



На вопросы руководителя проекта «Закон.ру» Владимира Багаева отвечает **профессор Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, судья ВАС РФ в отставке Сергей Васильевич САРБАШ**

ЕДИНСТВЕННЫЙ ДОКТОР ДЛЯ ЗАКОНА — ЭТО СУДЬЯ

Родился 12 июня 1967 г. в Москве.

В 1994 г. окончил МГЮА (ныне — Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)), в 1997 г. — Российскую школу частного права (РШЧП).

С 1996 по 2005 г. — главный консультант отдела анализа и обобщения судебной практики, заместитель начальника управления совершенствования законодательства, с 2005 г. — судья, с 2007 по 2014 г. — председатель судебного состава ВАС РФ.

Стаж работы по юридической профессии свыше 20 лет. Имеет высший квалификационный класс судьи.

Начальник отдела общих проблем частного права Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ.

Доктор юридических наук, профессор. Автор более 100 научных трудов по гражданскому праву.

— Сергей Васильевич, в прошлом году Пленум Верховного Суда РФ принял сразу два крупных документа, посвященных толкованию новелл Гражданского кодекса в сфере обязательственного права: об ответственности за нарушение обязательств¹ и об общих положениях об обязательствах и их исполнении². Можно ли сказать, что все основные проблемы обязательственного права получили свое разъяснение и сейчас остаются только точечные вещи?

¹ Постановление Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» (далее по тексту — Постановление № 7).

² Постановление Пленума ВС РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» (далее по тексту — Постановление № 54).



— Разрешить основные проблемы даже двумя такими относительно обширными разъяснениями невозможно в силу того, что этих проблем, особенно если смотреть на них как на практические аспекты нашей гражданской-правовой юриспруденции, очень много. Разрешить все не удалось, но и сказать, что у нас есть какие-то фундаментальные провалы в обязательном праве, которые требуют срочного заполнения, теперь нельзя, поэтому верной будет такая формулировка: нам приходится заниматься скорее тонкой настройкой.

— А что еще предстоит сделать? Может быть, какая-то отдельная область пока не получила достаточного развития?

— Если говорить об общих положениях об обязательствах, то, наверное, есть вопросы, которые действительно редко затрагиваются, например множественность лиц в обязательстве. Пленум лишь чуть-чуть коснулся этого вопроса, но там действительно остается много темных пятен и концептуальных моментов. Кстати, и Высший Арбитражный Суд в свое время тоже не уделял особенного внимания этой теме. Да и я сам в своих лекциях, связанных с исполнением обязательств, которые я читаю уже много лет, все время пропускаю эту часть как неактуальную. На самом деле там есть много очень интересных и сложнейших фундаментальных вопросов, что видно, например, из некоторых публикаций, в том числе немецких юристов.

— В первую очередь, наверное, вопросы солидаритета?

— Солидаритета, распределения рисков между участниками этой множественности, о видах этих отношений и т.п. Эта область у нас фундаментально не разработана, и внутри континентального права мы совершенно не совпадаем в ряде вопросов, допустим, с немцами. Скажем, у нас считается, что солидарное обязательство — это одно обязательство с множественностью лиц. А в немецком праве это несколько обязательств, смотря по числу лиц.

Можно привести еще немало других примеров. Недавно на эту тему была опубликована статья

С. Майер, которая поставила много интересных вопросов³.

— Какая из названных моделей солидарного обязательства, на Ваш взгляд, имеет больше преимуществ?

— Надо сказать, что преимущества той или иной модели неочевидны, есть аргументы в пользу и той и другой. Даже среди немецких правоведов ведутся серьезные дискуссии, какая из моделей лучше. Впрочем, в немецком праве никогда единогласия не бывает, это мы привыкли к тому, что никто вопросы не ставит; занимаемся в основном дидактикой.

Если говорить о том, какие еще фундаментальные проблемы есть в обязательном праве, то сейчас, очевидно, будет развиваться сложнейшая тема, связанная с синаллагматическими отношениями и допустимостью их распространения на те же реституционные отношения: можно или нельзя нам, в принципе, двигаться в направлении того, чтобы применять здесь так называемую обратную синаллагму.

— Пока что стороны при применении последствий недействительности сделки не связаны взаимным предоставлением.

— Да, поэтому мы видим несправедливую ситуацию, когда, предположим, по требованию одного из участников недействительной сделки суд присуждает ему взыскание и его можно реально исполнить, потому что у другой стороны есть какое-то имущество. А взыскать хоть что-то с самого этого участника невозможно, потому что у него никакого имущества нет. Кажется совершенно несправедливым, что здесь синаллагматическая связь не представлена. Но в реальности закон сейчас позволяет за счет новой нормы (п. 3 ст. 307.1 ГК) обосновать, что положения о синаллагме, т.е. ст. 328 ГК РФ, должны распространяться и на отношения, связанные с реституцией.

³ Майер С. Множественность должников в европейском договорном праве // Вестник гражданского права. 2014. № 3. С. 213–279.

