



**Людмила Юрьевна ВАСИЛЕВСКАЯ**, родилась 5 октября 1953 г. В 2004 г. защитила докторскую диссертацию на тему «Вещные сделки по германскому праву: методология гражданско-правового регулирования», в 2005 г. получила ученое звание профессора. С ноября 1980 г. по наст. вр. работает в системе высшего профессионального образования. Профессор кафедры гражданского права Университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА). Член специализированных советов по защите докторских диссертаций при МГЮА и при МГУ им. М.В. Ломоносова. В 2005–2013 гг. — член НКС при ВАС РФ, с 2014 г. по наст. вр. — член НКС при ВС РФ, член рабочей группы по подготовке проектов постановлений Пленумов ВС РФ по применению положений гражданского законодательства. С 2015 г. по наст. вр. — член НКС при Генеральной прокуратуре РФ. Автор экспертных заключений для Общественной палаты, Конституционного Суда, Государственной Думы РФ, Минюста, Минобрнауки России, коммерческих организаций по различным вопросам гражданского права, законопроектам, проектам актов судебного толкования и иных правовых актов. Автор более 200 научных и учебно-методических работ и многочисленных публикаций по проблемам вещного и обязательственного права. Почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, имеет почетные грамоты федеральных органов исполнительной власти. Сфера профессиональных интересов: вещное и обязательственное право России и Германии.

# Не могу сказать, что наш ГК страдает от недостатка диспозитивности

**Людмила Юрьевна ВАСИЛЕВСКАЯ,**

профессор кафедры гражданского права Университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА),  
доктор юридических наук, профессор

**— Людмила Юрьевна, первый вопрос мы традиционно посвящаем реформе ГК РФ. Получилась ли она системной? Как бы Вы оценили ее промежуточные результаты?**

— Если оценивать реформу гражданского законодательства в целом, то можно сказать, что это, конечно, благое дело, потому что все мы прекрасно понимаем, что регулирование общественных отношений несколько отстает от жизни, которая идет вперед. Например, происходит глобализация экономической жизни, соответственно, начинается интеграция в мировую экономику, развитие предпринимательских отношений, и в результате то, что было сформулировано в Кодексе в 1995–1996 гг., оказывается далеко не во всем соответствующим новым реалиям. Возникло определенное отставание регулирования, и во многом та система юридических лиц, которая была закреплена в ГК еще в 1995 г., перестала работать. Прежде всего речь идет о конструкциях закрытого акционерного общества и общества с дополнительной ответственностью. Последние практически никто не создавал, да и такую организационно-правовую форму, как ЗАО, тоже много критиковали. Вообще, система открытых и закрытых акционерных обществ показала свою ущербность в регулировании. Кроме того, проявилась весьма опасная тенденция: созданное в период реформирования экономики законодательство о хозяйственных обществах стало постепенно обособляться от общего гражданского законодательства. В том же ЗАО при объединении капиталов определенных физических и юридических лиц в рамках одного общества часто забывали о том, что прописано в нормах: посредством уставного капитала мы не только обеспечиваем кредиторам защиту их субъективных гражданских прав, но и обеспечиваем баланс интересов предпринимателей, участвующих в имущественном обороте под маской юридического лица, и всех остальных участников этой деятельности, в том числе и простых граждан-потребителей.

**— Да, это было общей проблемой нашего ГК, характерной не только для ЗАО.**

— Это была общая проблема, которая касалась в первую очередь обществ с ограниченной ответственностью, самой популярной организационно-правовой формы юридического лица. Почему? Потому что, во-первых, минимальный размер уставного капитала там составлял всего лишь 10 тыс. руб., а во-вторых, сама норма первоначально была сформулирована так, что позволяла вносить вклад в уставный капитал в виде любого имущества. Вот всякие дельцы и вносили в счет своих взносов любое

имущество, вплоть до старой мебели или одежды, к примеру старых трусов в горошек. О какой защите прав кредиторов в этом случае можно было говорить? Нельзя забывать, что конструкция любого юридического лица создает определенную опасность для имущественного оборота, поскольку изначально при создании юридического лица его учредители ограничивают свою ответственность перед всеми другими участниками, по сути, перекладывая на них свои имущественные риски. Вот почему минимальный размер уставного капитала — показатель, обеспечивающий некий баланс между юридическими лицами и иными участниками гражданского оборота. У нас же, как показала практика, этот баланс был явно нарушен в пользу предпринимателей, а законодательство предоставляло им практически неограниченные возможности для быстрого создания юридического лица любой организационно-правовой формы с символическим уставным капиталом. Сумма в 10 тыс. руб. — мизер, копейки, насмешка для предпринимателя! Разработчиками законопроекта по юридическим лицам под руководством Е.А. Суханова предлагалось в несколько раз повысить минимальный размер уставного капитала. В частности, для ООО до 1, а для АО — до 2 млн руб. Но что вышло? Лоббирование интересов крупного бизнеса со стороны чиновников Минэкономразвития и рабочей группы по созданию международного финансового центра фактически привело к тому, что эти предложения были сняты.

Проблемы были и с некоммерческими организациями, список организационно-правовых форм которых насчитывал более 30 и при этом был открытым, в том числе и потому, что в эту систему не вписывались торгово-промышленные палаты и облпотребсоюзы. Прописали, что для конкретных организационно-правовых форм могут быть изданы определенные законы, — и началось. Появились казачьи общества, общества малочисленных народов, некоммерческие партнерства и т.п. вплоть до государственных корпораций, создаваемых на основании специальных федеральных законов.

