На вопросы редакции журнала «ЗАКОН» отвечает ординарный профессор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» кандидат юридических наук
Антон Александрович ИВАНОВ

Профессор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», научный руководитель факультета права НИУ ВШЭ, член Ученого совета НИУ ВШЭ; председатель Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (2005–2014) в отставке, член Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте РФ. Награжден медалью Анатолия Кони (июль 2005), почетным званием «Заслуженный юрист РФ» (2009), а также орденом «За заслуги перед Отечеством» III степени (2012), медалью Столыпина П.А. II степени (сентябрь 2015).

МЫ ДОЛЖНЫ ЕЩЕ ПРОЙТИ ЭТАП КОДИФИКАЦИИ В ПУБЛИЧНОМ ПРАВЕ

— Вы известный ученый в области частного права. Почему Вас привлекает публичное право?

— Действительно, хотя я занимаюсь частным правом и в основном им, вопросы права публичного постоянно меня мучают — не только потому, что в последние годы они сделались весьма актуальными, но и по причине их важности для темы, которой я некогда занимался: я имею в виду общее понятие права собственности и связанные с ним вопросы. Испокон веков публичное и частное применительно к праву собственности перемешивались. Например, в Великобритании верховным собственником земель является Корона, но, на мой взгляд, это не отношения собственности, а, как это называлось в старой литературе, отношения территориального верховенства, или, выражаясь языком римского права, *imperium eminens*. Похожая ситуация была у нас в советский период, когда землю в первую очередь рассматривали как территорию, а не как

Loaded: 12-07-2025 AMt 10:36:45

земельный участок — объект гражданского права. В данном случае фактически имелась в виду публично-правовая категория. Да и французская доктрина публичных вещей основана на смешении частного и публичного права, а истоки она берет в праве римском, где публичные вещи — это вещи, имеющие особое регулирование: для них есть специальные нормы, отличные от обычных частноправовых норм, хотя природа отношений с экономической точки зрения у тех и других одинакова. Можно сказать, есть исконные, традиционные, вечные вопросы соотношения права частного и публичного, и есть проблемы, современные, наносные, обусловленные конкретным этапом развития права, который мы переживаем. Они часто друг с другом переплетаются, и иногда трудно разобраться, что наносное, а что вечное.

— В 2017 году вышла Ваша статья «Проблемы публичного права России: взгляд со стороны»[1]. Изменилось ли с того момента Ваше мнение о том, что у нас частное право развивается стабильно, а основные правовые проблемы сосредоточены в публичном праве?

— Сейчас уже, наверное, нельзя ставить вопрос о стабильности развития частного права и нестабильности публичного, потому что на сегодняшний день, особенно в последние два года, публичное право очень сильно вмешивается в традиционные частноправовые отношения. Понятно, что в условиях санкций и ответов на них традиционные частноправовые институты подвергаются воздействию публичного права. Взять хотя бы получение согласия правительственной комиссии на совершение сделок с активами недружественных государств. Это, несомненно, не частноправовая по своей природе норма, поскольку в частном праве должна существовать свобода инвестиций и свобода распоряжения их результатом, а здесь и то и другое ограничено или сведено к нулю для известной категории лиц. Подобная интервенция имеет место не только у нас, но и в других странах, которые так же поступают в отношении активов нашего государства, лиц и граждан.

— Это общемировое явление?

— Мне кажется, да. Я до конца не понимаю, это новая реальность или какой-то конкретный этап, который мы переживем и через какое-то время о нем забудем. Например, непонятно, что сейчас происходит с режимом ВТО. Мы столько сил потратили на то, чтобы вступить в данную организацию, а теперь одни ее члены, упрекая других в несоблюдении правил ВТО, сами их нарушают. И бессмысленно определять, кто тут первый начал. Получается, что правила о ВТО перекрываются экстраординарными односторонними мерами разных государств, которые в прежней истории были очень кратковременными. Обычно санкции вводились перед войнами, а когда заканчивались войны, то и санкции отменялись. А нынешняя ситуация длится уже столько лет…

— Знаменитые санкции Джексона — Вэника длились около 40 лет.

— Да, их при Обаме отменили в 2012 году. Сколько будут держаться текущие санкции — непонятно. Сейчас такой этап, о котором трудно сказать, что частное право стабильно, а публичное находится в состоянии хаоса. Нынче этап экспансии публичного права в частноправовую сферу. Здесь, конечно, надо исходить из того, что объективно экспансия возможна, но если она противоречит природе отношений, то долго это продолжаться не может. Отношения будут меняться, искажаться, в итоге зачахнут, их придется каким-то образом реанимировать и отменять публичные методы. Вся история СССР была основана на том, что публичные методы интенсивно применялись в частноправовой сфере. Известно, чем это закончилось. Я надеюсь, что такая экспансия ненадолго.