Но дальше мы выходим за рамки обязательственного права и направляемся в область публичного, процессуального, права, которое должно обеспечивать реализацию при реституции синаллагматических эффектов на практике. В немецком праве этот вопрос уже давно решен — там действует формула *Zug um Zug* (шаг за шагом), и синаллагматический эффект обеспечивается на стадии исполнения судебного акта государственным органом (в нашем правовом порядке это пристав-исполнитель). С немецкой педантичностью там все урегулировано на процессуальном этапе, в отличие от нашего правового порядка.

Как мы знаем, материальное право неэффективно без процессуального, они тесно связаны между собой. У нас же получилось так, что группа цивилистов работает над своими законами, над материальным правом. А процессуалисты — это другая зачастую совершенно изолированная группа, и они практически не корреспондируют друг с другом. Например, в России есть блестящие ученые-процессуалисты, но среди них не так много людей, которые занимаются материальным правом.

— Есть мнение, что хороший процессуалист не может не знать материального права.

— Да, но вот так у нас повелось, что взяли и как-то разорвали эти отрасли, и очень многие ученые, позиционирующие себя как процессуалисты, не всегда тонко чувствуют проблемы материального права.

— Сейчас как раз идут разговоры о разработке единого Гражданского процессуального кодекса. Можно было бы воспользоваться этим шансом и увязать вместе процессуальное и материальное гражданское право.

— Такой шанс есть всегда, но его реализация зависит от того, кто организует процесс в широком смысле этого слова. Если он понимает эти вещи, то должен стараться вовлечь в рабочую группу крупного, сильного специалиста в области гражданского материального права. Может быть, и не одного.

|| Материальное право без гармонии с процессуальным беспомощно, а процессуальное, соответственно, бессмысленно.

— Вы имеете в виду уход в сторону чисто судебной процедуры при урегулировании процессуальных отношений?

— Да. Поскольку в подобных рабочих группах очень часто большую силу имеют отраслевые авторитеты — представители судебной власти, судебных приставов, они за счет своего субъективного взгляда просто перекашивают правовые решения в одну сторону, дают какие-то преференциальные концепции, исходя из своего узко профессионального видения. Как сказал Козьма Прутков, «специалист подобен флюсу: полнота его односторонняя».

Приведу пример, свидетельствующий о том, насколько важно учитывать материальное право при раскрытии процессуальных вопросов. М.А. Ероховой, прекрасному цивилисту, довелось в свое время заниматься исследованием вопросов исполнения судебных актов, и в РШЧП она читает лекции, связанные с исполнительным производством. Некоторые студенты были очень удивлены содержанием этих лекций, потому что они-то ждали исключительно процедурную часть — сроки производства, возбуждение, прекращение производства и т.п., — а столкнулись с тем, насколько процессуальные институты зависят от решения материально-правовых вопросов: у кого собственность, кто отвечает за убытки, и массой других абсолютно гражданско-правовых проблем. Это говорит о том, что в процессуальной сфере очень много чисто материально-правовой проблематики.

— С этой точки зрения очень показательна одна из проблем, которую М.А. Ерохова тоже затрагивала в своих публикациях и которая очень актуальна в связи с существованием норм о так называемом судебном залоге. Речь о том, что происходит в случае отчуждения вещи, которая попала под судебный залог, например, и в отношении которой принято решение о возврате. Что происходит в случае ее отчуждения третьему лицу, после того как процесс состоялся? Процедура должна продолжаться в рамках процессуального правопреемства или нужно инициировать новый процесс в рамках иска о vindicatio, если идет речь об исполнении обязательства передать индивидуально-определенную вещь? Что Вы думаете по этому поводу?

— Может быть, здесь просто пытаются обосновать разные модели. И это как раз пример того, что неочи-



данные законодательные решения, которые не прошли широкого обсуждения, вызывают вопросы: к какой модели мы в результате склонимся? Защита интересов кредиторов может строиться с опорой на различные традиционные концепции. Например, когда речь идет об отчуждении той или иной вещи во вред другим кредиторам должника, встает вопрос об использовании Паулианова иска, хорошо известного нам из римского права, и вполне можно было бы выстроить отношения через него.

— **Имеется в виду иск залогодержателя?**

— Там никакого залога не нужно. Римляне, а в последующем европейские юристы вполне обходились и без залога в техническом смысле. Когда мы говорим о некоем генеральном залоговом праве, нужно понимать, что это игра слов. Это просто термин, отражающий известный принцип, согласно которому должник отвечает всем своим имуществом, не более того. Никакого залога как преимущественного права на удовлетворение своих требований там нет. Вот и Паулианов иск тоже воспринимался по-разному. Не так давно, перечитывая М. Планиоля, я вдруг увидел, что принятое незадолго до этого известное решение Верховного Суда⁴ постановлено в соответствии с его воззрениями на Паулианов иск. Я был просто удивлен. Я имею в виду фрагмент, в котором М. Планиоль обращает внимание на то, как французская модель Паулианова иска отличается от римской модели, потому что в римской модели, по его мнению, этот иск предъявлял кредитор в интересах всех других кредиторов. А во французской модели этот иск шел на пользу лишь тому кредитору, который его предъявил, а также тех, кто присоединился к нему. Но не всем.