Открытый перечень некоммерческих организаций обернулся массой проблем. Например, статус кооперативов регулировался десятью отдельными законами. При этом Закон о жилищных накопительных кооперативах<sup>1</sup> после нашумевшего краха «Социальной инициативы», показавшей истинные цели создания такого накопительного кооператива, действовавшего в ущерб интересам простых граждан, в конечном итоге не работает и может быть отменен. Другой пример: госкорпорации, после создания которых возникла проблема их преобразования в нормальные организационно-правовые формы. Опять началось давление со стороны определенных структур, ведь преобразование могло лишить руководителей госкорпораций значительного по стоимости «имущественного пирога»: имущество, переданное Российской Федерацией госкорпорации, становилось собственностью последней, при этом госкорпорации не были обязаны предоставлять в государственные органы отчет о своей деятельности (исключение составляли документы, представляемые в Правительство РФ). В итоге противодействие преобразованию госкорпораций привело к появлению самостоятельной организационно-правовой формы — публично-правовой компании, которая ГК не регулируется. Что мы видели на практике? Например, был отдельный Закон о ликвидации «Олимпстроя»<sup>2</sup>, простивший все долги всем кредиторам.

<sup>1</sup> Федеральный закон от 30.12.2004 № 215-ФЗ «О жилищных накопительных кооперативах».

<sup>2</sup> Федеральный закон от 21.07.2014 № 210-ФЗ «О ликвидации Государственной корпорации по строительству олимпийских объектов и развитию города Сочи как горноклиматического курорта, внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации».

Или возьмем товарищества собственников недвижимости: сначала существовали ТСЖ, которые рассматривались как отдельные виды потребительских кооперативов. Потом в результате теневых поправок в ГК появилась самостоятельная организационно-правовая форма — товарищество собственников недвижимости, а ТСЖ исчезли. Тут же началась паника, многие ТСЖ стали вносить изменения в учредительные документы. Но в решение этого вопроса вмешался Верховный Суд. Позитивную роль сыграло Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25, где было четко заявлено, что ТСЖ — отдельный вид товарищества собственников недвижимости, к которому применяются правила Жилищного кодекса РФ о ТСЖ, и что эти правила имеют приоритет, т.е. используются как специальное законодательство по отношению к общему о товариществах собственников недвижимости. Для чего создавать такую неразбериху в регулировании? Всего этого можно было бы избежать, если бы не расширяли перечень организационно-правовых форм некоммерческих организаций. Благо, что сейчас в ГК перечень некоммерческих организаций закрыт.

Кроме решения этой проблемы, у разработчиков реформы ГК была другая глобальная идея: убрать атавизмы советской экономики в виде таких ограниченных вещных прав, как право хозяйственного ведения и право оперативного управления, которые фактически были «завязаны» на определенных юридических лицах, прежде всего государственных и муниципальных унитарных предприятиях. В то же время мы осознавали, что государство должно иметь не только развитую с точки зрения рынка экономику, но и хорошую обороноспособность, которая обеспечивается производством так называемых товаров двойного назначения. Это производство шло как раз на унитарных предприятиях. Как предлагалось уйти от права хозяйственного ведения и права оперативного управления, на которых функционировало имущество таких юридических лиц, как ГУПы? Создать вместо ГУПов публичные акционерные общества. Почему они априори назывались публичными? Именно потому, что в них предполагалось значительное участие государства. И это перекрывало бы потребности экономики, связанные с обороноспособностью страны и производством товаров двойного назначения. И поскольку ломалась структура открытых и закрытых акционерных обществ и предполагалось создание публичных акционерных обществ, то их антиподом должны были стать непубличные, т.е. все остальные акционерные общества. Смысл таких изменений в ГК, как мне представляется, был обусловлен тем, что в российских условиях давно назрела потребность пересмотра самого подхода к определению правового положения АО. В России АО из формы концентрации большого количества мелких капиталов все больше превращалось в форму осуществления крупных инвестиций (не только частных, но и государственных) с целью получения экономического контроля над соответствующими видами производств и целыми секторами экономики. В этих условиях возложенные на ГУПы задачи могли бы решать публичные акционерные общества как форма осуществления крупных, преимущественно государственных инвестиций. Чем это обернулось? На мой взгляд, разработчики законопроекта поставили перед собой задачу устранить прежде всего противоречия между ГК и Законом об АО<sup>3</sup>. Закон был разработан на базе американской корпоративной модели, рассчитанной на так называемый распыленный капитал (большая распыленность акций среди участников АО и возможность существования контрольного пакета акций из нескольких процентов). Нормы ГК, напротив, базировались на германской корпоративной модели, предполагающей высокий уровень концентрации акций у отдельных владельцев

<sup>3</sup> Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах».

и классический контрольный пакет в 50% плюс одна акция. А поскольку в России  $\frac{2}{3}$  акционерных обществ находилось и находится под определяющим влиянием одного или нескольких крупных инвесторов, требовалось привести регулирование в соответствие с существующими реалиями. Некритическое заимствование американских подходов для регулирования АО совершенно не учитывало то обстоятельство, что большинство российских АО создавалось не по американской модели, т.е. путем собирания мелких вкладов физических лиц, а посредством приватизации государственного имущества — преобразования унитарных предприятий в ОАО. Очевидно, конструкция АО как форма концентрации капитала изначально у нас использовалась для иных целей — передачи госимущества в частную собственность. Но благие цели разработчиков изменений в ГК о юридических лицах встретили решительный отпор со стороны лоббистов бизнеса. Конструкция ПАО по своей сути мало отличается от конструкции ОАО, а критерии разграничения публичных и непубличных акционерных обществ размыты. В ГК сказано, что к публичным относятся АО, акции которых и конвертируемые в такие акции ценные бумаги публично размещаются путем открытой подписки и публично обращаются на условиях установленных законами о ценных бумагах. В чем принципиальная разница между ПАО и ОАО?

