отнюдь не означает, что собственник якобы санкционировал уничтожение своей вещи.

Как уже говорилось, в договоре на уничтожение вещи прямо выражена воля собственника, причем эта воля исчерпывается именно уничтожением вещи, но никак не изменением ее, в том числе улучшением, изменением ее качеств и т.п. Совершенно понятно, что если воля собственника охватывает будущее состояние вещи, то, стало быть, речь идет о *его* вещи.

Всякий раз, когда происходит реконструкция (ремонт) вещи по согласованию с собственником, все работы по реконструкции производятся не иначе как для собственника. Законное создание новой вещи для себя (п. 1 ст. 218 ГК) возможно только помимо собственника, без всякого его участия, т.е. относительно вещи, у которой нет собственника, и в соглашение с ним вступить невозможно.

В этом пункте невозможны субъективные разногласия: невозможно, чтобы тот, кто ведет работы, полагал, что он ведет их для себя, тогда как собственник считал бы иначе. Ведь если у вещи есть собственник, то любые изменения вещи, даже влекущие утрату идентичности, все равно осуществляются для него. Поэтому и в случае заблуждения лица, вложившего средства в изменения вещи, у него все равно не возникает права на вещь, а есть лишь иск о возмещении затрат при наличии к тому оснований.

Впрочем, постольку, поскольку речь идет о строительных работах, намерения сторон получают дополнительные доказательства в публичной сфере. Нужно, однако, заметить, что соблюдение публичных процедур не создает само по себе частных прав, а только является условием или, чаще, преградой (в случае несоблюдения) для их возникновения.

В данном случае намерение ответчика вести работы не для себя, а для собственника достаточно убедительно доказывается тем, что ответчик не согласовал техусловий (что абсолютно обязательно при строительстве ВЛ), не провел государственной экспертизы проекта, что он бы должен был делать, если бы возводил объект для себя.

Итак, весьма важный вывод состоит в том, что в случае капитального ремонта (реконструкции) вещи собственник не утрачивает права собственности, хотя бы вещь подверглась изменениям.

Другой сам по себе очень интересный вопрос состоит в том, возникла ли в данном случае новая вещь.

Теории права известна поставленная еще римскими юристами задача: если заменить в корабле одну доску, то это будет все тот же корабль; сколько же нужно заменить досок, чтобы корабль стал другим? Юристы пришли к выводу, что в любом случае корабль продолжает оставаться все тем же кораблем.

Излагая этот вывод более формально, можно сказать, что **если вещь состоит из различных частей, элементов (составная вещь), то замена этих частей сама по себе не означает гибели прежней и возникновения новой вещи.**

Именно поэтому законодательство указывает, что при выяснении того обстоятельства, возникла ли новая вещь (обычно это делается для целей реконструкции, т.е. без смены собственника), нужно не выяснять то, сколько новых элементов, частей появилось в составе вещи, но нужно оценивать иные ее характеристики: так, в п. 67 Правил ведения ЕГРП (утв. Постановлением Правительства РФ от 18 февраля 1998 г. № 219, с последующими изменениями) указывается на такие призна-

ки изменения идентичности вещи, как, скажем, изменение назначения объекта. Говорят также об изменении габаритов и т.п.¹ Однако нигде не указывается на замену частей, элементов, какой бы значительной она ни была, как на основание изменения объекта, а тем более — утрату объектом идентичности.

В п. 5.7 Правил технической эксплуатации электрических станций и сетей РФ (утв. Минэнерго России приказом от 19 июня 2003 г. № 229) указывается, что замена элементов ВЛ охватывается капитальным ремонтом линии. Как видно из формулировки нормы, сколько бы элементов ни было заменено, никакой речи о том, что создана новая ВЛ, нет. Указанные Правила расценивают эти действия (замену элементов) как капитальный ремонт, который, как и реконструкция, означает сохранение прежнего собственника и прежнего права собственности.

Прежние части, элементы, замененные новыми, после утраты их связи с вещью не могут рассматриваться как прежняя вещь. Поэтому ссылки ответчика на то, что сохранившиеся фундаменты старых опор якобы представляют собой принадлежавшую истцу линию электропередачи, ошибочны. Линия все время остается одной, независимо от наличия разрозненных и не связанных с ней частей и элементов. Если части вещи после реконструкции утратили связь с вещью и тем самым приобрели качества объектов права (в этом и состоит разница между сложной и составной вещью: сложная вещь — это несколько вещей, тогда как в составной вещи ее части (элементы) лишь потенциально могут стать вещами после отделения, но в составе вещи они качеств объекта не имеют²), то это отнюдь не означает, что в этих элементах теперь и сосредоточена старая вещь, замененная другой, новой. Только связь между частями и дает им качества вещи.

Отдельную оценку заслуживает довод ответчика, что у него возникли новые права пользования землей с иными кадастровыми номерами, что является, как он полагает, решающим обстоятельством, указывающим на возникновение нового объекта.

На самом деле эти обстоятельства важны только для права собственности на такую вещь, как земельный участок. Для ВЛ связь с землей имеет чисто техническое и второстепенное значение. Самостоятельных прав на земельный участок собственнику ВЛ не требуется, достаточно прав производных (сервитут, аренда). Соответственно через указание на кадастровый номер земельного участка идентифицировать линейный объект и ВЛ в частности, конечно, невозможно.

Действительно, что мы можем сказать определенного об объекте, если мы знаем, что он связан с землей в точках А, В, С, расположенных на одной линии? Это может быть эстакада, или подвесная дорога, или трубопровод и т.д.

¹ См., например: Пискунова М.Г., Киндеева Е.А. Реконструкция и перепланировка: особенности регистрации и технического учета // *эж-Юрист*. 2006. № 23.

² Это обстоятельство, кстати, не было учтено банком, который принял в залог от ответчика в период, когда он значился собственником ВЛ, отдельные опоры ВЛ как вещи в составе сложной вещи. Но опоры, как и другие элементы ВЛ, пока они выступают частями линии, не являются объектами права и не могут быть предметом сделок, в том числе залога, как раз потому, что ВЛ в данном случае — не сложная, а составная вещь.

Следовательно, после отсуждения ВЛ у ответчика (суд первой инстанции иск удовлетворил) банк-залогодержатель столкнется не с проблемой следования залога после отпадения права собственности залогодателя (что не тождественно прекращению права собственности, нужно заметить), но с другим вопросом — ничтожностью залога по существу из-за отсутствия предмета залога.

Здесь нужно понимать вот что: если для объекта недвижимости обязательна связь с землей, то сама по себе эта связь не является самым важным свойством любого такого объекта. Обязательность — это еще не идентичность.

Между тем объект права, вещь — не естественное явление природы, которая, как некоторым кажется, дает свои свойства вещам. *В природе вообще не существует вещей*. Вещь — это продукт социальности, результат деятельности человеческого общества, направленной на разрыв природных связей и создание явлений, чуждых природе, утративших с ней связь¹.

Вещь идентифицируется через определенную совокупность экономически и социально важных свойств, которые опять-таки никак не сводятся к описанию физических или химических свойств объекта.

В соответствии с п. 2.5.2 Правил устройства электроустановок (утв. приказами Минтопэнерго (Минэнерго) России от 6 октября 1999 г., от 8 июля 2002 г. № 204, от 9 апреля 2003 г. № 150, от 20 мая 2003 г. № 187, от 20 июня 2003 г. № 242) «воздушной линией электропередачи выше 1 кВ называется устройство для передачи электроэнергии по проводам, расположенным на открытом воздухе и прикрепленным при помощи изоляторов и арматуры к опорам или кронштейнам и стойкам на инженерных сооружениях (мостах, путепроводах и т.п.)... За начало и конец ВЛ принимаются линейные порталы или линейные вводы распределительных устройств». Как можно видеть, среди свойств линии выделяются те, которые характеризуют ее способность передавать энергию, а связь с землей обеспечивают опоры, которые едва ли являются уникальными для каждой данной линии, т.е. пригодны для установления тождества.

Одним из важнейших свойств любой линии электропередачи является наличие подключения ее к действующим электрическим сетям, что осуществляется **однократно**, как это следует из ст. 10, 26 Федерального закона «Об электроэнергетике». Без такого присоединения линия не сможет передавать электроэнергию, т.е. не будет линией *электропередачи*. Тем самым каждая ВЛ приобретает свои свойства, идентичность именно через однократное присоединение к электросетям, что отражается в инвентарном диспетчерском номере.

Такое подключение в нашем случае было сделано однажды, в 1970 г., и более не может быть сделано.

Последующие изменения различных элементов ВЛ не могли повлиять на те ее уникальные свойства, которые создают ее идентичность.

Таким уникальным свойством для линии представляется присоединение к данной сети и к данному потребителю², но никак не связь с определенным земельным участком.

Мы можем обнаружить, что между двумя точками возможна только одна линия, хотя и не обязательно прямая, как в геометрии. Ее единичность обусловлена экономически: простой расчет делает невозможным более чем одно соединение одного источника энергии с одним потребителем.

¹ Всем, кому эти выводы представляются спорными, предлагаю посетить ближайшую свалку — это наглядная демонстрация разницы между вещами и природой.

² Не следует под потребителем понимать физическое или юридическое лицо; речь идет только о технологии, ведь энергия обнаруживает свои качества именно в рамках технологического процесса. Потребителем будет, следовательно, любой промышленный субъект.

При этом изменения количества опор, марки провода, безусловно, не могут рассматриваться как такие, которые привели к созданию новой вещи. Это именно те изменения, которые закон и иные правовые акты рассматривают как несущественные для идентификации такой вещи, как ВЛ.

Эти выводы, как кажется, в значительной мере применимы и к иным линейным объектам. Их также характеризует способность передавать энергию или иной продукт от производителя (диспетчера) к потребителю, что предопределяет ведущую роль точек присоединения для идентификации данного линейного объекта как объекта права собственности.

Итак, наиболее существенные признаки, идентифицирующие объект, сосредоточены среди тех, которые определяют его назначение.

Хорошим примером здесь может служить такое дело¹.

Между сторонами был заключен инвестиционный контракт. Сторона, взявшая на себя производство работ, не выполнила своих обязательств в части завершения работ, и спор возник именно в тот момент, когда велись работы; фактически налицо только котлован. В процессе этих работ истец заявил иск о признании права собственности на объект.

В иске было отказано.

Президиум ВАС РФ подчеркнул, что инвестиционный контракт предусматривал «комплекс строительных работ и организационно-технических мероприятий, связанных с **изменением назначения** объекта недвижимости».

Если происходит изменение назначения, идентичность объекта утрачивается.

Утрата идентичности лишает истца возможности защищаться иском о признании права собственности на объект, хотя не исключена возможность заявления истцом требования о надлежащем исполнении обязательства, т.е. о завершении работ. Только после этого в любом случае возможен спор о принадлежности объекта.

В нашем деле о праве на линию электропередач, напротив, работы завершены, и налицо именно спор о принадлежности объекта, на котором производились работы, причем его назначение не изменено.

Выше упоминалось, что ответчик не получил техусловий и государственной экспертизы (в том числе необходимых согласований) для реконструкции ВЛ. Мы имеем все основания расценивать такое поведение как доказательство того, что вещь изготавливается ответчиком не для себя, а для собственника.

Однако ожидаемым является предположение, что имеется самовольное строительство, что, впрочем, само по себе исключает право собственности на ВЛ не только за истцом, но и за ответчиком. Насколько оправданно такое предположение?

Наши выводы о том, что вещь сохранилась, что не утрачена ее идентичность, дают основания для вывода, что самовольного строительства не было. Для квалификации строения по ст. 222 ГК необходимо, чтобы оно возникло впервые. Идентичность строения с существующим объектом права собственности исключает его квалификацию по ст. 222 ГК, что, конечно, не освобождает собственника от исполнения тех или иных требований, исходящих от публичных органов и опираю-

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 29 мая 2007 г. № 2358/06.