— **А предметом иска является реализация какого-то конкретного имущества?**

— Да. И дальше мы видим развилку этих разных моделей. По Планиолю, это имущество не возвращается в конкурсную массу должника и признается по-прежнему принадлежащим тому, кому оно ушло от должника, — третьему лицу. А у нас принята другая модель, похожая на Паулианов иск, которая рас-

сматривает такие сделки как недействительные и предполагает возврат вещи в имущественную массу должника. Естественно, здесь по-разному распределяются риски банкротства. Если банкрот — должник, к которому в массу вернулась вещь, значит, кредитор из этой конкурсной массы и будет удовлетворять свои требования по правилам соответствующего правопорядка. А если же это имущество находится в массе третьего лица и не возвращается и это лицо не является несостоятельным, то такое имущество не затрагивается банкротством.

Обычно имущество выводят не на банкротов, а на состоятельных лиц. И вот здесь мы видим, насколько по-разному будут защищаться права кредитора в зависимости от того, какая модель у нас избрана. Особенность дела, о котором я говорил выше и которое недавно стало предметом рассмотрения Верховного Суда, заключалась в том, что там отчуждение имущества третьему лицу затрагивалось лишь гипотетически, с целью обоснования ограничительного толкования п. 5 ст. 334 ГК, посвященного судебному залогу.

Верховный Суд избрал небесспорную модель, которая сводится к своего рода «несовершенному залогу», сохраняющему право следования в случае отчуждения арестованной вещи, но лишеному подлинного преимущества. Это очень необычная конструкция. Поэтому я думаю, что этот подход будет подвергаться критике с теоретических позиций.

— **Взгляд Верховного Суда как раз предполагает, что имущество не возвращается в массу первоначального должника.**

— Да, как я и говорил, возможно, он пошел по модели, похожей на описание Планиоля. Правда, последний рассматривал Паулианов иск, а не судебный залог.

— **Мне кажется, что для этого есть нормативное основание по ст. 174.1 ГК РФ. Это корректно?**

— Да, но все зависит от того, как толковать эту норму. Вернее, даже не эту, а п. 5 ст. 334 ГК. Если его толковать лишь как добавок к ст. 174.1, что, собственно, и сделал Верховный Суд, то получается, что у кредитора нет преимущества перед другими лицами.

⁴ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 27.02.2017 № 301-ЭС16-16279 по делу № А11-9381/2015.

— Вы имеете в виду преимущество в отношении ценности?

— Да. Верховный Суд создал такой «усеченный залог», где нет преимущества, а есть лишь право следования. Вот всё, что он сделал с судебным залогом.

И тут открывается уже другая тема для обсуждения: насколько вообще справедливо, независимо от того, было имущество или нет, давать преимущество такому кредитору, который арестовал вещь для себя перед всеми другими кредиторами? По этому поводу ведется большая дискуссия в современной периодике, в нашей юридической литературе. Одни считают, что это справедливо, другие — что несправедливо. Естественно, приводится очень много аргументов в пользу обоих подходов. В рамках интервью сложно их все обсудить, но, например, многие действительно считают такое преимущество несправедливым, потому что оно им представляется случайным и экономически необоснованным. А случайным оно кажется оттого, что невозможно обосновать, почему возникает преимущество у одного. Возьмем двух кредиторов, которые одинаково активно защищают свои права (а само преимущество пытаются обосновать той простой и всем известной идеей, что право защищает активных и не потворствует беспечным). Однако сторонникам преимущества сложно провести такой взгляд системно, потому что сразу представляется ситуация, когда эти два кредитора, столкнувшись, например, в канцелярии арбитражного суда, одинаково активно пытаются защищать свои права, но потом один из них почему-то вырывается вперед по времени и получает преимущество перед опоздавшим, который при этом становится опоздавшим не потому, что действовал неактивно, а потому, что, допустим, рассматривающий его дело судья заболел, экспертизу назначили, в силу каких-то еще совершенно случайных обстоятельств, возникших в его деле. Соблюдается ли здесь принцип равенства? Каждый из них был достаточно активен по защите своего права. Конечно, это порождает ощущение несправедливости. А противники такой точки зрения говорят, что нет, это справедливо, потому что арест, хотя и идет на пользу одному из кредиторов, все равно больше сохраняет массу. Раз кто-то из кредиторов в свою пользу разрешил дело, сохранив имущество, то справедливо дать ему преимущество, потому что он тем самым не будет отнимать оставшуюся имущественную массу, предназначенную для других. И его

преимущество в конце концов идет на пользу и другим кредиторам тоже. Но здесь, конечно, количественные пропорции начинают беспокоить, потому что ситуации могут быть совершенно разными. И такой вот простой подход оказывается недостаточно тонким, негибким.