— Сейчас содержание публичности совершенно другое.

— Да. Практически все, кто функционировал в виде ОАО, автоматически стали публичными, а ЗАО — непубличными акционерными обществами. С моей точки зрения, это провал Концепции<sup>4</sup>. Напомню: изначальная Концепция была отражена в законопроекте, который должен был быть принят осенью 2012 г. в виде единого закона. Однако летом мы увидели постановление Государственной Думы, разделившее этот законопроект на 10 частей, каждая из которых стала выступать в виде конкретного законопроекта по конкретным разделам и частям Гражданского кодекса. Казалось бы, разделили и разделили, начали принимать. Но что мы видим в нормах о юридических лицах? В соответствующем разделе ГК предусматривалась ст. 53.2, посвященная понятию «аффилированность», с объяснением, что это за общность юридических лиц и как они взаимосвязаны, с правом суда признать аффилированность между субъектами гражданского права, если она явственно следовала из обстоятельств дела. Лоббирование оппонентов — Минэкономразвития России и рабочей группы по созданию международного финансового центра — фактически привело к провалу Концепции в этой части, ведь один из основных вопросов, в регламентации которого пришлось под давлением оппонентов отступить, — это вопрос о диспозитивности в регулировании деятельности хозяйственных обществ. Внимательное ознакомление с нормами ГК о непубличных хозяйственных обществах (ст. 66.3), в которых могут меняться основы регулирования деятельности, наталкивает меня на мысль о том, что эти нормы чреваты серьезными негативными последствиями. Я говорю о возможности исключать посредством корпоративного договора, акционерных соглашений действие императивных норм закона, охраняющих интересы миноритариев. Оппоненты разработчиков, лоббируя интересы крупного бизнеса и заботясь о создании для него благоприятных условий, посчитали своей основной задачей защиту только его интересов, забыв об интересах слабых миноритариев, а также кредиторов, т.е. третьих лиц — участников имущественного оборота. Вот в этом — безусловный провал Концепции.

<sup>4</sup> Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.).

Немало сложностей вызвал и вопрос о корпоративном договоре. Первоначально он рассматривался как родовый договор по отношению к акционерному соглашению и соглашению участников ООО об осуществлении прав участников. Положения в ГК по корпоративному договору — результат компромисса: чтобы это понять, достаточно внимательно прочитать и проанализировать нормы ст. 67.2. К примеру, оспаривать решение органа юридического лица, противоречащее корпоративному договору, можно только при условии, что все участники общества являются одновременно участниками корпоративного договора. А если корпоративный договор заключили не все участники, значит, оспорить решение органа юридического лица нельзя? Почему? Или другая ситуация: если есть участники, которых предупредили о заключении корпоративного договора, но не пригласили участвовать в нем, то у них есть возможность продать долю в уставном капитале или свой пакет акций и уйти из ООО или непубличного АО. В такой ситуации все будет организовано против них, это и так понятно. Очевидно, что это способ «выдавливания» негодных. Разве можно согласиться с таким регулированием? Но, конечно, есть и позитивные моменты в изменении ГК. Это нормы о регулировании реорганизации юридических лиц, нормы об их ликвидации, которые в целом согласованы с законодательством о банкротстве.

Далее. Сейчас вроде бы поутихли дебаты по поводу изменения второго раздела ГК о вещных правах, в котором более 150 статей. Но остается непонятным, как это все будет увязано с другими частями и разделами ГК? Сейчас, например, идет реформирование системы реестра прав на недвижимое имущество и кадастра, принят ряд законов и постановлений Правительства, и самый главный вопрос, который у меня в связи с этим реформированием возникает: почему мы можем так быстро оформить право собственности или ограниченное вещное право на какое-то имущество, на вещь? Мне это совершенно непонятно. Если надо, мы ярые англо- или германофилы. Но когда это было, чтобы наша правовая система полностью копировала определенные институты из общей либо германской системы права? Я защищала докторскую диссертацию по германскому праву — по вещным сделкам и должна была понять и объяснить специфику двух различных по своей юридической природе договоров. У нас нет такого разделения — вещный договор и обязательственный договор. У нас только один договор, который порождает обязательства. А у немцев центральной категорией частного права является *Anspruch* — правопритязание, которое может быть элементом как вещного, так и обязательственного права. Такой термин, как «обязательственный договор», у нас отсутствует. У немцев же он есть: это договор, который порождает обязательства. А другой договор, который называют вещным договором либо вещным соглашением, обязательства не порождает. Когда мы совершаем, например, сделку купли-продажи, мы, по сути, заключаем два типовых договора — вещный и обязательственный. Я говорю это к тому, что у нас уникальная правовая система, и когда нормы выхватываются с корнем из одной системы права и механистически пересаживаются на совершенно другую правовую почву (в данном случае — нашу), сказать, чем это обернется, очень сложно.