Еще мне кажется важным, чтобы было четкое понимание того, что это действительно экспансия публичного права в частноправовые отношения, что это временное явление, ограниченное по срокам, а не объективно обусловленный соответствующими отношениями метод. Надо смотреть на всю ситуацию открытыми глазами. Но если мы начнем считать, что это соответствует реальной природе отношений, то здесь нас подстерегает опасность.

— Пока, кажется, никто из серьезных ученых так не считает. Если в советское время была целост-

[1] *Иванов А.А.* Проблемы публичного права России: взгляд со стороны // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 2. С. 46–59.

Loaded: 12-07-2025 AMt 10:36:45

ная идеология, неприязненная ко всему частному, то сейчас подобной идеологии не прослеживается, а все делается реактивно, ситуативно, в ответ на какие-то конкретные раздражители.

— Я согласен. Понимаете, ведь основной советской конструкцией, которая обосновывала вмешательство публичного права в частноправовые отношения, была так называемая доктрина осуществления гражданских прав в соответствии с их назначением в социалистическом обществе. А назначение определяла коммунистическая партия. Понятно, что все это постоянно сопровождалось искажениями в праве, аномальными явлениями. Сейчас у нас, на мой взгляд, четкой доктрины нет, но, как пример экспансии, есть постоянное огульное применение принципа добросовестности в частноправовых отношениях — тоже своеобразный способ вмешательства публичного права в частное. С одной стороны, сторона заявляет о недобросовестности контрагента, суд ей внимает и корректирует отношения. Но что это означает по сути? Начнем с того, что суд может применять добросовестность по своей собственной инициативе. Я считаю, что из частного права это не вытекает, это чисто публично-правовая норма, и она навеяна в значительной мере той самой советской доктриной. Но только у нас общество уже не социалистическое, идеологии нет, теперь права осуществляются в том их предназначении, которое определяется ситуативно конкретными государственными органами. Такой подход лишь сильнее снижает правовую определенность, поскольку в советские времена было понятно, что запрещено. А сейчас непонятно. По статистике требование о признании поведения ответчика или истца недобросовестным заявляется чуть ли не в половине дел. Согласитесь, это довольно странно. Я считаю, что принцип добросовестности в частном праве — это социализм чистой воды.

— **Будь Ваша воля, Вы бы этот институт отменили вообще?**

— Во всяком случае, я считаю, что нужно прекратить огульное использование категории добросовестности при рассмотрении конкретных дел.

— **А как это сделать?**

— Давно уже есть соответствующие рекомендации — например, использовать принцип добросовестности только при рассмотрении экстраординарных дел высшими судами, т.е. лишь ВС РФ может использовать его, да и то в узком перечне случаев, и не применять его без заявления стороны. Я бы прекратил ссылаться на тандем, который сейчас очень популярен и который открылся как ящик Пандоры, — признание недействительности сделки по ст. 10 и ст. 168 ГК РФ. Статья 10 не годится в качестве основания для применения ст. 168. Иными словами, даже при нынешнем подходе можно снизить вмешательство публичного права в частное через категорию добросовестности. Еще один аспект, который я хочу подчеркнуть в вопросе экспансии публичного права, — это активная роль суда. Последнее время ВС РФ в своих пленумах продвигает данную идею, толкуя нормы ГК в том духе, что, хотя воля стороны в приоритете, суд может и по своей инициативе применить какие-то неблагоприятные последствия для стороны. Но суд — так или иначе орган государства.

— **Как Вам кажется, почему продвигается такая идея? Это какой-то тренд?**

— Это не новая идея. Активная роль суда — еще советский подход. Потом его восприняли и суды стран Европы, и Великобритании, кстати. Я хорошо помню, как английские судьи на разных мероприятиях говорили, что это очень важно — активная роль суда, что принцип состязательности — это плохо и дорого. Но нужно понимать, в каких условиях мы говорим об активной роли суда. Одно дело, если судебная должность, почетная, стабильная, хорошо оплачиваемая, уважаемая в обществе. Очень важно, чтобы люди соглашались с мнением судьи в силу его авторитета. Другая ситуация, когда суд не вызывает большого доверия у общества и принимает решения произвольно. Это ключевой момент, потому что когда мы говорим о применении немецкого или английского права в наших условиях, надо понимать, кто его будет применять и в каких условиях оно будет действовать. Многие иностранные правовые конструкции у нас просто не работают, так как социально-экономическая обстановка у нас иная. То же самое и в отношении судов. Я считаю, что сейчас не нужна активная роль суда, что принцип состязательности должен превалировать в данных отношениях, но это тренд. Такая активность имеет много проявлений в частноправовой сфере — не только в применении института добросовестности, но и при

Loaded: 12-07-2025 AMt 10:36:45

необоснованном снижении неустойки по ст. 333 ГК РФ, например.