— Особенно если учесть, что получить преимущество может дружественный кредитор.

— Конечно. Это еще один аспект, который усложняет ситуацию.

Мы говорим, что все действуют добросовестно, но это идеальный мир, в котором мы жить никогда не будем, к сожалению. А может, и к счастью. А в реальном, неидеальном мире будет еще и злоупотребление. Разобраться с одним злоупотреблением, конечно, проще, потому что его всегда можно юридически опорочить соответствующими средствами — запретом на злоупотребление правом, недействительностью сделок и т.д. Другое дело, когда злоупотребления становятся массовыми и в связи с этим от них очень сложно защищаться. Наверное, именно поэтому в обществе, где уровень недобросовестности участников гражданского оборота очень велик в силу низкой культуры, низкой нравственности, начинают возобладать грубые решения, решения *ex ante control* — просто запреты.

— По этой причине обширной критике подвергаются поправки в ГК, внесенные в ходе реформы в качестве неких альтернатив инструментам английского договорного права. В связи с этим А.А. Иванов на портале «Закон.ру» даже говорил о неудачной попытке решения задачи по либерализации российского гражданского права, предпринятой в рамках идеи по созданию МФЦ в России. Согласны ли Вы с такими оценками?

— Это очень сложный вопрос. Я бы даже сказал, что он выходит за рамки юриспруденции, потому что, как мне кажется, уровень императивности зависит от нравственного здоровья общества. Чем это здоровье лучше, тем больше диспозитивности может себе позволить общество, не опасаясь негативных последствий такого дозволения. И наоборот: чем менее здорово общество, тем меньше должно быть диспозитивности. Но как обществу научиться нравственности, если все запрещено и ее просто негде взрастить? Ведь нравственность невольника — это не подлинная



нравственность, а покорность от безысходности. И тут возникает вопрос: как же разомкнуть этот порочный круг? Видимо, ничто не растет без давления. Вероятно, надо не спеша, без рывков, постепенно склонять наше право в сторону большей диспозитивности, стараясь при этом сдерживать сопутствующие этому негативные последствия. Иначе мы просто никогда не вырастем.

С одной стороны, можно просто долго ждать, пока наша нравственность настолько повысится, чтобы дать нам свободу. Но, с другой стороны, если не дать свободу, можно вообще не дожидаться никакого повышения нравственности, потому что у нее не будет пространства для роста.

Просто не надо делать это слишком резко. Как любил говорить римский император Август: «Поспешай медленно». Если мы сейчас перейдем на английскую систему права (что, конечно же, невозможно практически), которую, пожалуй, можно назвать одной из самых характерных для максимизации принципов свободы договора систем, то мы рискуем получить массовые злоупотребления, потому что, чтобы реализовать эту систему права, надо вместе с ней также привезти к нам англичан и английских судей. То есть создать английское общество, а это невозможно.

— В свое время ВАС РФ в Постановлении Пленума от 14.03.2014 № 16 начал путь в сторону свободы договора, который сейчас продолжает Верховный Суд. На это Постановление иногда ссылаются, и, в принципе, видно, что ВС РФ представляет его как некую правовую ценность, которую не стоит менять. Но, несмотря на это, как мне кажется, для судов на местах в целом свобода договора пока непривычна.

— Возможно, все дело в том, что судебная практика всегда консервативна просто в силу самой природы суда.

Несмотря на то, что у нас все говорят, что в России нет прецедентного права, очень многие споры, которые возникают в судах (я бы даже сказал, большинство споров), шаблонны с точки зрения правовой модели, которая применяется судом. Суды сталкиваются с рассмотрением огромного количества споров

типа «поставили — не заплатили», «заплатили — не поставили». Собственно, это две наиболее характерные разновидности спора в наших судах. Особой сложности в их разрешении нет, практика налажена, и все суды идут по проторенной дорожке: если судья вчера рассматривал такое же дело, с чего вдруг сегодня он должен решить не так, как он решил вчера? Это же противно здравому смыслу, и поэтому можно сколь угодно говорить о том, что у нас прецедентного права нет, но стереотипность в жизненной деятельности, которая соответствующим образом отражается в юриспруденции, есть и будет. И когда судьи привыкли решать так, а не иначе, они и будут решать так, как привыкли. От того, что появилось Постановление Пленума о свободе договора, люди не стали тут же свободными, но получили надежду ожидать защиты своей свободы от суда.

В нашей системе, где, к сожалению, для судьи нехарактерно ощущение внутренней личной свободы, ему очень важно иметь формальный источник легализации (в широком смысле этого слова) своего поведения.