Еще один момент. Раздел, касающийся вещных прав, начинается у нас с владения. И тут наши реформаторы решают цитировать немцев и говорить, что и у нас в до-революционном праве были сторонники рассмотрения владения как фактического состояния либо как права. Я с этим не спорю. Но вот я открываю § 854 Германского гражданского уложения и вижу определение владения как фактического состояния, непосредственного господства над вещью, но при этом в п. 2 названного параграфа

четко сказано: для приобретения владения достаточно соглашения (вещного договора) прежнего владельца с приобретателем. Это означает, что владение-факт благодаря вещному договору становится владением-правом. Именно поэтому владение есть презумпция права собственности и юридический факт, с которым законодатель связывает наступление определенных правовых последствий. Открываю наш законопроект и вижу чуть ли не слово в слово совпадающие с германскими определения владения и вещного права. Причем законопроект рассматривает владение как фактическое состояние, а не как право. Получается, скопировали у немцев п. 1 § 854 ГГУ, а на п. 2 не обратили внимания? И что это? Юридино-техническая неточность или непонимание сущности? Все дело в том, что мало знать немецкий язык и уметь с него переводить, — еще нужно знать систему права иностранного государства. А мы решили, что если у немцев, к примеру, ограниченное вещное право, как и право собственности на недвижимость, устанавливается через вещный договор, то надо и нам каждое ограниченное вещное право устанавливать через договор. Но у них-то это установление идет через (не порождающий обязательства!) договор, который незнаком нашему праву. И если мы узаконим установление ограниченных вещных прав через договор, порождающий обязательство, то мы не сможем увидеть принципиальной разницы между вещными правами и правами обязательственными. Если, к примеру, право вещных выдач (новое ограниченное вещное право) будет устанавливаться в договоре пожизненного содержания с иждивением или в договоре ренты, то к каким способам защиты сможет прибегнуть сторона в случае спора между получателем ренты и плательщиком ренты — вещно-правовым или обязательственно-правовым? Не создаст ли это конкуренции исков? Ведь до настоящего времени основное различие между обязательственными и вещными правами заключалось в том, что перечень и одновременно содержание вещных прав должны быть прямо и исчерпывающе установлены законом. А предписание законопроекта об установлении всех вещных прав посредством договора будет означать игнорирование данного правила, не согласуемого с традиционным подходом. Почему-то, если мы начинаем копировать немцев, мы забываем о том, что у них регистрация вещного права проходит в земельных судах до полугодя. Соответственно, готовят сделку нотариусы, которые отвечают своим личным имуществом, т.е. несут личную, персональную имущественную ответственность перед физическими лицами, если что-то сделано не так. А у нас все поставлено на поток. Время — деньги. Если российский нотариус удостоверяет сделку, то должен указать, содержание скольких статей ГК он разъяснил сторонам сделки. На самом деле этого не происходит! А ведь это сфера наиболее уязвимая, требующая продуманного регулирования. Как показывает практика, у нас процветает мошенничество в сфере оборота недвижимости, пожилые люди остаются без квартир, пополняют ряды бездомных. А если по телевидению показывают репортажи о том, как отнимают у простых, доверчивых людей квартиры, руководство канала ставит такую передачу в сетке вещания далеко за полночь. А кто ночью смотрит телевизор? Пожилые люди? Вряд ли.

**— У нас тоже предлагалось ввести нотариальное заверение сделок с недвижимым имуществом. От этой идеи отказались.**

— Отказались, видимо, в расчете на то, что юридические лица, имея хороший юридический аппарат, должны сами грамотно составлять договоры. Вот только не подумали о том, какой огромный отряд псевдо-, квазиюристов, как я их называю, был «выброшен» и продолжает «выбрасываться» на рынок услуг. Уровень юридического образования у нас сейчас в целом достаточно слаб, и если посмотреть и проанализировать

любой договор, который вдруг оказывается в суде, то можно часто увидеть, что его содержание не имеет никакого отношения к наименованию договора. То есть правовая квалификация самого договора очень слабая, а ведь кто готовил юристов? В Москве это и Горный институт, и Институт стали и сплавов, и ряд иных технических вузов. Как могли это допустить? Встречались ситуации, когда специалист по гражданскому праву (и то еще нужно проверить, специалист ли?) читал одновременно лекции по гражданскому праву, римскому праву, гражданскому процессу, административному праву, теории и истории государства и права и закрывал еще какие-то предметы. Разве можно было выпустить квалифицированных юристов при такой системе подготовки? Нет. Так что вполне понятно, почему Президент и Правительство предпринимают меры по объединению вузов и сокращению обучения по специальностям, по которым сейчас переизбыток специалистов.

**— О нашем юридическом образовании можно говорить бесконечно. Я предлагаю вернуться к концепции ГК. В целом понятно, что с вещным правом там все непросто и, может быть, даже непросто с политической точки зрения. Но все-таки вещное право — это статика, а нас сейчас больше интересует динамика гражданского оборота. И вот здесь я вернусь к Вашим словам о том, что неизвестно, как обернутся те инородные институты, которые у нас внесены в ГК. Какие институты вызывают у Вас наибольшую настороженность?**

— Возьмем, к примеру, астрент (ст. 308. 1 ГК). В свое время разработчики законопроекта посчитали, что мы не готовы к соответствующим нововведениям. Ведь необходимо было четко определить, как этот чужеродный французский институт будет сочетаться с нормами процессуального законодательства. Скажем, если есть присуждение в натуре, то как изменятся порядок и способ исполнения решений? Очевидно, что если будет присуждена сумма на случай неисполнения обязательства в натуре, но потом, допустим, истец заявит ходатайство об изменении порядка и способа исполнения решения и попросит в суде взыскать денежную сумму в размере стоимости плюс дополнительно будет установлена еще и сумма за неисполнение обязательства в натуре по решению суда, то это повлечет неосновательное обогащение кредитора. Почему на это не обратили внимания? Статья об астренте рассчитана только на такой способ защиты прав кредитора, как присуждение к исполнению в натуре, а к денежным обязательствам она не имеет никакого отношения. Кстати, во Франции этот институт появился в законе из судебной практики после десятилетий применения. А у нас? В результате теневого поправок!