щихся на градостроительные и иные специальные нормы и правила. Мы получаем, таким образом, парадоксальную ситуацию, когда ответчик, чтобы не лишиться самой возможности претендовать на право собственности на ВЛ, должен стремиться к подтверждению того факта, что новый объект права не возник, а строительные работы велись самоуправно.

ДОГОВОР ДОЛЕВОГО УЧАСТИЯ В СТРОИТЕЛЬСТВЕ И ВОЗНИКНОВЕНИЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА ОБЪЕКТ ДОЛЕВОГО СТРОИТЕЛЬСТВА

Выше уже затрагивался вопрос о природе договора долевого участия в строительстве в связи с проблемой договора об инвестировании. Но вопрос заслуживает отдельного обсуждения. По поводу договора долевого участия в строительстве, заключаемого в соответствии с ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости» высказаны самые различные, хотя в целом достаточно предсказуемые, суждения.

Однако возникающие в судебной практике трудности показывают, что юридическое освоение возникающих в сфере долевого участия отношений далеко от завершения.

Приведу такое дело.

В 2004–2006 гг. ООО «Монолит» в качестве застройщика, получив земельный участок под застройку, разрешение на строительство на этом участке и затем разрешение на ввод построенного объекта в эксплуатацию, осуществило строительство нежилого (офисно-торгового) здания по адресу: г. Тамбов, ул. Державинская, д. 16а.

К строительству здания ООО «Монолит» были привлечены иные лица (дольщики), которые заключили с ООО «Монолит» идентичные по содержанию договоры долевого участия.

Разрешение на строительство здания было получено ООО «Монолит» 30 марта 2005 г., т. е. до вступления в силу ФЗ «Об участии в долевом строительстве...».

В соответствии с указанными договорами долевого участия дольщик обязался уплатить ООО «Монолит» установленную договором цену («сумма инвестиционного вклада», согласно названным договорам), а ООО «Монолит» обязалось реализовать проект строительства здания и по его окончании передать дольщику для оформления в его собственность определенное договором помещение.

Одновременно со зданием и для его обслуживания возводилась трансформаторная подстанция, представляющая собой самостоятельный объект недвижимости и предназначенная для снабжения электроэнергией, помимо здания, и нескольких других строений, расположенных в том же самом квартале.

16 ноября 2006 г. здание было введено в эксплуатацию в установленном порядке.

Помещения, которые ООО «Монолит» обязалось передать дольщикам в соответствии с заключенными с ними договорами, были дольщиками получены еще в конце 2005 г. и с того времени находятся в их владении и пользовании.

В конце июня 2006 года ООО «Монолит» обратилось в УФРС по Тамбовской области с заявлением о регистрации права собственности на здание (но не на помещения в нем) за собой, и 24 июля 2006 г. УФРС по Тамбовской области внесло соответствующую запись о праве собственности в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

И. и К., являющиеся дольщиками, возбудили спор с ООО «Монолит», ссылаясь на следующее:

– договоры долевого участия, заключенные между ними и ООО «Монолит», являются договорами о совместной деятельности, и потому дольщики, помимо оговоренных договорами долевого участия помещений, также имеют право и на «нераспределенные полезные площади в здании», а также на указанную выше трансформаторную подстанцию;

– регистрация права собственности на здание за ООО «Монолит» является хищением чужого имущества, в связи с чем против руководства ООО «Монолит» было возбуждено уголовное дело по ст. 159 УК РФ по заявлению И. и К.

Помимо этого между ООО «Монолит» и дольщиками И. и К. имеется спор о принадлежности объектов общего пользования в здании (лифты, вентиляция, лестничные марши, коммуникации и т.п.). При этом дольщики ссылаются, в частности, на условие совершенных ими с ООО «Монолит» договоров, в соответствии с которым «стороны принимают во внимание и соглашаются с тем, что дольщик одновременно с правом собственности на помещение приобретает долю в праве собственности на объекты общего пользования в здании».

Необходимо, однако, отметить, что подобные условия имеются не во всех договорах с дольщиками.

Спор приобрел затяжной характер и выявил трудности в квалификации отношений, хотя вполне очевидно, что они вполне типичны.

Попробуем разобраться в возникших вопросах.

Прежде всего следует дать общую оценку договоров, заключенных ООО «Монолит» с И. и К., с позиций ФЗ «Об участии в долевом строительстве...».

Хотя, как следует из фактических обстоятельств, разрешение на строительство здания было получено ООО «Монолит» 30 марта 2005 г., т.е. до вступления в силу названного закона, и потому ФЗ «Об участии в долевом строительстве...» неприменим к отношениям сторон по указанным договорам, общая их оценка с позиций этого закона все же должна быть дана уже хотя бы потому, что в момент заключения договоров и тем более – во время возникновения спора ФЗ «Об участии в долевом строительстве...» рассматривается как та модель, на которую должна ориентироваться практика строительства с привлечением средств широкого круга граждан – как для потребительских целей, так и для иных.

До сих пор многочисленные попытки квалификации договора долевого участия, т.е. того договора, который описан в ФЗ «Об участии в долевом строительстве...»¹, сводились либо к отождествлению его с одним из договоров, предусмотренных ГК, либо к объявлению его договором, ГК не предусмотренным.

Еще до принятия ФЗ «Об участии в долевом строительстве...» довольно часто отстаивалась позиция, согласно которой договор долевого участия (инвестиционный договор) – это не договор о совместной деятельности (простого товарищества)². До каких пределов действуют эти выводы, впрочем, не ясно, если учесть, что

¹ В дальнейшем этот договор обозначается сокращенно как ДДУ

² См., например: *Мошкина Л.Н.* Договор о долевом участии в инвестировании строительства и договор простого товарищества // Юрист. 2002. № 2.

договора инвестирования вообще не существует, и инвестиции могут вноситься как в форме синаллагматического договора, так и в форме простого товарищества.

После принятия указанного закона вопрос существенно упростился.

Вместо инвестиционного контракта либо договора долевого участия, за которыми могли скрываться договоры различной природы, был создан вполне определенный договор (ДДУ, как мы договорились его обозначать), которому закон придавал достаточно много свойств, делающих понятной его природу.

Нетрудно заметить, что этот договор не является договором простого товарищества¹. Собственно говоря, этот отрицательный вывод часто основывается на том не совсем верном представлении, что ранее существовал какой-то определенный договор долевого участия и этот известный договор был договором простого товарищества, но ему на смену пришел совсем другой договор под тем же названием. На самом деле ранее не было такого определенного договора, как сегодня нет определенного инвестиционного договора, и договор долевого участия до 2004 г. мог иметь разную природу, как сегодня могут иметь разную природу инвестиционные контракты.

Реже договор долевого участия по ФЗ «Об участии в долевом строительстве...» сопоставляется с иными договорами, например подрядом, и делается вполне очевидный вывод, что подряда здесь нет².

Еще меньше оснований усматривать в ДДУ договор об оказании услуг (комиссии, поручения и др.)³. Действительно, застройщик действует в своем интересе. Дольщик оплачивает не услуги, а объект недвижимого имущества, который до передачи дольщику находится в собственности застройщика.

Невозможно считать ДДУ предварительным договором⁴, так как он исполняется путем передачи денег и имущества, нельзя считать и смешанным.

Между тем, при очевидной познавательной полезности таких разысканий весьма часто упускается из виду едва ли не главный практически вопрос ДДУ — о способе приобретения права собственности.

Как видно из приведенного выше дела, именно вопросы о том, кто и когда становится собственником, что является объектом этой собственности, оказываются едва ли не самым конфликтным.

Учитывая это, попробуем определить место договора об участии в долевом строительстве так, как он урегулирован в ФЗ «Об участии в долевом строительстве...», среди оснований возникновения права собственности. Тем самым мы получим почву для более верной квалификации и договоров ООО «Монолит» с И. и К.

¹ Такие взгляды высказаны многими юристами. См.: *Соловьев Д.С.* Договор долевого участия в строительстве и договор о совместной деятельности (простое товарищество): проблемы общего и различного в теории и судебной практике // Арбитражный и гражданский процесс. 2007. № 7; *Чуркин Н.* Договор участия в долевом строительстве // Законность. 2006. № 12; *Фоков А.П.* Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости // Нотариус. 2005. № 2. Аналогичные взгляды высказывают Ю.А. Свирин, А.Н. Кайль, О.Н. Садилов и др.

² См., например: *Бобровникова М.А.* Договор участия в долевом строительстве // Журнал российского права. 2006. № 1.

³ *Фомина Е.В.* Правовая природа договора долевого участия в строительстве // Правовые вопросы недвижимости. 2007. № 1; *Резцова Е.В.* Правовая природа договора долевого участия в жилищном строительстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

⁴ *Фоков А.П.* Указ. соч. и др.

В соответствии со ст. 218 ГК РФ право собственности возникает двумя различными способами: либо путем создания (строительства) новой вещи (объекта) для себя (п. 1 ст. 218), либо путем приобретения вещи по договору (п. 2 ст. 218). Эти способы несовместимы: не может быть приобретения частично первоначального и частично производного.

Именно поэтому если новую вещь (объект) создают несколько лиц, вступая в договор, то возникает проблема различения договора о приобретении объекта (п. 2 ст. 218 ГК РФ) и договора о создании объекта (п. 1 ст. 218 ГК РФ).

В том случае, если речь идет о создании объекта несколькими лицами для себя, можно указать на ряд обязательных признаков таких отношений.

Это, прежде всего, наличие общей для всех участников цели — создание вещи. Поскольку в п. 1 ст. 218 ГК РФ говорится о том, что вещь создается для себя, то именно эта цель и становится необходимым признаком этого способа приобретения права собственности как для одного лица, так и для нескольких лиц.

Соответственно, если цели у участников различны, скажем, у одного — получение денег, а у другого — получение в собственность объекта недвижимости, то приходится признать, что общей цели у участников нет, и их отношения не охватываются понятием создания вещи для себя (п. 1 ст. 218 ГК РФ).

Иными словами это обстоятельство может быть выражено в таком положении: *никто не вступает в договор с другим лицом, чтобы создать вещь для себя.* (Выше этот вопрос уже обсуждался.)

Если же цель создания вещи (одной и той же вещи!) едина у нескольких участников, то их отношения охватываются п. 1 ст. 218 ГК. В этом случае для целей п. 1 ст. 218 ГК нескольких участников следует рассматривать как то *одно лицо*, для которого создается вещь. Аналогичным образом мы вводим фикцию одного собственника, имеющего единую волю, для общей собственности, из которой и проистекает правило о консенсусе совладельцев (п. 1 ст. 246 ГК). (Принципиально этот подход допускает и принятие решений большинством (что практически удобнее), хотя здесь искусственность построения усиливается — большинство, т.е. заведомо не все, выступает как все и как одно.)

Наличие общей цели — одной и той же для всех — влечет возникновение таких последствий:

Поскольку цель участников — создание одной вещи, то возникает общая собственность на эту вещь после ее создания.

В процессе создания вещи все риски, затрагивающие общую цель, у участников — общие, а не отдельные.

Единство цели предполагает и единство действий, т.е. принятие всех решений, касающихся общей вещи, сообща.

Нетрудно заметить, что тем самым описаны признаки договора простого товарищества. На самом деле договор простого товарищества — естественная и неизбежная форма для создания объекта несколькими лицами для себя.

Более того, можно уверенно сказать, что это — *единственный* договор, пригодный для такого способа приобретения права собственности на вновь создаваемый объект, если такой объект создается не одним, а несколькими лицами.

Частным выводом из этих суждений будет тот, что договор простого товарищества *не относится* к числу договоров о приобретении вещи, указанных в п.2 ст.218 ГК.

Продолжая наши рассуждения, мы можем дать оценку так называемым инвестиционным контрактам (договорам), тем более что этот вопрос традиционно обсуждается в связи с ДДУ.

Уже говорилось, что инвестиционный договор не существует как особый договор с определенными признаками, кроме некоторых налоговых последствий¹. Как следует из п. 1 ст. 8 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений», инвестиционный договор — это один из договоров, предусмотренных ГК РФ.