Еще один аспект, на котором я бы хотел остановиться, — восполнение высшими судами пробелов в публичном праве путем применения гражданско-правовых конструкций. Этот ошибочный подход заложен и в законодательных актах. Например, НК РФ устанавливает, что понятия и термины других отраслей могут применяться в налоговом праве. Таким образом, совершается подмена понятий, поскольку частное право основано на принципе общего дозволения, а публичное право — на принципе разрешения, и в нем нельзя восполнять пробелы путем расширительного толкования. Получается, что наши суды по налоговым делам заимствуют конструкции гражданского права в части ответственности, возмещения убытков, например. На мой взгляд, подобное заимствование неправомерно. Есть санкции, предусмотренные НК, только они и должны применяться, никаких других санкций из ГК применяться не должно. Можно возразить, что в таком случае нарушение останется без реакции. Но если что-то забыли при написании закона, то извините. Да, кто-то уйдет от ответственности на данном этапе, но в любом случае расширительное толкование публичных обязанностей ни к чему хорошему не приведет. У нас еще держится УК в этом отношении с его принципом *nullum crimen sine lege*, а в остальных сферах все достаточно размыто. И отчасти высшие суды за это несут свою долю вины — им следовало бы в данной ситуации придерживаться позиции «нет соответствующих положений в законе — санкции принимать не можем». Это было бы правильное соотношение между частным и публичным правом. А в Налоговом кодексе нужно было написать ровно наоборот: для толкования *не могут* применяться понятия, определения и термины из гражданского, семейного, трудового права и т.д. Если какие-то понятия не могут быть истолкованы однозначно, то публично-правовой обязанности не возникает.

— Законодателю пришлось бы поработать, конечно…

— А что делать? У нас и так избыточное количество законов, а мы все равно восполняем пробелы за счет судебного толкования и расширительного понимания норм публичного права.

— Вы говорите, что для частного права дозволение — наиболее характерный метод. Но, кажется, оно имеет такой же разрешительный характер: вначале законодатель должен определить, что именно дозволено. Может быть, надо посмотреть на страны общего права, где частное право, скорее, основано на запретах, а все, что прямо не запрещено, есть область свободы, область частного права? Запреты же формулируются через судебные прецеденты. Можно ли так провести различие между частноправовым методом в континентальной системе и общем праве?

— Мне кажется, что англосаксонское право вообще развивалось в условиях ограниченного публично-правового регулирования, оно не было системным. В Англии же не было полицейского права, как в Пруссии, Германии, там право фактически развивалось как частное из естественных источников. У нас публичное право развивалось как насаждаемое со стороны государства, и поэтому здесь всегда был риск экспансии. Вообще, применение разных методов к соответствующим отношениям — наверное, главная проблема сейчас в соотношении права частного и публичного. Я об этом писал еще в 2017 году[2].

— Можете ли сформулировать для непонимающих, чем важно установление границ между частным и публичным правом с точки зрения жизненной практики? Отнесение того или иного института к частному или публичному праву какое имеет судьбоносное значение, чем оно чревато?

— Я сторонник концепции М.М. Агаркова, согласно которой частное право — сфера свободы, оно ее гарантирует и предоставляет, и это его объективное свойство. Публичное право в таком смысле антипод частного права, оно свободу ограничивает, вот почему это важное деление, его игнорировать нельзя.

— Вы писали, что нам придется пройти стадию полицейского права. Что это за стадия?

— Я всегда считал, что в дореволюционной литературе любое административное, публичное право называли полицейским. У меня несколько иная трак-