Практика — критерий истины! Посмотрим, как будут работать иные институты, такие как индемнити (ст. 406.1 ГК о возмещении потерь кредитора) или заверения об обстоятельствах (ст. 434.1 ГК). Вот приняли нормы о возмещении потерь кредитора. Но здесь сразу возникает вопрос: как соотносится институт возмещения потерь с институтом возмещения убытков? Можно ли рассматривать возмещение потерь как самостоятельный способ защиты гражданских прав? Ответа пока нет!

Другой пример — эстоппель. В ГК этому институту посвящено несколько статей, и именно ему больше всего пели дифирамбы, особенно в части того, что касается исцеления сделки, т.е. конвалидации при недействительности договора. Думаю, речь идет о стремительном усилении англофильских настроений в отечественной цивилистической науке, что не может не вызывать беспокойства и опасений в части оценки



внедрения указанных институтов в ГК РФ. Российская правовая система несовместима ни с одной системой, относящейся к англосаксонской правовой семье. Вряд ли применение чужеродных норм сможет дать желаемые результаты.

Меня удивляет, что категория «эстоппель» (*estoppel*) была позитивно воспринята многими российскими цивилистами при объяснении поправок в ст. 166 ГК РФ, посвященных конвалидации недействительных сделок. При этом принцип *estoppel* как принцип запрета на противоречивое поведение стал рассматриваться в качестве одного из ключевых моментов реформы обязательственного права, как конкретизация принципа добросовестности. Однако на практике это привело к тому, что недобросовестные контрагенты стали заключать договоры с незаконными, дефектными по своему содержанию условиями. Но благодаря действию принципа *estoppel* при исполнении одним из контрагентов своего обязательства договор уже не оспорить! Таким образом, желание законодателя защитить добросовестную сторону договора может обернуться, как показала практика, негативными последствиями.

Кроме того, есть еще одно обстоятельство, которое не учитывается при действии принципа *estoppel*, — возможность ситуации, при которой обе стороны договора действуют недобросовестно. И в этом случае не всегда возможно применение нормы ст. 10 ГК, поскольку при допустимости квалификации договора в качестве ничтожного заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки лицо действует недобросовестно (п. 5 ст. 166 ГК). Вместе с тем ссылка на норму ст. 10 при наличии признаков недействительности сделки означает, что одна из сторон договора злоупотребляет правом на признание такого договора недействительным. А это, как известно, противоречит самой природе ничтожной сделки, так как сделка является ничтожной независимо от заявления стороны.

Не следует забывать, что возникновение доктрины *estoppel* во многом было обусловлено не только отсутствием общей концепции добросовестности в английском праве, но и необходимостью «смягчения» концепции встречного предоставления (*consideration*) в англосаксонской системе права. При этом российский законодатель не обратил внимания на отсутствие единства в подходах к пониманию сути *estoppel* в различных системах англосаксонской правовой семьи. К примеру, в отличие от английского права, в котором развито право отдельных эстоппелей (*law of estoppels*), в шотландском праве вместо принципа *estoppel* применяется доктрина персонального (личного) запрета (*personal bar*), которая выступает своеобразным аналогом концепции злоупотребления правом, представленной в континентальной системе права.

Поэтому подход, избранный законодателем для закрепления в ГК иностранных институтов, в целом следует квалифицировать как поспешный, не всегда продуманный и в целом несовершенный. Требуется больше времени на осознание новелл. Посмотрим, кто был прав. Время покажет.

— Есть же какие-то сдерживающие факторы. Здесь работает не только частное право, и очень легкомысленно говорить о том, что коммерческие лица сейчас могут заключать договор дарения между собой только потому, что они надеются на конвалидацию. А как на это отреагирует, к примеру, налоговая инспекция? Налоговые риски не позволяют этого сделать. Может быть, это и хорошо, что в частном праве сделали больше свободы договора. Но ведь публично-правовые риски остаются.

— Остаются. Но не нужно забывать, что когда речь идет о налоговых органах и судебных спорах между ними и юридическими лицами, то статистика вовсе не свидетельствует о том, что налоговые органы выигрывают большинство споров по гражданским делам, хотя глава ФНС недавно сказал, что в последние годы, особенно в 2015 г., в пользу бюджета было рассмотрено 80% оспоренных в судах сумм. И каков процент в этом случае занимают споры по гражданским делам? Далеко не все специалисты в области публичного права хорошо знают частное, т.е. гражданское право.