Соответственно если общей целью инвестиций для нескольких инвесторов становится создание объекта, то инвестиционный договор, скорее всего, окажется договором простого товарищества.

В иных случаях могут быть иные договоры, предусмотренные ГК РФ. Попутно нужно напомнить, что договор простого товарищества *не смешивается* ни с каким иным договором.

Следовательно, обозначение какого-либо договора как инвестиционного несколько не предопределяет природы этого договора, но требует дополнительных усилий по его квалификации.

Более того, попытки уклониться от точной квалификации договора, в том числе и договора, в названии которого упоминается долевое участие, посредством указаний на его «инвестиционную природу» или «инвестиционные черты» следует признать ошибочными и недопустимыми.

Вполне очевидно также, что любые попытки увязать инвестиционный договор сам по себе с нормами ГК о приобретении права собственности — идея совершенно безнадёжная.

Предварительно нужно ввести тот или иной договор, который стороны назвали инвестиционным, в рамки известных гражданскому законодательству.

Если цель приобретения имущества в собственность имеется только у одного лица, а у другого — цель отчуждения имущества за деньги (или безвозмездно), налицо договор о приобретении/отчуждении имущества, наиболее характерным примером которого является договор купли-продажи. Такие договоры указаны в п. 2 ст. 218 ГК РФ как основания приобретения права собственности.

Договорам об отчуждении/приобретении имущества (п. 2 ст. 218 ГК) присущи следующие черты.

Продавец (или иное лицо, отчуждающее вещь) передает приобретателю вещь в собственность. Передача вещи, поскольку иное не указано в договоре, знаменует собой переход права собственности. Для недвижимости моментом перехода права

¹ О налоговой стороне этих отношений см.: Сенчищев В.И. Право собственности на объекты долевого строительства // Право собственности: Актуальные проблемы / Отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров. М., 2008. С. 415.

собственности является момент государственной регистрации права, хотя передача объекта недвижимости тем не менее обязательна.

Отчуждаемый объект принадлежит продавцу (иному отчуждателю) до его передачи, хотя отчуждатель может и не иметь объекта в момент заключения договора, что допускается нормой п. 2 ст. 455 ГК РФ¹.

Риск случайной гибели вещи по общему правилу до ее передачи лежит на отчуждающем лице, а после передачи – на приобретателе. Ни в какой момент договора стороны не несут общего риска.

Приобретатель выплачивает собственнику цену вещи (объекта), причем убытки и доходы, вытекающие из договора, для каждой из сторон различны и не могут быть общими.

Исходя из изложенного выше, можно определить место договора долевого участия в строительстве, соответствующего ФЗ «Об участии в долевом строительстве...», среди оснований приобретения права собственности.

Едва ли могут быть сомнения в том, что этот договор не относится к числу договоров о совместном создании объекта несколькими лицами (простого товарищества) в порядке п. 1 ст. 218 ГК РФ.

Этот вывод вытекает, в частности, из следующего.

У участников такого договора не имеется общей для них цели – создания объекта для себя. Если одни участники (дольщики) имеют своей целью приобретение различных объектов долевого строительства для себя, то другой участник, застройщик, имеет целью строительство за деньги дольщиков. Его цель, следовательно, – получение денег.

У каждого из дольщиков возникает право *на свой особенный*, отличный от прочих, объект долевого строительства, так что не имеется объекта, общего для всех участников договора. Соответственно, высказывания некоторых юристов, что в ДДУ имеется множество кредиторов и должников на стороне дольщиков, не соответствует действительности. Множество в обязательстве означает определенную общность, определяемую, как правило, предметом обязательства². Между тем дольщики выступают каждый отдельно от другого, не образуя множественности. Каждый из них требует своего, отличного от других, объекта долевого строительства, и ни-

¹ Приобретение или создание вещи в будущем обязательно прямо оговаривается, но никак не подразумевается в таком договоре.

В этом отношении необходимо отличать договор о продаже будущей вещи, предусмотренный п. 2 ст. 455 ГК, от продажи чужой вещи. Если первый договор является вполне законным и означает, что стороны – покупатель и продавец – договорились именно о том, что вещь будет продана после того, как продавец создаст или приобретет ее, а в момент заключения договора ее еще нет, то продажа чужой вещи является по нашему праву незаконной (это ясно вытекает из ст. 302 и 305 ГК РФ), а любые соглашения о продаже вещи, которая уже есть во владении продавца, но принадлежит третьему лицу – являются недействительными.

Нужно, однако, заметить, что приобретение (создание) вещи осуществляется продавцом самостоятельно, за рамками договора, что отличает продажу по п. 2 ст. 455 ГК, скажем, от подряда или комиссии.

² Подробнее см.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 2005. С. 21 и сл.; *Сарбаи С.В.* Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 234 и сл., и др.

кто из них по отдельности, равно как и все они вместе, не требуют передачи здания. Следовательно, к ДДУ не применимы правила ст. 321–326 ГК.

Риски случайной гибели объекта (объектов) все время разделены: до передачи объектов они лежат на застройщике, после передачи — на дольщиках. Ни в один момент строительства не имеется общих рисков.

Отсутствует общее управление строительством. Дольщики не принимают в нем участия, в то время как застройщик на свой риск и своим попечением ведет руководство строительством, отвечая за просрочку передачи объектов строительства.

В то же время этот договор отвечает признакам договора об отчуждении/приобретении имущества (п. 2 ст. 218 ГК РФ). Наиболее близок этот договор к договору купли-продажи будущей вещи, т.е. вещи, которой в момент заключения договора у продавца нет, но которая будет создана им в будущем (п. 2 ст. 455 ГК РФ).

Имеются возражения, направленные против отождествления ДДУ с договором о продаже будущей вещи. В частности, говорят о том, что ДДУ в отличие от купли-продажи направлен не только на передачу конечного результата (Е.В. Резцова)¹; предмет договора не может быть определен с той точностью, которой требует ст. 554 ГК (О.Н. Садилов и др.).

Думаю, это не так. Предмет, конечно, вполне может быть точно определен, и едва ли могут быть сомнения, что постольку, поскольку в п. 2 ст. 455 ГК говорится о создании (а не о приобретении) вещи в будущем, и постольку, поскольку помещение вообще может быть идентифицировано, оно всегда может быть описано с той точностью, которую требует закон и в которой заинтересован покупатель (иначе придется признать, что п. 2 ст. 455 ГК не предназначен для приобретения недвижимости, а это не так).

Что касается прав дольщиков до получения ими объекта, то эти права выражаются в повышенных гарантиях покупателю (дольщику)², причем гарантии обеспечивают именно «передачу конечного результата», поэтому они не меняют предмет договора. Собственно говоря, именно качество и количество гарантий, предоставленных дольщикам, и заставило законодателя создать эту разновидность договора.

Поэтому соотношение договора о купле-продаже вещи в будущем и ДДУ состоит в том, что, отталкиваясь от договора о купле-продаже вещи в будущем, законодатель создал новый договор, придав ему ряд условий, направленных на повышенную защиту интересов дольщика. Но место договору, если бы пришлось обсуждать, едва ли, впрочем, имеющее практический смысл, предложение о включении ДДУ в ГК, нашлось бы, видимо, в главе 30.

Однако детальное регулирование ДДУ специальным законом делает фактически излишним обращение к общим нормам ГК. Практика требует развития именно специального регулирования, т.е. введения более точного баланса гарантий прав участников, а не обращения к общим положениям.

Итак, вопросы классификации ДДУ сами по себе едва ли имеют большое практическое значение.

¹ Резцова Е.В. Указ. соч.

² Имеется в виду, конечно, не только ст. 7 указанного Закона, а все его содержание.

Гораздо важнее, как уже говорилось, определиться с проблемой возникновения права собственности при исполнении ДДУ, преломляя условия этого договора через положения норм о приобретении права собственности.

В частности, в этом договоре у сторон не общая цель, а встречно направленные различные цели: у приобретателя (участника долевого строительства) — приобрести за деньги объект недвижимости, а у застройщика (продавца) — получить деньги в счет передачи приобретателю построенного объекта недвижимости (объекта долевого строительства).

Риск случайной гибели объекта распределяется между сторонами в зависимости от того, кому принадлежит объект: до передачи объект принадлежит застройщику, и он несет риск, а после передачи — участнику долевого строительства, которому и передается риск случайной гибели объекта.

По договору выплачивается *цена, которая и является способом и мерой разграничения рисков* и противопоставления целей сторон договора. Как известно (об этом уже говорилось), в *договоре простого товарищества цены нет* (иногда лишь указывается стоимость) и, во всяком случае, цена не выплачивается именно потому, что риски не разграничены, а цель общая.

Необходимо отметить, что в отличие от купли-продажи готовой вещи (объекта), купля-продажа будущей вещи не требует обязательного наличия права собственности на вещь у продавца. Вообще говоря, и в силу п. 1 ст. 454 ГК РФ продавец передает вещь *в собственность покупателю*, что не тождественно передаче вещи *из собственности продавца*. Для договора купли-продажи будущей вещи это обстоятельство проявляется в том, что продавцу необязательно предварительно оформлять вещь в свою собственность; достаточно, чтобы собственность возникла у покупателя.

Поэтому правильно говорить о принадлежности вещи продавцу как достаточном условии ее отчуждения, понимая под принадлежностью, во-первых, правомерное владение и вытекающую из владения возможность передачи вещи и, во-вторых, такое право на объект, которое содержит право на его отчуждение¹.

В то же время если в силу определенных причин в процессе строительства возникнет необходимость регистрации права собственности на объект, то такое право собственности будет возникать именно у застройщика.

¹ В.И. Сенчишев само собой разумеющимся полагает, что «продавец не может не быть собственником вещи» (Указ. соч. С. 419, 426), и видит только в этом (если не считать норм о госрегистрации, которые автор вполне обоснованно упрекает в непоследовательности) препятствия к квалификации договора долевого участия как договора продажи будущей вещи. Однако, на мой взгляд (в разных местах книги я касался этого вопроса подробнее), только если речь идет о купле-продаже чужой вещи, т.е. если где-то имеется собственник вещи, наличие права собственности (опущу случаи продажи по правомочию) у продавца является императивным требованием для продажи.

И это вытекает не из сути купли-продажи (ведь генетически купля-продажа — договор о владении, а не о собственности), а из правопорядка в целом, запрещающего распоряжаться правом (не только правом собственности) помимо его обладателя.

А если вещь только создается и нигде нет и не может быть ее неизвестного собственника, то это требование утрачивает императивность и не может уже быть безусловным запретом к продаже. Собственность в этом случае создается (не обязательно передается) соответствующим сложным составом, в котором договор является только одним из фактов.

Так, в силу п. 2 ст. 13 ФЗ «Об участии в долевом строительстве...» при государственной регистрации права собственности на объект незавершенного строительства такой объект считается находящимся в залоге у участников долевого строительства.

При регистрации права собственности застройщика на завершенные строительством объекты (возможность чего предусмотрена, в частности, п. 3 ст. 13 ФЗ «Об участии в долевом строительстве...») — жилые и нежилые помещения (эти объекты вообще не могут выступать как не завершенные строительством) последние также будут находиться в залоге у участников долевого участия в строительстве.

Между тем право залога — это право на чужую вещь. Само по себе право залога означает, что залогодержатель не имеет права собственности на предмет залога, ибо по ГК РФ невозможно иметь в залоге собственную вещь.

Следовательно, жилые и нежилые помещения в здании, право собственности на которые зарегистрировано за застройщиком до передачи их участникам долевого строительства, принадлежат на праве собственности застройщику, а на праве залога — участникам, оплатившим их строительство.

Из этих положений закона можно сделать следующий вывод: для целей договора о долевом участии в строительстве, подчиненного ФЗ «Об участии в долевом строительстве...», необязательно регистрировать право собственности на объект долевого строительства за застройщиком; достаточно его фактической передачи участнику долевого строительства.