Кстати, многие коррупционные проявления, которые всем хорошо известны, но часто замалчиваются, могли бы отчасти сдерживаться как раз с помощью постановлений Пленума. Допустим, на судью пытаются оказать давление, а он говорит: «Я не могу не принять позицию Пленума, она для меня обязательна, и противоречащее ей решение все равно отменят». Особенно это эффективно, когда система инстанционности правильно работает, т.е. когда вышестоящие инстанции не закрывают глаза на нарушения нижестоящей инстанции в вопросах единообразия практики. Когда судья не может принять решение, противоречащее постановлению Пленума Верховного Суда, поскольку его отменит вышестоящая инстанция, тогда порядок становится предсказуемым и понятным. И в этом заключается ценность постановлений Пленума в нашей системе, несмотря на то что многие критикуют их за, так сказать, советский душок.

— Существующая модель ведет к тому, что постановления Пленума обладают, по сути, даже большим авторитетом для судьи, чем закон, хотя они нередко просто повторяют формулировки закона. А будет ли у нас работать другая модель, когда Верховный Суд не выпускает постановления

Пленума, а просто принимает отдельные дела к рассмотрению, чтобы создать практику?

— Она у нас и работала. И в некоторых случаях еще продолжает работать, по крайней мере в арбитражных судах. Хотя в последнее время от коллег, друзей, в СМИ я все больше слышу, что суды стали чаще игнорировать в своих решениях выработанные ранее высшими инстанциями правовые позиции. И здесь опять все начинают дискутировать о том, есть прецедент или его нет, хотя эта дискуссия совершенно бесплодна, на мой взгляд. Это же вопрос не прецедента, а конституционного равенства всех перед законом, даже более того: соблюдения одного из главных оснований права вообще — равному за равное, это основы права. Если они не соблюдаются, значит, правовая система глубоко больна. А как обеспечить равному за равное? Ответ дает только закон, но закон бывает неясен, неточен, он может устареть и в целом всегда имеет изъяны.

|| Единственный доктор для закона — это судья, а в ассистентах у него ходит доктрина.

— Подает ему инструменты?

— Да, если применить такое медицинское сравнение. Одного закона мало. Еще Цицерон сказал: «Судья — это говорящий закон, а закон — немой судья». Поэтому мы видим в законе одно, а применяется он совсем по-другому, по совершенно разным причинам.

Приведу яркий пример из прошлого. В законе было сказано о том, что суд может снизить неустойку, если она явно несоразмерна последствиям нарушения обязательств. На каком-то историческом этапе высшие судебные инстанции истолковали эту норму совсем наоборот: должен снизить, а не может. Просто одно слово заменено на прямо противоположное. Получилось, что в законе написано одно, а практика сложилась так, что применяется он по-другому, и профессиональные юристы, все судьи это знают. Как такое возможно? Можно ли было добиться такого единообразия не через постановления Пленума, а через решения, выработку позиций по конкретным делам? Так, в общем-то, происходит в континентальной Европе. Нижестоящие суды там ориентируются на устоявшуюся практику вышестоящих инстанций. Во Франции одна система, в Германии — другая, но общее у них

то, что все смотрят на правовые позиции, как мы их называем, высших судов. И необоснованное игнорирование судьей нижестоящего суда позиции суда вышестоящего воспринимается как дурной тон.

— Тогда встает интересный вопрос о том, что считать изменением устоявшейся практики и какое изменение позиции вышестоящих судов может иметь обратную силу. Если отказаться от такого раздражающего для континентальной системы термина, как «прецедент», и говорить, что вышестоящая инстанция приняла одно решение и потом поменяла свою позицию, то в этом случае следует признать, что устоявшейся практики еще не было и новое решение (новое толкование) имеет обратную силу. Если же была устоявшаяся практика и потом вышестоящая инстанция изменила свою позицию, то предыдущие отношения должны решаться в соответствии со старой практикой.

— Это очень сложный вопрос, и одно время он стоял перед Высшим Арбитражным Судом. Была даже выработана целая система подходов к его решению с помощью Конституционного Суда.

Согласно классическому подходу суд не создает право, а толкует его. Поэтому всякое создание или изменение правовой позиции суда предполагает, что в норме изначально был заложен тот смысл, который нашел в ней суд. Соответственно, суду очень сложно и боязно облачиться в одежды законодателя и поступать так, как поступает законодатель, говоря о том, что принят новый закон и он распространяется на новые отношения. В Высшем Арбитражном Суде обсуждался вопрос о том, что это очень важно, поскольку иногда приходилось буквально резать по живому, ломать все, что было раньше. А для этого надо было разработать адекватный юридический инструментарий, и он был отыскан, появившись сначала в практике, а затем, получив поддержку Конституционного Суда и дальнейшее его развитие, был закреплен в процессуальном законе.