**— Им не нужно знать гражданское право. Мы же говорим о публичных органах. Их не интересует гражданско-правовая конструкция, им важна хозяйственная суть сделки. Они даже по своей доктрине существа над формой могут игнорировать форму.**

— Хорошо. Вот есть ст. 575 ГК, которая запрещает дарение между коммерческими организациями. Но там речь идет о мизерных суммах. Это смешно: вы как представитель коммерческой организации подарили своему контрагенту-коммерсанту парфюмом стоимостью чуть выше 3 тыс. руб. Можно сказать, что вы нарушили запрет для коммерческих организаций? Другое дело, когда под дарением (а это уже ст. 170 ГК) подразумевается притворная либо мнимая сделка. Ведь речь идет о чем? Если юридические лица идут на такие сделки, то они заведомо совершают недобросовестные действия. И тут мы должны вспомнить презумпцию ст. 10 Кодекса о пределах гражданских прав. Кстати, скажу несколько слов о ст. 10: очень большие надежды возлагались на Постановление Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25, на ту часть, где была затронута проблема злоупотребления правом. Честно говоря, я думала, что Пленум займет более принципиальную, более взвешенную позицию и сможет уйти от расширительного толкования норм ст. 10 ГК. У нас ведь нет открытого перечня форм злоупотребления правом, известны три конкретные формы: шикана, обход закона и заведомо недобросовестное поведение. Верховный Суд сохранил расширительный подход Высшего Арбитражного Суда к толкованию ст. 10: в последние годы ВАС РФ понимал под иными формами злоупотребления правом все что угодно, вплоть до действий ответчика, который написал неправильный отзыв на иск. В результате в ходе рассмотрения спора судьи забывали о ст. 10, о ее содержании, поскольку преследовали одну цель — защитить добросовестную сторону любыми способами по ст. 12 ГК. И Пленум ВС РФ в п. 7 Постановления это толкование, по сути, повторил, тем самым поддержав такой расширительный подход. На мой взгляд, этого быть не должно, потому что в ст. 10 речь идет не просто об ограничении, а о лишении субъективного права на защиту.

А если бы сейчас в Постановлении Верховного Суда были прямо названы иные формы злоупотребления правом, может быть, тогда стороны бы более разумно и осторожно подходили к оценке действий своего контрагента.

**— То есть нужно расширить судебное усмотрение в части оценки злоупотребления?**

— Мне кажется, да. Речь идет о необходимости дать открытый перечень иных форм злоупотребления правом, не сводя его только к трем известным формам. Более того, проблему добросовестности я рассматриваю в связи с злоупотреблением правом. Однозначно то, что добросовестность — это антипод злоупотребления правом. Но в то же время мы все почему-то считаем злоупотребление правом категорией правового инструментария, а добросовестность — инструментария нравственности, оценки

морали. По логике, если мы противопоставляем понятия, то они должны находиться на одном уровне анализа. Это означает, что понятие добросовестности — это категория не только морали, но и права, потому что это сложившаяся в обществе система представлений о нравственном поведении, которая используется законом, судебной практикой, обычаями для характеристики лица, субъекта гражданского права при осуществлении им гражданских прав и исполнении обязанностей. Когда у нас будет развитое демократическое общество, общество с развитым правовым сознанием и правовой культурой, тогда вектор регулирования сместится от внешнего принуждения в противоположную сторону: в регулирование посредством внутренних элементов самого права, а не посредством принуждения государства, суда и прочих внешних атрибутов власти. Добросовестность означает не только то, что я, например, приобрела имущество у лица, не имеющего права на отчуждение этого имущества, потому что не знала и не могла знать об этом. Добросовестность — это еще и состояние субъекта, когда он в своих действиях не злоупотребляет своим субъективным правом. Когда есть вот это «не»: я *не* злоупотребляю, стало быть, я *не* совершаю ничего в обход закона, я добросовестно исполняю свои обязанности, я реализую свои права, учитывая интересы своего контрагента, и тем самым соблюдаю баланс интересов двух сторон, если мы совершаем сделку. Вот что такое добросовестность. Ведь было много противников введения в ст. 1 ГК принципа добросовестности.

**— Их было много в том числе потому, что непонятно, что это такое. Что такое злоупотребление правом — понятно. А как измерить добросовестность?**

— Правильно, изначально это критерий нравственности. Но мне кажется, что, во-первых, это общегражданское императивное правило поведения, а во-вторых, в некоторых случаях это еще и предел осуществления гражданских прав. Как бы то ни было, это мерило поведения лица, субъекта гражданского права, при осуществлении им гражданских прав и исполнении обязанностей. Поэтому я могу сказать, что добросовестность — это, с одной стороны, надправовой принцип, а с другой стороны, принцип, внедренный в систему гражданского права, некая норма-принцип. И в идеале мы должны стремиться к тому, чтобы регулирование гражданско-правовых отношений от императивных норм переходило к нормам-принципам. Вот это — свидетельство развитости правового сознания, правовой культуры лица в имущественном обороте и признак демократизма самого общества. Кроме того, мы часто забываем, что латинский термин *iustitia* дословно означает «справедливость» и что в основе самого права (*ius*) лежит нравственная категория справедливости. Это значит, что частноправовое регулирование, как и правовое регулирование в целом, всегда должно основываться на понятиях справедливости и нравственности. В имущественном споре стороны конфликта ждут от судьи справедливого решения, а не только сокращения издержек, что, как известно, характерно для англо-американского правосудия, основанного на прецедентном праве. Вот почему та же норма о заверениях об обстоятельствах (ст. 434.1 ГК) как своеобразный способ защиты от вранья в договорных отношениях работает в общей системе права, в которой не нашлось места для принципа добросовестности, а осуществление правосудия базируется на прецеденте.