Кроме того, законодатель не исключает возможности регистрации права на объект строительства за застройщиком в процессе строительства без вреда договорным обязательствам сторон.

Очевидно при этом, что в течение всего периода строительства строящийся объект принадлежит застройщику, а интересы участников договора долевого участия в строительстве защищаются посредством залоговых прав.

Необходимо также отметить, что все отношения, связанные с регистрацией прав собственности на объекты долевого строительства, находятся за рамками собственно договора долевого участия в строительстве. Застройщик считается выполнившим свои обязательства по договору долевого участия, поскольку он передал: объект долевого строительства — участнику долевого строительства, а документы, указанные в п. 3 ст. 16 ФЗ «Об участии в долевом строительстве...», — в органы, осуществляющие государственную регистрацию прав на недвижимое имущество.

Последующие споры, возникающие в связи с регистрацией прав собственности, с признанием прав собственности и т.п., являются вещными спорами и рассматриваются за рамками договора долевого участия в строительстве.

Эти выводы вытекают как из того, что, вообще говоря, право на регистрацию права собственности или иного вещного права не является обязательственным правом, так и, в частности, из того, что права дольщика по договору, которые могут быть им уступлены (т.е. обязательственные права), прекращаются с момента подписания сторонами передаточного акта (п. 2 ст. 15 ФЗ «Об участии в долевом строительстве...»).

Но постольку, поскольку дольщик не имеет обязательственного права, он не является кредитором, а застройщик — должником по смыслу ст. 307 ГК РФ, и, следовательно, он не несет перед дольщиком договорных обязательств.

Этот вывод, конечно, не является специфическим для ДДУ. И в других случаях приобретения недвижимого имущества отношения, возникающие в связи с регистрацией, не могут квалифицироваться как гражданское обязательство (ст. 307 ГК).

И если возникающие в сфере регистрации права и обязанности не могут быть предметом цессии, отступного, новации, зачета и т.д., что вполне очевидно, то приходится следовать этой логике до конца, допуская, в частности, и односторонние действия по регистрации (что не свойственно обязательству)¹ и другие решения, не вытекающие из норм об обязательствах.

Выводы, сделанные выше, непосредственно относятся к договорам долевого участия в строительстве, подчиненным ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов...».

Как уже говорилось, договоры, заключенные ООО «Монолит» с И. и К., не относятся к числу таких договоров.

Правовая природа данных договоров, впрочем, такова, что их также следует отнести к числу договоров об отчуждении/приобретении имущества.

Об этом говорят следующие признаки указанных договоров.

У сторон не имеется общей цели. Целью дольщика является получение от застройщика в собственность в установленный договором срок определенного договором нежилого (офисного) помещения, что прямо указано в договорах. Целью же застройщика является получение от дольщика в оговоренный договором срок определенной договором денежной суммы (цены).

При этом в данных договорах нет сколько-нибудь удовлетворительного описания здания в целом, не указаны ни его общая площадь, ни размеры, ни стоимость; что бесспорно свидетельствует о том, что его строительство не охватывается общей целью сторон договора.

Дольщик не имеет никаких прав по управлению строительством, и все его права ограничены получением помещения и его отделкой за свой счет и своими силами.

По условиям договоров риски сторон распределены, и не имеется ни одного общего риска.

Таким образом, рассматриваемые договоры относятся к числу договоров, упомянутых в п. 2 ст. 218 ГК РФ. Отношения сторон не являются соглашением о создании объекта общими силами и средствами, как это предусмотрено договором простого товарищества.

Следовательно, обязательства сторон состоят в обязанности застройщика передать дольщику в собственность оговоренное договором долевого участия нежилое (офисное) помещение, входящее в состав здания, а обязанность дольщика — выплатить застройщику определенную договором долевого участия денежную сумму.

Отнесение этого договора к числу договоров о приобретении/отчуждении имущества является, конечно, решающим выводом. Все прочие спорные пункты должны решаться с этих позиций.

¹ Так, возникшая в практике ситуация невозможности регистрации права собственности на проданное и переданное недвижимое имущество после ликвидации продавца решается не средствами обязательственного права, а соответствующим изменением права публичного.

В частности, нужно исходить из того, что договоры о приобретении/отчуждении имущества могут быть только поименованными. Дело в том, что эти договоры являются основанием приобретения права собственности, так как создаваемые ими последствия важны для всех участников оборота. Поэтому невозможно создать у кого-либо права собственности по договору, которому не придано качество отчуждения/приобретения собственности позитивным законом, т.е. по договору, который не известен любому участнику оборота в таком качестве.

Следовательно, для отчуждения/приобретения собственности стороны не вправе создавать договор, не известный ГК.

Исходя из этого, мы должны квалифицировать договоры, заключенные между ООО «Монолит» и И. и К., как договоры купли-продажи вещи, которая будет создана продавцом (п. 2 ст. 455 ГК РФ).

А договор долевого участия в строительстве, подчиненный ФЗ «Об участии в долевом строительстве...», являясь договором аналогичной природы, будет, конечно, именно договором долевого участия по ФЗ «Об участии в долевом строительстве...» — для того и принимался этот закон, чтобы создать особенный, поименованный договор.

Как было сказано выше, застройщик (ООО «Монолит») зарегистрировал за собой право собственности на здание в целом.

Теперь необходимо ответить на вопрос: можно ли расценивать такие действия как нарушение прав дольщиков (нарушение условий договора) и каковы последствия регистрации права собственности на здание в целом за застройщиком?

Прежде всего, вспомним, что регистрация прав собственности на объект находится за рамками договора.

Для применения в этом случае положений ст. 16 ФЗ «Об участии в долевом строительстве...» нет оснований, так как данные договоры, как уже говорилось, не являются договорами, подпадающим под действие этого закона.

Следовательно, мы можем основываться лишь на общих положениях действующего законодательства.

Как уже говорилось, поскольку иное не вытекает из самих рассматриваемых нами договоров, к ним применимы правила п. 2 ст. 455 ГК РФ о купле-продаже вещи, которая будет создана продавцом в будущем.

Толкование правила ст. 455 ГК РФ в ее связи со ст. 454 ГК приводит к очевидному выводу, что продавец обязан передать вещь в собственность покупателю.

Передача вещи состоит в фактическом установлении владения покупателем в процессе получения вещи от продавца. Оформляется передача составлением акта приема-передачи объекта, который имеет значение доказательства и служит подтверждением того, что договор выполнен и объект находится во владении покупателя.

Нормы ст. 549–557 ГК РФ о продаже недвижимости не содержат специальных правил для продажи недвижимости в порядке п. 2 ст. 455 ГК. Следовательно, применимы указанные нормы.

Необходимо отметить, что действия продавца по созданию (приобретению) вещи, которая подлежит продаже в порядке п. 2 ст. 455 ГК РФ, не охватывается соб-

ственно договором купли-продажи. Ведь создание (приобретение) вещи, подлежащей продаже, продавец осуществляет для себя, своим усмотрением и на свой риск. И в том случае, когда продавец строит здание для будущей продажи, в процессе строительства он все же действует на свой риск и по своему усмотрению.

После завершения строительства продавец для приобретения права собственности на отчуждаемый объект регистрирует это право в соответствии с п. 1 ст. 218, ст. 219 ГК РФ.

Затем вещь передается покупателю по правилам ст. 551 ГК РФ, причем в случае уклонения одной из сторон от государственной регистрации перехода права собственности спор может быть передан в суд.

Из содержания ст. 551 ГК РФ вытекает, что продавец обладает зарегистрированным правом собственности. Вероятно, могут быть и иные случаи, но они должны так или иначе опираться на соответствующие нормы закона.

По-видимому, продавцу во всяком случае придется зарегистрировать за собой право собственности тогда, когда создаваемый им объект недвижимости отличается от того, который он обязался продать в порядке п. 2 ст. 455 ГК РФ. Так, если продавец строит здание, но имеет обязательства о продаже отдельного помещения в этом здании, то он никак не может зарегистрировать за собой право собственности на это помещение по той простой причине, что помещение не может быть создано в процессе строительства, подобно зданию или сооружению. В частности, потому, что градостроительное законодательство не знает такого объекта строительства, как помещение (см., например, п. 10 ст. 1 Градостроительного кодекса). Приходится признать, что *помещение возникает как объект права лишь в результате сделок, т.е. производным способом*¹.

Этот не лишенный парадоксальности вывод становится возможным, в конечном счете, из-за известной фантомности² самого помещения как объекта. Так, если строительство представить как процесс прикрепления вещи к земле, то легко заметить, что помещение не вписывается в этот процесс, так как оно не прикреплено к земельному участку.

Оставляя вопрос о природе помещения для более детального обсуждения, продолжим наши рассуждения.

Вслед за выводом, согласно которому основанием права собственности на помещение может быть только договор о приобретении помещения, мы приходим к другому выводу: если отчуждатель является застройщиком, то это еще не означает, что он тем самым является собственником помещения.

Для регистрации права собственности на помещение за приобретателем, стало быть, необходимо и достаточно предъявить договор о приобретении помещения и те основания, которые дают отчуждателю (продавцу) право на отчуждение помещения.

¹ Проведенный В.И. Сенчишевым анализ показывает, что механизм получения права собственности на объекты долевого строительства, если его рассматривать как первоначальное приобретение права собственности, содержит много противоречий (Указ. соч. С. 425–436). С этим анализом следует согласиться.

² Имеется более осторожное, но в конечном счете выражающее ту же идею коллективно выработанное определение: «Помещение – это вещь исключительно в юридическом смысле этого слова» (Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе / Под общ. ред. В.В. Витрянского, О.М. Козырь, А.А. Маковской. М., 2004. С. 49).

Следующим возникает вопрос, как соотносится право собственности на здание и на находящиеся в нем помещения.

В ст. 128, 130 ГК РФ помещения не указаны как объекты гражданских прав; имеется указание только на здания, сооружения и объекты незавершенного строительства.

Вместе с тем помещения вовлечены в гражданский оборот и в силу иных законов, прежде всего Жилищного кодекса РФ, признаны объектами гражданских прав. Нельзя исключить совершение сделок и возникновение гражданских прав и относительно нежилых помещений.

Таким образом, закон одновременно признает в качестве объектов гражданских прав как здания, так и входящие в состав этого здания помещения (ибо помещений вне зданий не бывает).

Вообще говоря, это, конечно, – разные объекты как по способу происхождения (здание строится, а помещение возникает в силу сделки), так и по природе (здание существует объективно, а помещение – только в юридическом смысле, только как фикция).

Поэтому в принципе возможно регулирование, построенное на различной природе этих объектов, допускающее их одновременное сосуществование. Понятно, что это было бы достаточно сложно.

Поэтому предложено иное решение – исключить одновременное существование здания и помещений.

Еще раз подчеркнем, что до тех пор, пока помещение не возникло как объект гражданского права – а это возможно, как показано выше, только в силу сделки, – помещение вообще не существует как объект права, в том числе – права собственности.

Регистрация права собственности на помещение может происходить, как это следует из ст. 17 ФЗ «Об участии в долевом строительстве...», и помимо регистрации права собственности на здание. Такой порядок следует считать исключением, вытекающим из закона (о возникающих при этом противоречиях уже упоминалось).

Общим порядком является противоположный (и он должен применяться в обсуждаемом деле, поскольку договор не является ДДУ). В общем порядке сначала регистрируется здание как объект недвижимости, возникающий в результате строительства (п. 1 ст. 218, ст. 219 ГК).

Только после этого, как следует из п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ № 64 от 23 июля 2009 г. № 64, в случае выделения из состава здания одного или нескольких помещений по решению собственника, одновременно с внесением в реестр записей об образовании самостоятельных объектов недвижимости прекращается право собственности на здание в целом.

Хотя в п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ имеется отсылка к ст. 24 Закона о государственном кадастре недвижимости, там, пожалуй, идет речь об иной ситуации – о выделе в натуре из объекта недвижимости, что скорее связано с отношениями общей собственности. Впрочем, при обсуждении Концепции развития гражданского законодательства подобное правило было признано желательным для всех случаев возникновения прав на помещения в здании. Поэтому отсылка к За-

кону о кадастре имеет вынужденный и, возможно, временный характер, до изменения соответствующих норм ГК.