Речь идет об особых оговорках, большинство из которых можно встретить в практике Президиума Высшего Арбитражного Суда и которые заключались в том, что, во-первых, соответствующее решение следует учитывать на будущее, а во-вторых, все, что было постановлено до этого и что еще можно обжаловать по срокам,



должно быть пересмотрено по так называемым вновь открывшимся обстоятельствам, предполагающим в том числе и новые толкования закона. Иначе было бы несправедливо: скажем, одно дело рассмотрено до формирования правовой позиции высшего суда и без ее учета, а другое такое же дело рассмотрено неделей позже с учетом этой правовой позиции. Вышестоящая инстанция рассматривает жалобы и оставляет решения в силе как по одному, так и по другому делу. Где же соблюдение принципа «равному за равное»? Те же дела, которые уже совсем старые и которые невозможно оспаривать, естественно, оспариваться не должны, они уходят в историю. История забирает все давно случившееся с собой, не позволяя задавленному прошлому ворваться в наше настоящее.

Сейчас этот инструментарий, к сожалению, забыт на прочь. То есть он номинально представлен в процессуальном законе, но на практике не применяется.

— Вообще не применяется?

— Теоретически он может быть применен Президиумом Верховного Суда, а судебные коллегии формально компетенции по формированию единообразной практики не имеют.

— Это одна идея: если мы поменяли толкование, то все, что было принято до того, будет пересмотрено в той мере, в которой это возможно. Но была ли представлена раньше другая идея — о том, что если даже мы меняем толкование, то ничего старого не пересматриваем, потому что это новое толкование?

— Да, в редких случаях, особенно в последние годы, Президиум ВАС РФ понимал, что даже малейшее движение назад будет означать массовый слом уже сложившихся отношений и уже рассмотренных дел и что будут обмануты ожидания людей, которые действовали, не зная, что так можно толковать закон. И если предвиделось такое массовое и болезненное последствие, судьи принимали решение, что новое толкование следует использовать в будущем, не трогая прошлого.

— Как мне кажется, эта идея проскальзывает в несколько измененном виде в основе Постановления № 7, где, например, в отношении процентов по

ст. 317.1 ГК РФ сказано, что по договорам, которые были заключены до вступления в силу соответствующих поправок, эти проценты не должны начисляться. Видимо, как раз потому, что это не соответствует разумным ожиданиям сторон.

— Да, но здесь к нам на помощь приходит еще одно известное решение, которое мы знаем из теории права, — это так называемое переживание закона. Есть норма ГК о том, что старые договоры, заключенные до изменения закона, живут по старым нормам. Это и есть проявление в материальном праве той же самой идеи. На самом деле тут нет и никогда не будет идеального решения, потому что здесь заложена определенная философская дилемма. С одной стороны, если сегодня мы считаем, что справедливо так, то почему же не дать эту справедливость тем, кто был лишен ее ранее? Это порождает ощущение несправедливости. С другой стороны, если поступить наоборот, то можно лишиться такой ценности, как стабильность, расчет на прежнее применение. Всем не угодишь, поэтому право мучительно ищет какую-то золотую середину.

Право — живое, оно все время изменяется как по содержанию, так и по толкованию. Идеальный законодатель меняет свое воззрение и старается сделать справедливее сейчас то, что раньше было несправедливым. Так и суд: когда в ходе толкования той или иной нормы он видит, что ее прежнее толкование влечет несправедливость, он ищет способ истолковать ее по-другому, более справедливо. И в этом случае всегда возникает вопрос: распространяется или не распространяется новое толкование на прошлое? Универсального ответа на этот вопрос, как я уже сказал, нет, поэтому Высшему Арбитражному Суду и пришлось выработать такую методику: либо в судебном постановлении особой оговорки вообще нет, либо она есть и тогда она ретроспективна, но при этом не «взламывает» акты, которые уже невозможно оспорить, либо она только проспективна. Возможно, дальнейшее развитие этого инструментария привело бы к еще более тонкой балансировке, выработались бы критерии, отвечающие на вопрос, когда надо принимать соответствующую оговорку. Доктрина рассматривала бы эти вопросы, начала бы формироваться практика. Появились бы какие-то принципы классификации, систематизации подходов, выявили бы закономерности с помощью научных методов, и в конце концов сложилась бы более справедливая система, пусть даже и более

сложная. Но развитие в этом направлении пока остановлено.

— Было бы интересно обсудить это на конкретных примерах. Возьмем норму об эстоппеле, когда сторона не может оспорить сделку или потребовать применения последствий ничтожности из-за того, что она показала своим поведением, что сделка действительна. Можно ли применять такие нормы к договорным отношениям ретроспективно?

— Хороший вопрос. Недавно Верховный Суд принял определение по одному ипотечному спору⁵, в котором нижестоящие суды как раз ссылались на то, что соответствующая норма закона раньше не действовала. И высший суд посчитал, что нижестоящие суды неверно применили этот подход, потому что дело было не в том, что норма новая, а в том, что этот подход применялся в судебной практике и раньше, до изменения законодательства. То есть это был вариант толкования прежнего закона. Теперь закон изменился, причем изменился в соответствии с уже сложившейся практикой, и потому отказ в применении новой нормы неверен и приводит к судебной ошибке.

Если же говорить об эстоппеле, то все мы прекрасно знаем, что по крайней мере в континентальном праве он вырос из того же принципа добросовестности.