**— Говорят, что российский ГК (или наше правоприменение) страдает от недостатка диспозитивности. Как Вы думаете, действительно ли это так, и если да, то хорошо это или плохо с точки зрения стабильности оборота, нынешней ситуации?**

— Сказать, что наш ГК страдает от недостатка диспозитивности, я не могу. Помните, я говорила о провале Концепции развития гражданского законодательства в части непубличных хозяйственных обществ? Ведь о чем шла речь? Изначально в законопроекте была предпринята попытка прямо закрепить в российском корпоративном праве так называемый принцип пропорциональности, т.е. нормы о том, что объем правомочий участников хозяйственного общества определяется пропорционально их долям в уставном капитале общества. Лоббисты крупного бизнеса, в свою очередь, протаскивали идею о необходимости закрепления в ГК правила о том, что корпоративным соглашением участников общества (причем даже не всех участников!) должны допускаться любые изменения этого принципа. На практике это означает, что возможность любых отступлений от него посредством корпоративного договора позволяет внести символический вклад в имущество общества, приобрести взамен права управлять его деятельностью и получать большие дивиденды, при этом постепенно, опять же благодаря корпоративному договору, лишиться права на участие в управлении обществом большинства его участников, внесших основную часть уставного капитала! При таком регулировании, да еще закрепляющем конфиденциальность корпоративного соглашения, последнее превращается в средство манипулирования участниками общества небольшой группой акционеров. Вот вам диспозитивность в действии! Налицо несправедливость и безнравственность такого подхода, позволяющего ущемлять интересы миноритариев. Он ставит под удар интересы кредиторов и всех контрагентов такой корпорации, а также потенциальных приобретателей долей участия в ней.

**— Вы имеете в виду те нормы, которые появились уже после первого чтения?**

— Да, те, которые у нас сейчас сформулированы в ГК в отношении юридических лиц. В них так много диспозитивности, что я, скажу откровенно, опасаюсь, что в конечном счете это будет иметь негативный эффект. Потом, я считаю, что дисбаланс, равно как и баланс императивных и диспозитивных норм в законе, — это тот же вопрос о добросовестности. Когда в законе отдается приоритет императивным нормам? При слабом правосознании, слабой правовой культуре, слабой цивилистической образованности партнеров, вступающих в имущественный оборот. Вместе с тем всегда следует анализировать конкретную норму, смотреть, как она работает на практике. Возьмем для примера ст. 157 ГК РФ об условных сделках, спор о возможности заключения сделки под потестативным условием, т.е. условием, наступление которого зависит исключительно от воли одной стороны в сделке. Изначально в доктрине были представлены две точки зрения. Появилась практика, которая, к слову, всегда шагает несколько впереди правового регулирования. Сейчас сработал запрет на потестативные условия в ст. 157, но появилась новая ст. 327.1 «Обусловленное исполнение обязательства». А что это такое? Это, по сути, легализация потестативных условий для исполнения самого обязательства. И относиться к этому можно по-разному. Если сделка совершается под условием обстоятельства, которое носит непреодолимый и случайный характер, не зависящий от воли субъекта, о каких потестативных условиях мы можем вести речь? Но ведь практика-то показывает нам обратное. Есть сделки слияния и поглощения, в которых участвуют акционерные общества или общества с ограниченной ответственностью, крупные сделки, связанные с заключением таких договоров, как договор поставки, договор на выполнение подрядных работ. Эти сделки совершаются, как правило, под потестативными условиями. Есть финансовые сделки, биржевые сделки, совершаемые под потестативными условиями. Обойтись в настоящее время без потестативных условий практически невозможно — проще взять и запретить их.

Но ведь если они работают на практике, мы должны посмотреть, как они работают, потому что они тоже могут рассматриваться двояко. Потестативные условия бывают смешанные или чисто потестативные, заявленные на стороне кредитора либо на стороне должника. Когда начинаешь анализировать запрет на них, то сразу понимаешь, что с ним можно согласиться по двум основным причинам. Во-первых, условия не могут быть неопределенными, так как та сторона, от которой зависит наступление определенного условия, точно знает, намерена она совершать действие, которое составляет потестативное условие, или нет. И во-вторых, тут же встает вопрос: не поле ли это для злоупотребления правом? Я думаю, да. Злоупотребление может проявиться в нейтрализации тех юридических последствий, наступление которых с определенными действиями связывает закон, т.е. разрешение потестативных условий может способствовать обходу закона, ведь лицо, от которого зависит наступление условия, может своими действиями тормозить предусмотренные сделкой юридические последствия.

В то же время даже эти соображения имеют определенный изъян в аргументации. В самом деле, сторона сделки, от которой не зависит наступление условия, не может знать, как поступит ее контрагент, от которого оно зависит. Следовательно, для нее условие остается неопределенным, тем более что отношение контрагента к условию может измениться.

**— То есть сначала заключается сделка под условием, потом эти условия не выполняются и сделка приобретает совсем другой характер?**

— Да, совершенно верно. Поясню на примере. Выдается кредит на определенную денежную сумму, возврат которой в договоре обусловлен продажей должником своей недвижимости. Может должник тянуть с продажей? Конечно, может, почему нет? Допустим, должник изначально дает мне, кредитору, обещание, и мы фиксируем следующее потестативное условие: возврат кредита по совершении должником сделки с третьим лицом. И я начинаю рассуждать: если противники запрета потестативных условий делают в качестве контраргумента упор на неопределенность, то я, кредитор, являюсь лицом, от которого не зависит потестативное условие, и я не знаю, будет ли должник исполнять свое обязательство. Это значит, для меня это условие неопределенное. Как видите, здесь можно рассуждать с разных точек зрения. И уж если говорить об обходе закона, то незаконные условия всегда недействительны и без специального запрета в рамках института условных сделок. Любое условие, будь оно потестативное или непотестативное, незаконно, если оно противоречит закону. Стало быть, оно ничтожно и фактически угрожает целостности всей сделки. То есть сделка по ст. 168 ГК будет квалифицирована либо как оспоримая, либо как ничтожная. И причем тут добросовестность?