В этом правиле нашла крайнее выражение та идея, что помещение, являясь фиктивной вещью, несовместимо с другой вещью, хотя бы нефиктивной, — зданием. Ведь строго логически невозможно полагать, что одна вещь — здание состоит из других вещей — помещений. Если невозможно по причинам социально-политическим отказаться от помещения, придется отказаться от здания.

Существующие до сих пор компромиссные модели требуют значительного, вероятно чрезмерного, напряжения от юристов и чаще всего просто неверно применяются, как это было показано выше.

На мой взгляд, решение Пленума ВАС РФ, весьма логическое, натолкнется на два препятствия. Во-первых, с точки зрения здравого смысла¹ трудно обосновать тот факт, что здание, несомненно существующее в реальности весомо, грубо и зримо, исчезает из права как вещь и как исчезает как объект права — вещь недвижимая. Поэтому следует ожидать сопротивления психологического.

Во-вторых, это решение, следующее за фантомом помещения, нуждается в последующих законодательных решениях, причем преимущественно в форме норм императивных. Ведь фикция, требуя первоначального закрепления законом, и развиваться далее может лишь нормативным путем.

Например, придется предусмотреть процедуру принудительного, в том числе — путем искового требования, лишения собственника права на здание, в котором возникли помещения (возникать они могут лишь в силу сделки; кстати и выдел из вещи, находящейся в общей собственности, — это сделка). Кроме того, нужно будет создать императивные нормы о порядке эксплуатации здания, его реконструкциях и т.п., поскольку при исчезновении права собственности на здание становятся непригодными в отношении здания общие правила о бремени содержания вещи, о рисках ее гибели т.д. (ст. 210–211, 136 ГК и др.).

В целом нужно признать это решение неизбежным, вынужденным, но и не лишним перспектив возврата к более адекватному регулированию.

Понимая, что помещения являются фиктивными вещами, мы должны все же думать о построении системы объектов права, вполне отвечающей хозяйственным представлениям о недвижимости.

Более адекватный строй прав на объекты предполагает, что собственник (собственники) объекта недвижимости — земельного участка с находящимся на нем зданием (строением) является единственным собственником (собственниками). Тогда помещения используются в силу права общей собственности на объект, а это означает, что совладельцы пользуются ими в силу договора о порядке пользования (для этого достаточно действующего ГК), а сами помещения исчезают как объект права, давая их владельцам право общей собственности на здание.

В этом отношении решение, предлагаемое в п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ № 64, может в конечном счете скорее иных путей привести именно к общей

¹ Известно, что здравый смысл и логика не всегда совпадают. Логические заключения в данном случае вытекают из факта признания помещения вещью вопреки здравому смыслу. Все следующие из этой посылки логические следствия по необходимости будут противиться здравому смыслу, пока не станут привычными.

собственности на здание. Ведь если исчезает собственник здания, а остаются только собственники помещений, то вакантное место собственника зданий может быть в любой момент просто замещено множеством совладельцев. Это становится и неизбежным, если речь идет, скажем, о получении земельного участка, о пристройках здания и его расширении и тому подобных случаях.

Как стимулировать собственников помещений к этому чисто юридическому шагу – важнейшая задача ближайших лет.

Возвращаясь к нашему делу, мы можем теперь прийти к выводам о том, что:

– регистрация права собственности на здание, произведенная застройщиком, в данном, рассматриваемом, случае – ООО «Монолит», не препятствует регистрации права собственности на помещения в этом здании в силу соответствующих договоров, дающих право на приобретение таких помещений. С учетом п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ № 64 такая регистрация, во-первых, вполне регулируемая и ожидаемая ситуация, а во-вторых, возникновение права собственности на помещение хотя бы у одного дольщика повлечет прекращение права собственности на здание (от чего ООО «Монолит» не собирался уклоняться);

– регистрация права собственности на здание, произведенная застройщиком, не является действием неправомерным и не может рассматриваться сама по себе как нарушение каких-либо прав дольщиков, если при этом застройщик принимает необходимые меры к исполнению предусмотренных договором обязательств.

Нарушений публичного права в указанных действиях застройщика не усматривается. В частности, действия застройщика не являются посягательством на имущественные права дольщиков, в том числе – не являются хищением. Ведь если хищением является корыстное завладение чужим имуществом, то в действиях застройщика нет корысти, так как, осуществляя действия, направленные на регистрацию за собой права собственности на здание, он не преследовал цели обогащения, поскольку до того уже передал помещения дольщикам и в результате регистрации не получил никакой выгоды: ни владения помещениями (они уже переданы, и обратное их взыскание невозможно), ни каких-либо прав на эти помещения, поскольку, как уже говорилось, здание и помещения – разные объекты права.

В действиях застройщика нет завладения чужим имуществом, так как помещения им переданы во владение дольщикам, именно они завладели помещениями, а не застройщик.

В действиях застройщика нет и получения прав на помещения, так как он имеет право на здание, но не предпринял никаких шагов к получению прав на помещения.

По-видимому, предположение о наличии в действиях застройщика признаков хищения и вызвано тем, что не проведено различия между зданием и помещениями, не говоря уже о том, что после фактической передачи помещений дольщикам присвоить их каким угодно образом в рамках существующей системы права уже невозможно. Иными словами, при любой квалификации имущественных прав застройщика на здание присвоения помещений он не совершал и совершить заведомо не может.

В заключение следует остановиться на вопросе о правах на объекты общего пользования в здании (лифты, вентиляция, лестничные марши, коммуникации и т.п.).

В силу ст. 290 ГК РФ эти объекты находятся в общей собственности собственников квартир в многоквартирном доме. Соответствующие нормы имеются и в других законах.

Особенностью этой общей собственности является то, что она не дает права на выдел (раздел), следует за юридической судьбой помещения и т.п. Фактически создан режим, не известный ГК.

Но главное — в том, что эти объекты не являются по своей природе объектами права, поскольку не выступают ни как жилые или нежилые помещения, ни как здание. Их можно представить как конструктивную часть здания; но часть вещи, что вполне очевидно, не может быть вещью, т.е. не может выступать как объект гражданского права, в том числе — права общей собственности.

Соответственно объекты общего пользования в нежилом здании не регистрируются в качестве объектов вещных прав, с ними не совершаются сделки об отчуждении, а та общая собственность, о которой говорит закон применительно к объектам общего пользования в многоквартирном доме, также не может стать предметом регистрации из-за отсутствия объекта права.

Договор, устанавливающий право общей собственности на объекты общего пользования в нежилом здании, следует признать юридически сомнительным, так как в силу п. 4 ст. 244 ГК РФ договор может создавать общую собственность только на *делимое имущество*. Однако объекты общего пользования в нежилом здании не являются *ни имуществом* (т.е. вещью), *ни делимыми* без утраты своего хозяйственного назначения. Стало быть, правило п. 4 ст. 244 ГК РФ препятствует установлению общей собственности на эти объекты в силу договора.

Кроме того, указание сторонами в договоре на возникновение общей собственности может означать только применение ими режима, установленного ст. 244–255 ГК РФ. Между тем нормы ст. 244–255 ГК РФ, бесспорно, неприменимы для указанного имущества, что само по себе подтверждает невозможность установления договором права общей собственности на объекты общего пользования в здании.

Поэтому можно заключить, что только в силу закона может возникнуть общая собственность на объекты общего пользования в нежилом здании, причем одновременно закон устанавливает такие ее особенности, которые по существу выводят этот правовой режим за рамки ст. 244–255 ГК РФ.

Именно так и решается этот вопрос в Постановлении Пленума ВАС РФ № 64¹: в п. 1 говорится о том, что собственнику отдельного помещения *во всех случаях* принадлежит доля в праве общей собственности на общее имущество здания. Иными словами, этот вопрос не может быть предметом договора, а если договор и заключен, то он в этой части ничего изменить не может, т.е. не имеет юридического значения.

¹ Постановление предлагает применять по аналогии нормы о праве общей собственности в многоквартирном доме к отношениям в здании с нежилыми помещениями (п. 1). До этого такая аналогия не допускалась арбитражной практикой.

В то же время застройщик и приобретатель помещения могут одновременно с отчуждением помещения (либо вместе с ДДУ)¹ оговорить в договоре порядок пользования и эксплуатации имущества общего пользования, что будет означать возникновение между ними договорных (обязательственных) отношений, но не отношений общей собственности, регулируемых гл. 16 ГК РФ, либо иных вещных прав или их обременений (ограничений).

Сходным образом решается ситуация и в п. 6 и 7 Постановления Пленума ВАС РФ № 64.

Одновременно Постановление № 64 в п. 9 допускает иск о признании права общей собственности на здание, указывая лишь один случай — когда в реестр внесена запись о праве индивидуальной собственности на указанное имущество².

Это, видимо, возможно вследствие ошибки, когда в реестр внесено имущество, которое не является объектом права (подъезд, крыша и т.д.), либо речь идет об отдельных помещениях, обслуживающих другие помещения (подвал, веранда и т.д.), которые ранее по каким-то причинам оказались в собственности у отдельных лиц.

Но, во всяком случае, здесь невозможно говорить о той ситуации, когда зарегистрировано право собственности на здание в целом. Во-первых, здание в целом и помещения общего пользования — это не одно и то же. Первое является объектом права, а второе нет и само по себе не может быть предметом регистрации иначе, как по ошибке, о чем уже сказано.

Во вторых, в силу п. 8 того же Постановления если возникло право собственности на помещение, то регистрация права собственности на здание аннулируется и спор с собственником здания о помещениях общего пользования тем самым становится невозможным.

Стало быть, подходы, предложенные в Постановлении № 64, помогли бы правильно решить наш спор именно таким образом, как нами и предлагалось.

ПОМЕЩЕНИЕ КАК ОБЪЕКТ ПРАВА

В главе об общей собственности уже затрагивался вопрос о природе помещения как объекта права. Это вполне естественно, потому что только через конструкцию общей собственности можно наиболее правильно устроить взаимоотношения собственников здания.

Однако развитие, как известно, пока идет по пути противопоставления помещения и здания.

¹ Если предполагается более двух собственников помещений, то договор должен быть общим для всех. На мой взгляд, допустимы все же частные соглашения о порядке пользования зданием между собственниками помещений (если, скажем, не проданы все помещения в здании), не имеющие, однако, силы для третьих лиц, в том числе — иных собственников помещений.

² Можно предположить, с некоторым риском неопределенности, что возможен и спор в форме иска о признании права общей собственности, в котором стороны расходятся в квалификации определенного помещения как помещения общего пользования. Скажем, истец считает, что мансарда, занятая ответчиком (по мнению которого это — помещение жилое), является чердаком (по мнению истца — помещение общего пользования). Такой спор, видимо, возможен независимо от того, как зарегистрировано право на чердак/мансарду и есть ли такая регистрация. Но регистрация может дать владельцу защиту по сроку исковой давности (ч. 3 п. 9 Постановления № 64).

В связи с этим приходится обсуждать природу такого объекта права, как помещение.

Имеются суждения, что помещение является обычной недвижимой вещью: оно связано с землей, хотя и «опосредованно» (употребляется такое, не известное закону слово), при перемещении разрушается, что и является главным свойством недвижимой вещи. У него есть объективное качество — изолированность и т.д. Учитывая, что подобные взгляды имеют довольно широкое распространение (и при этом мало обосновываются, скорее возникают стихийно), нужно остановиться на их анализе.

Во-первых, замечу, что никакой *опосредованной* связи с землей ни ГК, ни теория гражданского права не знают. Это высказывание представляется лишенным юридического и экономического смысла.