Его появление связывают с известным глоссатором Болонского университета проф. А. Ацо. Именно он начертал в глоссах известное правило: *venire contra factum proprium non valet*. И отсюда зародился этот знаменитый и теперь особенно популярный у нас эстоппель, называемый так на английский манер. Немецкий термин *Rechtsverwirkung* у нас не прижился, видимо, он нефонетичен для нашего языка. В литературе, конечно, часто пишут по-латыни, и все сразу понимают, о чем речь, потому что все помнят проф. Ацо. А у англичан столько разновидностей эстоппеля, что не сосчитать. Они же в своей парадигме действуют.

— Но все-таки, если отношения возникли до появления этого принципа в законе, будет ли он на них распространяться?

— Думаю, да, потому что эти якобы новые нормы Гражданского кодекса об эстоппеле — на самом деле некая, скажем так, специализация принципа добросовестности. А раньше эстоппель существовал в рамках общей парадигмы добросовестности.

Добросовестность на практике не бывает абстрактной, она всегда конкретная в конкретном деле. И когда судьи говорят: «Так действовать нечестно, недобросовестно вызвать своим поведением правомерные ожидания у другой стороны, а потом отступить от своего поведения», они как раз и следуют идее *venire contra factum proprium* как запрету противоречивого поведения.

Дальше уже начинаются детали: вот у нас взяли и выбрали по разным подсчетам пять эстоппелей или больше, но все они базируются на одной и той же модели в приложении к конкретной ситуации. Наверное, было бы несправедливо считать в конкретном споре, что лицо действовало добросовестно, потому что на тот момент у нас не было специальной нормы. Зато была общая, на основании которой суд мог бы прийти к такому же суждению о том, что поведение лица недобросовестно. Просто сейчас это стало в чем-то более ясным.

— А если стороны ведут переговоры о заключении договора и одна из них повела себя плохо на стадии переговоров? По действующим правовым нормам это могло бы стать основанием для предъявления иска о возмещении убытков, но если она повела себя так до того, как норма появилась, квалификация будет такой же?

— Да, несмотря на дискуссионность вопроса о природе ответственности на преддоговорной стадии. Сама норма о преддоговорной ответственности в одних правовых порядках трактуется как своеобразная договорная норма, а в других — как деликт, и в странах, где в принципе не отрицается идея генерального деликта (выскажусь осторожно), очень легко обосновать такое притязание, связанное с защитой прав на преддоговорной стадии, через деликт. Однако обосновать его добросовестностью тоже возможно, потому что обязанность вести добросовестную линию переговоров вытекает из общего принципа добросовестности.

⁵ Определение ВС РФ от 24.01.2017 № 301-ЭС16-14179.



— Но этот принцип — это палка о двух концах. С одной стороны, ситуация корректируется с точки зрения справедливости и приведения сторон к более или менее равновесному состоянию, а с другой — принимается то решение, которое хочется судье. Получается, этот принцип может использоваться как причина или способ закрыть дело.

— Я бы сказал, что у феномена добросовестности не две, а гораздо больше граней. Но тут важнее другое: то, что, добросовестность способствует реализации принципа справедливости, потому что наряду с принципом «равному за равное» действует и другой принцип (как учил нас Цельз) — «каждому свое». В моем понимании это внутреннее противоречие права, которое позволяет ему быть живым.

«Равному за равное» по большому счету означает, что закон един для всех. Однако все случаи разные, и надо учитывать все нюансы, и тут уже задействуется принцип «каждому свое». И между этими двумя внутренне явно противоположными концептами живет право.

Правда, тут мы неизбежно сталкиваемся с такой проблемой: с одной стороны, мы даем каждому свое, т.е. решаем справедливо для данного случая, но с другой стороны, мы делаем отношения неопределенными, потому что заранее не можем сказать, как именно судья в данном случае учтет все нюансы и не придет ли он к выводу о том, что то или иное поведение недобросовестно.

Накапливающаяся веками богатая практика, в том числе на континенте, упрощает решение этой проблемы, потому что квалифицированный юрист знает: если ты поступишь так, есть опасность, что суд сочтет твое поведение недобросовестным, а вот иное поведение, напротив, суды никогда не признавали недобросовестным. И мы здесь пока что в самом начале пути, мы только накапливаем опыт. Сколько времени у нас живет идея добросовестности? Я хорошо помню, как лет десять назад (а может, и больше) в Высшем Арбитражном Суде было принято решение провести обобщение практики применения ст. 10 ГК о злоупотреблении правом. Работа была проделана, по ее итогам был подготовлен проект обзора, пришли его обсуждать к заместителю Председателя ВАС РФ В.В. Витрянскому. Обсуждали, обсуждали, и вдруг в какой-то момент стало понятно,

что обзор на самом деле посвящен тому, в каких случаях ст. 10 не подлежит применению. В итоге тот обзор так и не увидел свет, потому что хотелось бы знать, когда эту статью можно применять, а выяснилось, что ориентироваться-то и не на что. Прошло время, и теперь, наверное, редкое дело обходится без размышлений о том, нет ли в нем нарушений добросовестности. Принцип добросовестности настолько многогранное явление, что обращаться с ним следует крайне осторожно и вдумчиво. С точки зрения культурологической, равно как и с позиций юридической методологии, он может обращаться в очень опасную вещь, потому что способен развращать юристов, которые, столкнувшись с малейшей сложностью, могут просто опустить руки и списать все на недобросовестность, даже не стараясь найти какое-нибудь догматическое, доктринальное решение или какой-то метод толкования.