[2] *Иванов А.А.* Указ. соч. — *Прим. ред.*

Loaded: 12-07-2025 AMt 10:36:45

товка этого понятия. Мы еще не достигли стадии, когда публичным правом зарегулировано все то, что нуждается в регулировании. Есть много сфер, где вообще нет правовой определенности, зато есть произвол — делаем, что хотим. В этом смысле надо еще взвесить, что лучше — жесткая зарегулированность или произвол, когда кто-то по своему усмотрению решает те или иные вопросы. Считается, что прусское право было именно таким, т.е. зарегулированным, включая регламентацию количества пуговиц, способов составления бумаг и т.д. Впоследствии зарегулированность постепенно смягчали. Мы еще не достигли нужного уровня зарегулированности, но движемся к нему. Потом будет следующая задача — дерегулирование. Хотя уже сейчас можно услышать призывы заниматься дерегулированием, но хочется уточнить: а на какой основе? Допустим, мы что-то дерегулируем. Это возможно только на базе появления общих норм, касающихся публичного права. Но вначале еще надо установить общие нормы — принципы и общие подходы. Еще со времен моей учебы в университете обсуждалось принятие закона об исполнительно-распорядительной административной деятельности. Сколько лет это обсуждается, и ничего не принято. Второй пример, который актуален для пояснения: давно говорят о принятии закона о законах, и где он? Его нет. Мне кажется, что на данном этапе государство должно дойти до такого уровня самоограничения, чтобы оно хотя бы соблюдало те правила, которые само же и установило. Только их нужно сначала установить, а потом соблюдать. Вот тогда будет по-настоящему полицейское право.

— То есть нам еще предстоит войти, а потом выйти из него?

— Да. Если говорить об установлении правил, давайте посмотрим, сколько у нас сейчас, например, регламентов деятельности административных органов? Говорите, что они порой стереотипны, повторяют друг друга? Хорошо, но ведь в каждом свои особенности. Тексты их, может, и одинаковые, но сферы деятельности разные и результаты принятия регламентов разные. Поэтому мы должны еще пройти этап соответствующей кодификации в публичном праве. Пока максимум, на что мы сподобились, — КоАП, а на кодификацию общего административного права мы так и не вышли до сих пор. Дерегулирование в отсутствие общих принципов повлечет просто отмену некоторых актов, но тут же и принятие множества других в разных сферах, и они не будут иметь никакого отношения к общим принципам.

— С кого мы могли бы взять пример в области кодификации публичного права? На какие образцы в плане создания общих принципов, прохождения через стадию полицейского права могли бы ориентироваться? Ведь речь явно не идет про изобретение велосипеда.

— Многие коллеги ориентируются на немецкое право в сфере цивилистики, а немецкое публичное право не хуже. Но оно вряд ли нам подходит. Проблема, я думаю, в национальном менталитете. У большинства наших граждан нет чувства порядка. А раз так, полностью заимствовать то же немецкое право невозможно. Я считаю, что нужно изучать правовые системы стран с более анархичным народом — Италии, Бразилии, Аргентины... Они больше приживутся в наших условиях. Англо-американское публичное право совсем специфично, оно нам не подойдет. В Италии средний срок рассмотрения судебного дела 8 лет, и они подстроили свою правовую систему под эти сроки, ввели промежуточные решения, частичное финансирование на период, пока дойдут до справедливого решения в суде, и т.п. Я думаю, что, скорее всего, нам надо идти по итальянскому пути, а не по немецкому.

— Давайте поговорим про административное судопроизводство. Выделение его в отдельное — это шаг вперед? Он что-то нам дает в части разграничения публичного и частного права?

— Для тех дел, которые традиционно рассматривались в сфере судов общей юрисдикции, это много дает, потому что раньше административные дела были чужды традиционным судам с гражданским или уголовным судопроизводством. Они были пасынками в судах общей юрисдикции. Создание системы самостоятельных административных судов смогло вдохнуть жизнь в данную категорию дел, но при этом возникли и дефекты, связанные с обособленной системой административной юрисдикции. Я это очень хорошо увидел в Италии и некоторых странах, где есть административная юрисдикция и она отделена от гражданской.

Loaded: 12-07-2025 AMt 10:36:45

— Имеются в виду дефекты в судоустройстве?

— Не только. Например, в Италии были вынуждены ряд функций, которые осуществляют судьи по гражданским делам, например взыскание имущественного вреда, компенсаций, передать административным судам, поскольку они рассматривают дела гораздо быстрее. До этого часто возникала такая ситуация: административный суд разрешил дело за два года, а за имущественными последствиями надо было идти в общий суд, а там средний срок рассмотрения — восемь лет. Решили дать административным трибуналам функции гражданских судов для оптимизации процесса. Думаю, мы могли бы использовать этот опыт, разрешить административным судам применять последствия рассмотрения административных дел.

— Как у нас обстоят дела с научной доктриной публичного права?