Как уже говорилось, строительство может быть представлено с точки зрения отношений собственности как прикрепление вещи, а точнее, вещей к земле. В процессе такого прикрепления прежние вещи, строительные материалы и конструкции гибнут как объекты права (и тем самым право собственности на стройматериалы прекращается) и возникает новый объект права собственности — строение, здание, сооружение. Вот именно оно и связано с землей. Никакой опосредованности здесь нет. Нельзя представлять себе (и рассказывать об этом другим), что только нижний кирпич (или камень фундамента) связан с землей, а кирпичи второго ряда связаны уже не с землей, а с нижними кирпичами, и потому, дескать, с землей связаны опосредованно. Это не так потому, что в процессе строительства кирпичи как объекты права гибнут, право собственности на них прекращается, а возникает новый объект — не стенка, не несколько стенок или иных сложных конструкций, а здание, строение, сооружение.

Не случайно в ст. 130 ГК говорится только о *связи* с землей. Эта связь охарактеризована как прочная, но ни в коем случае не как опосредованная. Закон гораздо легче понять, если не заменять слова, которые есть в законе, на те, которых в нем нет.

Во-вторых, помещения не способны к перемещению.

Сразу заметим, что главная (и единственная в большинстве правовых систем) недвижимая вещь — земельный участок¹ — вообще не может быть перемещена; даже если будет устранен (перемещен) грунт на любую глубину, земельный участок тем не менее останется (а перемещенный грунт, что еще более важно, никакого нового участка создать не сможет). Потому только земельный участок и является истинно *недвижимым*.

Возможность и последствия перемещения обсуждаются лишь применительно к составным частям, улучшениям земельного участка, которые по известным причинам стали в нашем законодательстве вещами наряду с участком.

Если строение было прикреплено к земле в ходе строительства, то оно, стало быть, может быть и отсоединено от земли. Значит, всегда существует возмож-

¹ Так, Германское гражданское уложение даже не оперирует отдельным понятием «недвижимость» или производными от него, закрепляя, что только земельный участок имеет самостоятельное существование, а все остальное лишь его составная часть (§ 94–96). Конструкция недвижимости и в гражданских кодексах Франции и Калифорнии также основывается исключительно на земельном участке (ст. 518, 524 ФГК; ст. 658 ГК Калифорнии).

ность его перемещения. Остается обсуждать лишь хозяйственные последствия такого перемещения.

Но можно ли то же самое сказать о помещении?

Для этого нам нужно быть уверенным, что помещение прикрепляется к земле или хотя бы еще к чему-то — к полу, стенкам, потолку. И потом представить себе, можно ли его отсоединить.

Но ведь нельзя такого сказать. Ни к чему оно не крепится. И ни от чего не отсоединяется.

Можно привести пример из судебной практики. Два соседа спорили о принадлежности смежных помещений в подвале. Один ночью разобрал общую стенку. После этого при осмотре подвала помещение, принадлежавшее другому соседу, уже не было обнаружено. Но оно никуда не переместилось. И тем не менее исчезло. Или осталось? Но как его отыскать тогда?

Представим другую картину. Зрители пришли в помещение цирка шапито и много в нем радовались. Через месяц цирк свернул свои шатры. Куда делось помещение? Оно осталось в складках брезента? Или исчезло в том же брезенте, потерпев существенный ущерб?

Перейдем к более тяжелым материям, чем брезент. Памятник культуры, как это водится в нашей столице, внезапно сгорел. На его месте, старательно повторяя планировку, построили новый и назвали это воссозданием памятника. Понятно, что здания больше нет (хотя с точки зрения Закона о памятниках культурного наследия это может быть и не так¹). Но вот помещения в здании (совершенно идентичные и точно там же расположенные, как следует из проекта) возникли снова или это прежние помещения? Если новые, то что в них изменилось? Ведь все новые качества принадлежат не помещениям, а зданию.

Да и какие качества помещения, отличные от качеств здания, могут быть у них?

Нетрудно убедиться, что помещение как свои собственные качества имеет лишь пространственные характеристики, т.е. объем, выраженный числом². Собственно

¹ Подробнее см.: *Скловский К.* Реконструкция памятника культуры. Вопросы собственности // *Хозяйство и право.* 2009. № 8.

² Иногда говорят о таком обязательном качестве помещения, как изолированность, видимо, воспринимая эмпирический результат трудного развития советского жилищного законодательства как завоевание теории. Но это, во-первых, не свойство (качество) самого помещения, но свойства (планировка) здания, а во-вторых, не обязательный атрибут полезности помещения, превращающий его в объект права. Скажем, плавательный бассейн, изолированный от душевых и раздевалок, утрачивает свои полезные качества, не переставая все же быть помещением. Можно привести массу других примеров, когда изолированность лишает помещение полезности (склады, цеха и т.п.). Распространенный способ лишить соперника фактической (иногда и юридической) возможности извлекать пользу из помещения и вообще владеть помещением состоит, как известно, в изоляции помещения от иных помещений и объектов. От изолированности следует отличать наличие границ (стен, прежде всего), понимая, что отграниченность не тождественна изолированности.

В практическом отношении я бы весьма и весьма рекомендовал воздержаться от признания изолированности как неперменного признака помещения на нормативном уровне хотя бы потому, что это позволяло бы любому желающему аннулировать объект (и тем самым — право собственности на него) одним только устройством сквозного прохода в него.

Остается, кажется, лишь один признак, одно свойство — возможность полноценной хозяйственной эксплуатации помещения. Эта полезность (производная, конечно, от качеств здания) определяет

говоря, это и не качество, а количество. Все качества этого объема (количества) принадлежат тому строению, в котором помещение, т.е. данное пространство, находится. При перемещении или разрушении строения (а также палатки, павильона и прочих объектов, содержащих помещения) утрачиваются или ухудшаются качества самого строения, сооружения. Помещение же остается на старом месте, поскольку *пространство в принципе не способно к перемещению*, ведь перемещение совершается не иначе как в пространстве. Пространство служит мерой перемещения, но само к перемещению не способно.

Точно так же не способен к перемещению и земельный участок, с чего мы и начали.

Говоря о земельном участке как вещи, нельзя все же не заметить существенных особенностей этой вещи. Если тело имеет такие качества, как цвет, тип поверхности (гладкая или шероховатая), материал и пр., то земельный участок всего этого лишен. Если обратиться к весьма полезной здесь аристотелевской системе категорий, то можно, видимо, назвать земельный участок телом *геометрическим*, в отличие от физического тела¹. Участок тогда будет объектом материальным, но не телом. Материальность границ участка решительно не позволяет считать его явлением идеальным (нематериальным), что иногда делается. Главное качество вещи, которое определено имеется у участка, состоит в том, что *участок может быть объектом владения*, т.е. объектом исключительной фактической власти — участок можно изолировать, огородить, охранять, имея на него доступ исключительно по собственному усмотрению владельца и не допуская на него никаких третьих лиц помимо воли владельца. Поскольку участок может быть объектом владения, его все же следует признать вещью.

Вообще говоря, есть, конечно, основания для сопоставления земельного участка и помещения, позволяющими найти в них некоторые общие черты (например, ни тот, ни другой объект не могут быть построены, в отличие от всех прочих недвижимых вещей)². Но, оставляя в стороне такие их отличия, как трехмерность помещения и двухмерность участка (что находится за рамками собственно хозяйственных качеств этих объектов), можно заметить, что участок предполагается вещью сам по себе (т.е. сам по себе имеет полезные хозяйственные качества), тогда как помещение предполагает наличие некоторого сооружения, не обязательно капитального (и не обязательно объекта недвижимости), позволяющего помещаться в нем и вести определенную хозяйственную деятельность. Свои качества помещение получает от этого сооружения.

ся волей участников оборота и отражается в конечном счете в сделке о приобретении (передаче в пользование) помещения.

Впрочем, можно установить законом некоторые объективные требования к помещению, имея в виду, скажем, минимально возможное помещение. Некоторым аналогом является *комната* как жилое помещение. Трудности связаны также с критерием максимально возможных помещений и объединений помещений.

¹ См.: *Аристотель*. Соч. В 4 т. / Ред З.Н. Микеладзе. Т. 2. М., 1978. С. 603.

² Такой, также общий помещению и участку способ создания (прекращения) объекта, как раздел (соединение), является не строительством, не производством в смысле создания вещей (п. 1 ст. 218 ГК), а сделкой (этот вопрос рассматривался выше). В качестве сделки он может оцениваться с точки зрения юридических последствий. В частности, раздел (соединение), произведенный против воли собственника, является ничтожным.

Чтобы стать объектом права, помещение требует наличия непременно строения или иного объекта недвижимости. При этом я не вижу никакого смысла в поисках отличий, впрочем достаточно очевидных, между помещениями в движимых объектах и недвижимых. Тот факт, что объектами права стали помещения в недвижимых объектах, объясняется исключительно конкретными социально-экономическими обстоятельствами последних десятилетий нашей истории, а не средствами теории.

Составной частью здания являются стены, крыша и тому подобные конструкции. Пока они остаются составными частями, они не могут быть вещами, объектами права, но как только отделяются от здания, то сразу становятся вещами. Это вполне понятно. Но понятно также и то, что помещения не могут быть составными частями здания, уже хотя бы потому, что они никак не могут быть отделены от здания и существовать вне здания.

Не могут помещения быть и «разнородными вещами», образующими сложную вещь — здание (ст. 134 ГК), хотя попытки такой квалификации часто предпринимаются. Во-первых, помещения, если бы они были вещами, то были бы вещами не разнородными; а, видимо, однородными; во-вторых, вещи, составляющие сложную вещь (скажем, библиотеку или табун лошадей), не утрачивают своих качеств вещи и после выбытия из сложной вещи, тогда как помещение в принципе не может выделиться из здания, как это может сделать лошадь в табуне или книга в библиотеке.

Итак, помещение само по себе, вне строения (сооружения) не способно к перемещению, а значит, и обсуждать, что с ним происходит при перемещении, смысла нет.

Для того, чтобы переместить помещение, нужно изменить его природу, сделать его вещью. Это хорошо видно на примере контейнера (по-русски его можно охарактеризовать как помещение или, точнее, вместилище). Чтобы переместить помещение, приходится сделать специальную вещь.

Перемещается вещь и вместе с ней — помещение. Кстати, именно контейнер отвечает не только физическим, но и юридическим признакам вещи, из которых основным является, как уже говорилось, способность быть объектом владения¹, т.е. фактическая возможность человеку осуществлять полное господство над вещью. Понятно, что контейнер и тому подобные объекты, вмещающие «пространство», именно способностью быть в полной власти отдельного человека, способностью стать объектом владения и отличаются от помещения в здании, которым нельзя, на самом деле, владеть. Ведь, чтобы подойти к помещению, нужно иметь доступ в здание, т.е. нужно вступать в юридические (относительные) отношения с владельцем здания, нужно просить у владельца здания доступ к помещению. А это заведомо исключает возможность владения помещением. Такое владение всегда будет условным, неполной властью, т.е. не будет владением. Ведь владение, как всякая власть, — исключительно, но не относительно. Следовательно, помещение в здании не имеет главного свойства вещи — быть объектом владения. В немалой степени именно этим обстоятельством объясняется известная (но не нашему

¹ Подробнее этот вопрос рассматривался в рецензии на книгу В.А. Лапача «Система объектов гражданских прав: Теория и судебная практика» (Хозяйство и право. 2004. № 6).

праву) юридическая конструкция, когда для того, чтобы быть объектом права, помещение, часть здания, этаж должны непременно иметь связь с земельным участком. Ведь тогда появляется возможность независимого доступа к объекту и тем самым — владения им.

Помещение в здании — вещь воображаемая.

В связи с этим интересно обратиться к полемике между Локком и Лейбницем по поводу соотношения тела и пространства, изложенной в сочинении Г.В. Лейбница «Новые опыты о человеческом разумении» в форме спора — Филалета (взгляды Локка) и Теофила (Лейбниц).