**— То есть легализация обусловленного исполнения по большому счету не влияет серьезным образом на признание потестативных условий? Может ли практика воспринять это негативно с точки зрения в том числе мнимости?**

— Смотрите, недействительность сделки увязали с эстоппелем и принципом добросовестности. Но ведь правовой механизм принципа эстоппеля базируется не на надеждении добросовестной стороны правом на признание потенциально ничтожной сделки действительной, а на лишении недобросовестной стороны права на предъявление иска о недействительности сделки в случае, когда ее условия полностью или частично испол-

нены контрагентом. Для самого принципа эстоппеля не имеет значения, произведено ли такое исполнение добросовестной или недобросовестной стороной сделки. Главное, что оно произошло, ведь действия по исполнению свидетельствуют о законченности волеизъявления лица. Поэтому когда говорят, что принцип эстоппеля есть конкретизация принципа добросовестности, я задаю вопрос: при чем здесь принцип добросовестности? Важно другое. Применение эстоппеля не связывается ни с оспоримостью, ни с ничтожностью сделки. Исцеление сделки происходит на основании молчаливого либо активного подтверждения контрагентом действительности ее условий. Конвалидация не наступает, например, в случаях, когда договор может быть признан недействительным по ст. 178 ГК, т.е. под влиянием существенного заблуждения, или по ст. 179 ГК — под влиянием обмана, насилия, угрозы или неблагоприятных обстоятельств.

Кроме того, не вполне понятна позиция Верховного Суда, отраженная в п. 7 упомянутого мною Постановления Пленума ВС РФ № 25. Там отмечено, что если сделка явилась результатом злоупотребления правом, то ее можно признать недействительной по основаниям ст. 10 и 168 ГК. Никто не отрицает, что злоупотребление правом означает нарушение запрета, установленного законом (ст. 10). Но ведь согласно общему правилу ст. 168 ГК сделка, противоречащая закону, теперь квалифицируется как оспори-мая, если законом не предусмотрены иные последствия нарушения его требований, не связанные с недействительностью сделки. А ст. 10 как раз и предусматривает иные последствия в виде отказа в защите субъективных гражданских прав, не связанные с признанием сделки недействительной. Непонятно, на каком же тогда основании Верховным Судом установлено, что такие сделки признаются недействительными по ст. 10 и 168 ГК либо по ст. 10 и 170 ГК?

**— Как бы Вы оценили Постановление Пленума ВАС РФ о свободе договора и ее пределах<sup>5</sup>? Считаете ли Вы удачной идею о необходимости телеологического толкования норм и об оценке диспозитивного либо императивного характера судом исходя из сущности нормы?**

— Споры о свободе договора и ее пределах в цивилистике ведутся давно. Но в практическую плоскость, да еще на уровень ВАС РФ, они были вынесены впервые. На мой взгляд, Пленум сделал немало революционных выводов. В частности, центральной идеей стала мысль о том, что при разрешении споров важно опираться прежде всего на смысл правовой нормы, ориентироваться на саму ее суть и цель предусмотренного ею регулирования, а не только на законодательную формулировку. Очевидно, стал меняться подход к толкованию условий договора, выходя за рамки буквального понимания норм права. Я думаю, что такой подход оправдан, поскольку гражданское законодательство несовершенно в первую очередь с точки зрения юридической техники: формулировки норм не всегда удачны. И если суды при рассмотрении дел будут исходить из дословного понимания закона, то решения могут оказаться несправедливыми. Кстати, на Западе уже давно признается, что в определенных случаях отступление от буквы закона, от грамматического толкования нормы в пользу духа закона вполне возможно.

По моему мнению, интересные выводы сделаны и в отношении разрешительных и запретительных норм. Пленум ВАС РФ последовал примеру европейского права и указал критерии признания норм запретительными: если они содержат явно выра-

<sup>5</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах».

женный запрет на установление соглашением сторон иного правила и если, исходя из целей законодательного регулирования, это необходимо для защиты особо значимых охраняемых законом интересов слабой стороны договора, например в сделках с потребителями. При отсутствии оснований признать норму запретительной суду остается только признать ее разрешительной. До принятия Постановления разрешительные нормы в большинстве случаев опознавались по фразе «если иное не предусмотрено договором». Сейчас все намного сложнее, поскольку в п. 3 появились эти критерии запретительности и необходимо грамотно их применять. При возникновении спора о характере нормы суд должен указать, каким образом существо законодательного регулирования, необходимость защиты тех или иных интересов или недопущение грубого нарушения баланса интересов сторон определяют императивность нормы либо пределы ее диспозитивности.

Пленум ВАС РФ предусмотрел и новые ориентиры для использования ограничительного приема диспозитивности или императивности норм договорного права.

Считаю, что реализация Постановления о свободе договора на практике может вызвать определенные сложности, поскольку истолковать норму с учетом целей законодателя смогут только специалисты — судьи и грамотные практикующие юристы. Для других лиц, как мне кажется, это может оказаться затруднительным. В самом деле, с одной стороны, Постановление дает судам механизм для более точного и индивидуализированного подхода в разрешении споров. Но с другой стороны, от судей потребуются больший уровень квалификации для принятия справедливого решения, поскольку пределы судебного усмотрения расширятся.

В любом случае это Постановление отвечает принципу справедливости и безусловно носит прогрессивный характер, поскольку снимает порой неоправданные ограничения свободы договора.