— Развитие доктрины публичного права у нас дезинтегрировано. Есть некоторые сектора публичного права, которые очень бурно развиваются: налоговое право, отчасти антимонопольное, таможенное регулирование, т.е. сферы, которые близко лежат к экономике. Но с развитием доктрины общего административного права у нас проблемы. Мы до сих пор находимся в том же положении, что и на конец существования Советского Союза. Какого-то прорыва, появления новых концепций не случилось. Я связываю это с тем, что, к сожалению, в последнее время перестали проводиться фундаментальные исследования о природе государства и его функциях. В советское время были разные суждения о государстве, а сейчас мы исходим из того, что есть некая данность и что изучать там нечего, природа явления нам якобы понятна. Из относительно новых концепций в области конституционного и государственного права можно, наверное, вспомнить только концепцию государства всеобщего благоденствия, которую мы заимствовали из Европы 70-х годов прошлого века.

— Если закреплять общие принципы публичного права, то где их нужно закреплять, каким нормативным актом?

— Я бы предложил принять федеральный конституционный закон об общих принципах государственного управления или об основах государственного управления. В этой сфере очень много вопросов, которые требуют решения, помимо закрепления общих принципов. Например, есть разные федеральные органы исполнительной власти, но есть органы с неопределенным статусом, в их числе Центральный банк и Счетная палата, суды как юридические лица или Администрация Президента. Во всех старых моделях считалось, что существует понятие единой казны. А у нас оно осталось? Похоже, что нет. Она дифференцирована на казну субъектов РФ, федеральную и муниципальную, но и внутри уровней нет единой казны. У нас имеются должностные лица, которые могут действовать от имени государства, а могут ли они непосредственно создавать имущественные последствия для казны или специальных органов? Это непростой вопрос. Раньше считалось, что в имущественных отношениях Совет министров не участвует, а участвует Управление делами Совета министров или, еще раньше, Управление делами Исполкома. То есть имущественная сфера и сфера политическая разграничивались. А сейчас мы будем разграничивать или нет? Потому что на сегодня у нас эти полномочия не разграничены до самого верхнего уровня; причем тот, кто принимает политические решения, порождает имущественные последствия, но сам за них не отвечает. Это же нелогичная конструкция. Надо определить, кто будет универсальным ответчиком. Сколько у нас в гражданском праве практики, когда непонятно, к кому предъявлять иски, если надо произвести выплаты из бюджета. Все 30 лет идет перетягивание каната, потому что нет явно выраженной позиции, что вне зависимости от того, кто виноват, платит казна. Так мы и не рискнули сделать то, что сделали римляне 2000 лет назад, хотя Римская империя была огромной, в каком-то смысле больше РФ, если принять во внимание состояние коммуникаций в то время. Допустим, это можно попытаться реализовать в законе о правительстве, но внеправительственные структуры окажутся за пределами данных отношений. Понятно, что это непросто сделать.

— А что насчет судебного прецедента? В какую сторону мы сейчас движемся?

— Я думаю, что сейчас мы повернулись в сторону, противоположную признанию прецедента как источника права. Здесь много разных обстоятельств, связанных с законом о Верховном Суде, его полномочиями и даже самой организацией работы ВС РФ.

Loaded: 12-07-2025 AMt 10:36:45

Важный момент для внедрения прецедента — его авторитетность. Его должен вырабатывать такой орган, который олицетворяет прецедент целиком. Но у нас подобного органа в рамках ВС РФ просто не предусмотрено. Сейчас правовые позиции по гражданскому праву вырабатывает чаще КС РФ. Судебные коллегии ВС РФ, которые рассматривают дела, не представляют Суд в целом. Вторая проблема в том, что есть установка на минимизацию мотивировочной части судебных актов, что исключает формулирование правовой позиции как неотъемлемой части прецедента. Но я не теряю оптимизма и считаю, что в нашей огромной стране, кроме прецедента, другого варианта развития права нет. В наших масштабах просто невозможно в постоянном режиме пересматривать все дела на потоке, если только радикально в организации судопроизводства что-то не поменяется — например, будет использоваться ИИ при рассмотрении дел или состав суда не будет зависеть от места проживания судей, а дела будут рассматриваться онлайн. Вообще, есть два принципа работы высшей инстанции с жалобами: либо мы рассматриваем все дела, либо отбираем лишь некоторые. Если отбираем, то должны сформулировать принцип, по которому производится отбор. Иного не дано. У нас система изначально создавалась не как прецедентная, для нас прецедент вытекает из наличия фильтра, который мы придумали для отбора дел к пересмотру. Наличие фильтра без прецедентных позиций нарушает принцип справедливости и снижает правовую определенность.

— В завершение разговора хочется спросить, что Вы поменяли бы в нашем судоустройстве?

— Я сейчас не буду отвечать, но скажу, что планирую к юбилею расставания с должностью председателя ВАС РФ опубликовать заметки и законопроекты, которые мы с коллегами готовили в 2013 году. Так что вернемся к этому вопросу в следующем году.

Loaded: 12-07-2025 AMt 10:36:45