На замечания Филалета о том, что протяжение тела всегда есть нечто отличное от протяжения пространства, Теофил ответил: «...хотя при представлении тела мы представляем себе нечто большее, чем пространство, отсюда не следует, что существуют два протяжения — протяжение пространства и протяжение тела. Утверждать это — все равно что утверждать, будто при представлении нескольких вещей одновременно мы представляем себе нечто большее, чем число, а именно *res numerates*, а между тем не существует двух множеств: одного — абстрактного, т.е. множества числа, другого — конкретного, т.е. множества перечисленных вещей. Таким же образом не следует воображать себе двух протяжений: одного — абстрактного, протяжения пространства, другого — конкретного, протяжения тела, так как конкретное протяжение является таковым лишь благодаря абстрактному. И подобно тому как тела переходят с одного места пространства на другое, т.е. меняют свой порядок, так и вещи переходят с одного места порядка, или от одного числа, к другому, когда, например, первая становится второй, вторая — третьей и т.д...»¹

Поскольку помещение — пространственное качество здания, строения, реальность никогда не может дойти до того, чтобы допустить перемещение качества здания отдельно от здания. Это можно сделать лишь абстрактно, в воображении человека, причем, как и говорит Лейбниц, воображается именно перемещающееся тело. Перемещение пространства вообразить невозможно. Но как это часто происходит, и не только у юристов, воображение творит реальность более реальную, чем настоящая. Так вместо пространственных качеств здания в мыслях юриста появляется пространство (помещение) в виде самостоятельного объекта, начинающего существовать как тело.

Помещение является, конечно, феноменом материальным, материальным качеством здания (ибо пространство, как известно, — атрибут материи). Но это — не тело и не вещь.

Не являясь в действительности вещью, помещение может быть вещью только в качестве фикции вещи (или вещью «исключительно в юридическом смысле этого слова»). Присвоение помещению качеств вещи посредством юридической фик-

¹ Лейбниц Г.В. Соч. В 4 т. Т.2. М.: Мысль, 1983. С. 126.

Хорошо выразил ту же мысль И. Бродский: «Именно объект делает бесконечность приватной». (*Brodsky J. Watermark*). Если вместо *бесконечности* (*infinity*) поставить *пространство*, а такая замена почти всегда, и конечно здесь тоже, подразумевается, мы получаем то же самое соотношение вещи и пространства, позволяющее его приручить, преодолеть, присвоить посредством юридической фикции, через фикцию вещи, или реально, создавая вещь из подручного материала.

ции необходимо для того, чтобы придать помещению качества вещи недвижимой. Но фиктивность помещения как вещи, во всяком случае, не позволяет без оговорок применять все известные нормы о вещах к помещению (вещи делимые и неделимые, сложные и составные и т.д.). То, что помещение, в отличие от обычной вещи, возникает не иначе как в результате сделки, мы уже отмечали.

Но на первом плане находятся вопросы соотношения фиктивной недвижимой вещи — помещения — и натуральной недвижимой вещи¹ — здания².

Последовательность требует, чтобы был сделан выбор между помещением и зданием. Иногда эта логическая проблема представляется как невозможность одновременного существования части здания и самого здания. Эта логика, однако, наталкивается на то, что некоторые части здания, скажем, строительные конструкции, крыши, стены, лестничные марши и т.д., сами по себе не получают качества вещи. Поэтому точнее все же другое. Помещение (помещения), являясь по сути качеством здания и, вероятно, главным качеством (ведь здание строится именно для того, чтобы отгородить некоторую часть пространства и создать в этом отгороженном пространстве те условия, которые необходимы для определенной хозяйственной или иной деятельности и которые недостижимы в открытом пространстве), приобретает известным нам и частично описанным выше способом самостоятельное воображаемое существование. На этой почве и формируется юридическая фикция вещи. И эта фикция вытесняет действительную вещь — здание. Они становятся несовместимыми, так как одна вещь не может быть частью (а точнее — свойством, качеством) другой вещи.

Отсюда — реализованное сегодня решение: как только возникает помещение в здании, само здание как объект права должно исчезнуть.

Развитие этого правила не может не привести к разнообразным осложнениям, некоторые из которых мы даже не представляем. На первом плане, скажем, такое: если собственник отчуждает одно помещение в пятиэтажном здании, он обязан все прочее здание преобразовать в одно помещение или в несколько? И где искать критерии?

Является ли помещение результатом планировки, либо хозяйственных качеств и способов эксплуатации, либо, наконец, условий сделки?

Понятно, что никак невозможно исходить из того, что любое изолированное помещение — объект права. Это неверно юридически и бессмысленно с хозяйственной точки зрения. Кроме того, такой ошибочный подход станет препятствием договорам о соединении разных помещений в одно (которые уже сегодня достаточно широко представлены в экономике) либо иным способом объединения помеще-

¹ Впрочем, натуральность вещи следует понимать все же с рядом оговорок: вещь это явление не физики, а права (экономики), поэтому ее натуральность имеет источник в человеке, в его хозяйственной деятельности, а не исключительно в природе. Этот вопрос уже обсуждался.

² Попытки рассматривать здание и помещение как явления одного порядка на том основании, что здание (строение, дом) может быть разделено (делимость дома — вопрос сам по себе дискуссионный, Впрочем) на части, будут, однако, безуспешными. Дом делится на две или три части (редко больше), даже этажи, но все равно никогда не делится на помещения. Напротив, разделенные части, отдельные «недвижимости», по выражению А.Л. Кассо (*Кассо А.Л. Русское поземельное право. М., 1906. С.13*), все равно будут включать в себя помещения. Поэтому невозможно предположение, что дом, строение могут быть разделены на помещения как «отдельные недвижимости».

ний, когда собственнику или собственникам так удобно. Нет сомнений, что возникновение такого препятствия, абсурдного по сути, станет еще одним вредным следствием из самой конструкции помещения как объекта права.

Исходить нужно из противоположного и поощрять объединение помещений в один объект права, стимулируя тем самым тенденцию к общей собственности на здание.

Позволю в заключение выразить надежду, что период экспансии помещений в нашем правовом порядке не будет вечным и что в недалеком будущем мы найдем возможности вернуться к более естественной и более верной системе объектов права. Первым шагом на этом пути должно стать установление отношений общей собственности в той или иной комбинации с правами на помещение, как это делается в других странах¹.

¹ Обзор иностранного законодательства см.: *Егоров А.В., Церковников М.А.* Права на пространство в здании // Вестник ВАС РФ. 2010. № 2.

ПРЕДМЕТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ

Основным ориентиром для отыскания в тексте книги того места, где рассматриваются определенные вопросы, служит оглавление.

Предметный указатель не дублирует оглавления и указывает главным образом на те вопросы, место рассмотрения которых в той или иной главе из оглавления не видно. Естественно, имеются в виду вопросы, затронутые как в основном тексте, так и в сносках (примечаниях) на указанной странице. Помещение в указатель, кроме того, можно расценивать как желание автора привлечь внимание читателя к этому месту в тексте.

Аренда

А. объекта и части объекта 244, 263, 338–340
«А. крыши» (размещение рекламы) 198, 600
А. и право следования 598, 599

Арест имущества (вещи) 199, 200, 643, 644, 791

А.и. в уголовном деле 799 и сл.

Архив 417

Богатство 64, 67

Вещное право 54, 55, 72, 843

В.п. и обязательственное право 73–77, 83, 86, 114
В.п. и «обязанности третьих лиц» (абсолютность в.п.) 78, 314, 561
В.п. как господство 78, 119
Элементарность в.п. 555, 596

Вещный договор 358–362 и сл.

Вещь 816, 856

В. как объект владения 135, 878, 879
В. и человек 75, 76, 158 и сл., 177
В. — вырванный из природы предмет, утративший природные связи 132, 165, 856
В. и зависимость лица от вещи 91–94, 157, 158
В. как мера человека 133
Составная и сложная в. 276, 854
Родовая и индивидуально-определенная в. 160

Вина 655, 664

Виндикация

- В. и иск об истребовании залога 733
- Исполнение решения о в. 754
- В. как вещный иск 693, 694
- В. и передача спорной вещи по договору 701
- В. и ответственность 624
- В. и мошенничество в отношении истца 669

Владение

- В. и традиция 383 и сл.
- В. и собственность 53, 544 и сл.
- В. и собственность в экономическом смысле 16
- В. как физическое господство 542
- Защита в. 115, 531 и сл.
- В. недвижимостью 752, 753
- В. административного органа 575, 785 и сл.
- В. и обязанность вернуть вещь собственнику 695–697
- В. и «право в.» 542, 543, 557 и сл. 579 и сл.
- В. и наследование 568–569
- В. недееспособных 578
- Спокойное в. 442, 584
- В. участком 541

Власть 542, 754

- В. и право 133

Воля 355 и сл.

- В. и ритуал 495
- В. как свобода 53
- В. как источник обязанности 294, 295, 379
- «Удвоение» воли при отчуждении 301–303, 358–365 и сл., 446

Вор, кража 110–112, 661

Гость 98, 102–104, 161

Граница 127, 340

Дар 58–60, 68, 90, 123, 138 и сл.

- Д. и воздействие вещи на личность 90, 91
- Д. и отличия от гостеприимства 99, 100
- Неприменимость д. для понимания купли–продажи 371, 372

Деловая репутация (вред д.р.) 350, 351

Деньги 185, 353

Детерминизм 28 и сл.

Дефиниция в праве 816

Дискретность (прав, вещей) 132–134

Добросовестность 317, 325, 350–351, 521, 686, 692, 782

Д. и насилие 240

Д. покупателя с торгов 480, 481

Презумпция д. 504 и сл., 520

Ретроспективность д. 516

Д. и ритуал 627

Срок (момент) возникновения и прекращения д. 515, 516, 525–529

Д. и цена 776

Д. и юридический факт 530, 531

Долевого участия в строительстве (договор) 829

Жертвоприношение 89, 92, 145

Ж. и судебный процесс 202

Жребий 34

Ж. и поединок 95, 96, 113

Закон 31, 87

Законное владение 439, 805

Залог 793 и сл.

Ипотека 415

Запрет 450, 451, 664

З. и «обязанность третьих лиц» 79–81, 298, 608

З. на раздел 259

З. в общей собственности 260

З. продажи чужого 612, 865

Земельный участок 337, 877

Злоупотребление правом 229, 469, 470

Инвестиционный договор 829, 839, 840, 844, 862

Интерес (частный и общий) 226–228

Исключительность 208

Исполнение обязательства (природа) 306 и сл., 322, 347 и сл.

Капитал 16

Кауза

К. (в кондикции) 203, 204

К. и *consideration* 295

Комиссии (договор) 282

К. и «правомочие распоряжения» 185, 186, 309, 310

Купля-продажа

К.-п. как первый договор 144

Неоднократная к.-п. одной вещи 468 и сл., 738

К.-п. чужой вещи 436 и сл.

Лицо 301

Логика 25, 39–41, 45

Л. и свет 42

Л. и утопия 43

Л. и язык 49

Л. и юридическое доказывание 44–46

Л. и культура 45 и сл.

Мена (обмен) 137, 138

Мода 178, 179

Музей 163

Невозможность исполнения (при продаже чужой вещи) 447 и сл.

Недействительность сделки

Недействительность части сделки 235–238,

Н.с. как юридический факт 307 и сл., 356, 357, 684 и сл.

Незаконное владение 547, 553 и сл., 574 и сл., 696

Н.в. и реализация имущества несостоятельного должника 614

Неисправный должник (банкрот) и его воля 200–204, 359

Неосновательное обогащение (кондикция) 203, 204, 324, 705, 706, 711, 714–716, 728–730, 742, 773 и сл.

Общая собственность 737, 738

Помещения общего назначения как объект о.с. 873

Объект права

Вещь как о.п. 328

Право как о.п. 81

Объект недвижимого имущества 328–330, 337, 338, 875

Часть вещи как о.п. 336–337

Объект строительства 811 и сл.

Обязательство 343 и сл.

О. «передачи права» 343, 344, 363

Ограничение права собственности 246, 465–468

Передача вещи и «передача права» 343, 344, 361 и сл.

П.в. как юридический факт 306 и сл., 373, 374, 581

«**Передача права**» 364, 739, 741, 828, 829

Персонаж 845

Подлинник 156

Полномочие 312

Помещение как объект права 278–287, 869

Право

П. и закон 20–22

П. и капитализм 23–26

П. как идеальный феномен 292, 293, 318–320, 344

Правомочие 299 и сл.

Правомочие на отчуждение (распоряжение) 306, 307, 309

Правопреемство 361, 594, 595

Предварительный договор 720–724

Преюдиция для вопроса о праве 586

Приобретательная давность

П.д. и оккупация 486, 487

П.д. и недобросовестность 502, 792

Мгновенная (моментальная) п.д. 409

П.д. и труд 488 и сл.

Срок п.д. 502, 510

Приобретение, приобретатель 519, 839, 868

Причинность 25, 31, 33

Простого товарищества (договор) 813 и сл., 830 и сл., 840–842, 853, 860

Выход из п.т. 814, 849

П.т. (д.) и неустойка 849 и сл.

П.т. (д.) и общая собственность 831

П.т. (д.) и цена 842

Протестантизм 23

Проценты 143, 144

Равенство 66, 69

Р. и насилие 66

Р. и необходимое 67

Р. и атомизация 71

Раздел

Временный запрет р. 259, 837, 848

Регистрация права собственности и традиция 416 и сл.

Предмет р. 419–420

Реституция 348

Р. и банкротство 709

Р. и ликвидация юридического лица 709, 710

Основные черты р. 717, 718

Р. и передача права 346, 683 и сл., 741

Р. и право на имущество 462, 463, 681, 693, 700, 701

Р. и тождественность сторон 463, 687

Р. и исполнение обязательства 681, 682

Р. и убытки 693

Р. и отступное 673

Р. как обязательство 706, 707, 711, 712

Риск 36–38

Ритуал 385

Р. и устранение энтропии, укрепление и подтверждение права 384

Р. и запись (архив) 417

Р. и сделка 353, 354

Самовольное строительство 763–765, 821, 857

С.с. и виндикация 762

С.с. как владение 817, 818

Самозащита 116

Слово, высказывание 43, 128 и сл., 379, 380

Свобода, определение свободы 41

С. и необходимость 28–31

С. и случайность 31–35

С. и собственность 34, 152

Сделка

С. и ее осуществление 327, 330–334

Мнимая с. 351, 352, 506, 652, 657

Притворная с. 653, 654, 658, 659

С., нарушающая основы правопорядка и нравственности (ст. 169 ГК) 230, 231, 356, 646 и сл., 671, 798

Цель с. 352, 353, 650, 651

С. как неутилитарное действие 357 и сл.

Распорядительная с. 364, 365, 451

С. и владение 583

С. и хищение 662 и сл.

Сервитут 342

Возмездность с. 296

С. и владение 341

Собственность (право собственности)

Неприкосновенность п.с. 149

Первоначальное приобретение п.с. и договор 852 и сл., 861

Прекращение п.с. 821, 851

С. богов и с. как долг перед творцом 173 и сл.

С., бытие и быт 172, 175

С. и границы, обмен и с. внутри границ и ограничений 126–128

С. в экономическом смысле 16–19

С. как цель и как средство 17

С. и излишнее 60, 61, 67, 69
 С. как социальность 60, 69
 Суть с. 120–122
 С. и время (срок с.) 154
 С. и культура 61, 66
 С. и насилие 96 и сл., 124 и сл.
 С. и договор 54, 56, 62
 С. и обмен 55, 63
 С. и оборот, их неродственность 107
 С. и пространство, памятник, ландшафт 162
 С. и труд 54, 55, 94, 169–171
 Отмирание с. 77
 Спецификация и труд 492
 С. и владение 549
 Условная с. 513

Справедливость 47, 50, 65

Срок

С. давности 453
 С. обязательства 601, 602

Страхование 604 и сл.

С. и реституция 685, 686

Суброгация 397

Суперфиций и спецификация 810, 819

Товар 155

Т. и вещь 62, 146

Тождество

Муки отождествления 48

Торги 109, 478 и сл.

Т. и конструкция лишения неисправного должника воли (статуса) 200–204

Традиция 359 и сл., 381 и сл.

Т. и знак 362

Т. как юридический факт и недействительность т. 366–370

Труд 52, 91, 142, 488 и сл.

Тяжба 113

Удержание 825

У. как незаконное владение 570 и сл.

Фикция 305, 306, 360, 361, 373–376, 628, 879, 880

Ф. как условие создания системы 86, 345

Цена 155, 349

Ц. и знание 349

Ц. и стоимость 666, 667

Цессия 311, 345

Ц. виндикации 398, 403–405

Ц. права по реституции 613

Абстрактность ц. 323, 366, 746

Чужой (враг) 98, 99, 101

Чуринга 417

Эвикция 315, 367, 368

Юридический факт 308

Владение как ю.ф. 580

Ю.ф. и юридический состав: вина и добросовестность фактами не являются, юридического состава не создают 530, 531

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие к четвертому изданию	3
Предисловие к пятому изданию	5
К читателю.....	6
Введение	13
Глава 1. Превратности метода	23
Глава 2. Право и рациональность.....	39
Глава 3. Философия собственности	52
Глава 4. Собственность и справедливость	64
Глава 5. Дуализм гражданского права и происхождение права собственности ...	72
Грамматика собственности	128
Глава 6. Дуализм гражданского права и проблема денег.....	132
Глава 7. Суть собственности.....	152
Глава 8. Проблема триады	182
Глава 9. Определение собственности	205
Глава 10. Формы собственности. Частная и публичная собственность	216
Пределы вмешательства государства в частную собственность.	
Некоторые практические вопросы	224
Некоторые замечания о национализации и реституции	
права собственности	238
Некоторые вопросы ограничения права на предоставление	
земельного участка.....	241
Некоторые замечания о праве охоты	250
Глава 11. Общая собственность.....	254
Глава 12. О механизме перехода права.....	290
Некоторые замечания о цессии.....	312
О понятии раздела вещи и раздела земельного участка	325
Сделка, обязательство и передача права	342
Глава 13. Некоторые замечания о природе вещного договора.....	369
Глава 14. Переход права собственности и передача вещи.....	378
Глава 15. Вещный эффект купли-продажи	425
Глава 16. Приобретательная давность.....	486
Глава 17. О понятии владения	539
Обстоятельства утраты владения в составе виндикации.....	585
О регистрации владения	588
Права владения и пользования в уставном капитале	
хозяйственного общества	593
Глава 18. О распорядительных правах незаконного владельца.....	604
Глава 19. Защита владения и реституция	616
Недействительность сделки и хищение	660

Глава 20. Реституция, виндикация и кондикция	672
Таблица различий между реституцией и виндикацией	718
Предварительный договор об аренде. Недействительность договора аренды и улучшения имущества	719
О защите приобретателя заложенного имущества	731
Продажа доли в целой вещи и последующий залог того же объекта	737
О виндикации права	740
Глава 21. О защите права на недвижимость посредством негаторного иска.	
Иск о признании права собственности	747
Режим строения, возведенного на спорном земельном участке	761
Глава 22. О правах владельца на плоды и доходы	767
Глава 23. Защита владения от изъятия вещи административным порядком	779
Некоторые проблемы защиты собственности и владения в рамках уголовного дела о мошенничестве	797
Глава 24. Некоторые вопросы права на объект строительства	807
Простое товарищество и продюсерский договор	843
Некоторые замечания о реконструкции объекта, первоначальном и производном приобретении права собственности	850
Договор долевого участия в строительстве и возникновение права собственности на объект долевого строительства	858
Помещение как объект права	874
Предметный указатель	882

Константин Ильич Скловский

СОБСТВЕННОСТЬ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Пятое издание, переработанное

Художественное оформление: *В.В. Самойлова*
Компьютерная верстка: *А.А. Науменко*

Подписано в печать 02.08.2010. Формат 70×100¹/₁₆. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Печ. л. 56. Усл. печ. л. 72,8. Тираж 2000 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел./факс: +7(495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-0686-9



РЕКЛАМА



Российское гражданское право

Учебник. В 2 томах

Под редакцией Е.А. Суханова

Евгений Алексеевич Суханов – заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета МГУ, доктор юридических наук, профессор, главный редактор журнала «Вестник гражданского права».

В новом издании учебника «Российское гражданское право» сохранен традиционный для университетского образования научно-методический уровень и учтены последние изменения действующего законодательства РФ. Учебник отличается компактностью изложения. Содержание учебника охватывает все темы гражданского права и полностью соответствует учебному плану и программе курса по этой дисциплине.

Любую информацию о книгах издательства Вы можете получить по телефону:

+7(495) 649-18-06

или на нашем сайте www.estatut.ru

ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ ДЛЯ ПРОФЕССИОНАЛОВ

«ВЕСТНИК ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА»

Вестник гражданского права – это первый и единственный научный журнал, который посвящен обсуждению наиболее значимых проектов в области гражданского права России.

Впервые журнал начал выходить еще в дореволюционной России (1913 –1917 гг.) и, по мнению самых видных цивилистов того времени, был признан одним из самых авторитетных юридических изданий.

Современный «Вестник гражданского права» содержит анализ наиболее острых вопросов российского и зарубежного гражданского права, в нем широко представлена цивилистическая мысль прошлого – материалы, порой неизвестные современному юристу.

Журнал ставит своей целью развитие цивилистической мысли в России, распространение ее влияния на законотворчество и правоприменение.



ОСНОВНЫЕ РУБРИКИ ЖУРНАЛА:

- ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА
- ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО В КОММЕНТАРИЯХ
- ИНОСТРАННАЯ НАУКА ЧАСТНОГО ПРАВА
- ПОЛИТИКА ПРАВА
- ЦИВИЛИСТИЧЕСКАЯ МЫСЛЬ ПРОШЛОГО
- КРИТИКА И РЕЦЕНЗИИ

Главный редактор Е.А. Суханов

ФОРМАТ: 70*100/16

ОБЪЕМ: 300 ПОЛОС

БУМАГА: ОФСЕТ 80 г/м²

С 2010 года ПЕРИОДИЧНОСТЬ ИЗДАНИЯ – 6 НОМЕРОВ в год

Издание журнала осуществляет ООО «Издательский дом В. Ема»

Стоимость годовой подписки на 2010 г. - 2 700 руб.

Оформить подписку можно на сайте www.mvgr.ru или по телефону +7 (495) 649-18-06.

Подписные индексы на 2010 год:

Агентство «Роспечать» - 36771, каталог «Почта России» -24257 (полугодовая),

«Пресса России» - 36978 (полугодовая).

Приобрести номера журналов Вы можете в магазине юридической литературы

«Лекс-Книга» по адресу: Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2,

тел. + 7 (495) 789-34-06; www.lexkniga.ru (интернет-магазин)

РЕКЛАМА



Телефон в Москве:
(495) 789-34-06

Лекс Книга

ИНТЕРНЕТ-МАГАЗИН
ЮРИДИЧЕСКОЙ ЛИТЕРАТУРЫ
ЛЕКС-КНИГА

WWW.LEXKNIGA.RU

- УЧЕБНИКИ И УЧЕБНЫЕ ПОСОБИЯ ДЛЯ ВУЗОВ
- НОРМАТИВНО-СПРАВОЧНАЯ ЛИТЕРАТУРА
- МОНОГРАФИИ
- ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА
- комплектование библиотек
- подбор литературы для юридических семинаров
- дисконтная система скидок
- выгодные условия доставки

Тел. + 7(495) 789-34-06



Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2

Проезд до станции метро Проспект Вернадского или Юго-Западная

Все права на данное произведение принадлежат ООО "Издательство "СТАТУТ" и защищены действующим законодательством. Любое копирование, воспроизведение, хранение в электронных базах данных и иных электронных системах или иное использование в любой форме и любыми средствами в полном объеме или в части настоящей книги запрещено без письменного разрешения правообладателя - ООО "Издательство "СТАТУТ".