Принцип добросовестности — очень мощный инструмент в достижении справедливости, но в то же время он очень абстрактный, неконкретный. И здесь действительно есть риск того, что он может неверно применяться и самим судом, но это скорее вопрос не материального права, а нашей настороженности в отношении состояния нашей судебной системы.

Конечно, такой инструмент, как принцип добросовестности, в руках недобросовестного человека может привести к обратному явлению. Да, он способен расхолаживать судью, который может, извиняюсь за такой повтор, злоупотребить нормами о злоупотреблении правом и заменить мотивировку, которую от него ожидают стороны, простой отсылкой к недобросовестности. И это, конечно, вопрос культуры, нравственного состояния юристов в целом и судей в частности, их профессиональной ответственности, и, само собой, это вопрос функционирования судебной системы.

Если вышестоящая инстанция будет достаточно жестко придерживаться идеи о том, что судья не может сказать, что то или иное поведение недобросовестно без объяснений, в чем заключается недобросовестность и как бы надо было действовать, чтобы быть добросовестным, тогда мы начнем формировать, образно говоря, эти ячейки добросовестности в ткани судебной практики, накапливать эмпирическую энциклопедию добросовестности.

— Идея о том, что понятие добросовестности становится устойчивым и определенным с развитием практики его применения, понятна. Но можно ли сказать, что конкретное толкование суда применительно к определенной ситуации применения этого принципа (что тут он применяется, а тут — нет) обладает каким-то нормативным или квазинормативным смыслом, в том смысле, что в следующий раз суд должен точно так же истолковать применение принципа добросовестности? Ведь добросовестность зависит от конкретных ситуаций, и каждый суд может судить о ней самостоятельно.

— По моему глубокому убеждению, все-таки надо разделять уникальные случаи и стереотипные. Есть люди, которые очень любят говорить, что каждое судебное дело особенное. Конечно, особенное, потому что каждый человек — это целая вселенная. Но придерживаться только этого пути очень опасно, потому что он отрицает очевидное, отрицает стереотипы поведения и тот факт, что люди очень часто поступают одинаково. Допустим, я пришел в кафе и заказал кофе — это особенный случай в моей вселенной и вообще во Вселенной, и такого же точно случая больше никогда не произойдет. Но в то же время это совершенно стереотипная ситуация, которую тысячи людей переживают таким же образом, что и я.

Иначе можно дойти до абсурда и заявить, что, например, никакого договора купли-продажи не существует, потому что договоров купли-продажи столько, сколько существует людей, их заключивших. Но мы ведь так не думаем. Откуда взялась формула *venire contra factum proprium non valet*? Это ведь специализация принципа добросовестности как запрет противоречивого поведения. Дальше идет нюансировка, но на этой стадии, пускай даже такой абстрактной, мы уже вывели специальный принцип добросовестности, который дальше можно конкретизировать.

— Давайте возьмем пример, когда специальная норма, основанная на принципе добросовестности, вдруг начинает корректироваться с его учетом и тем самым демонстрируется ее неопределенность — это последние полтора года применения Верховным Судом ст. 313 ГК об исполнении обязательства третьим лицом. Так, сначала Верховный Суд говорил, в каких случаях она не действует, а сейчас, когда нижестоящие суды это услышали, они начали отказывать в признании юридической

силы платежей, совершенных третьим лицом в преддверии банкротства. В принципе, Верховный Суд сейчас спохватился, поняв, что в таких ситуациях, когда третье лицо полностью компенсировало долг должника, блокировка применения этой нормы противоречит интересам должника, которые заключаются как раз в том, чтобы получить эти деньги, и сейчас готовятся еще два определения, которые должны эту ситуацию исправить.

— Это и есть то, что в английском праве называют *distinction*, когда есть некий прецедент, как они говорят (а мы бы сказали «правовая позиция»), и появляется дело — вроде и похожее, с такой же фабулой, но имеющее важные отличия, и когда суд делает то, что в английском праве называется «разграничение, различение разных случаев». То же самое и сейчас, только в нашей континентальной традиции, проводит Верховный Суд. Правда, в отношении ст. 313 есть один аспект, связанный с так называемыми теневыми поправками, которыми в области обязательственного права больше всего была бомбардирована (и пострадала от них) именно эта статья. Она очень сильно изменилась. И самое важное, что там упустили, на мой взгляд, это идея (которая, кстати, закреплена в *DCFR*) о том, что третье лицо может вторгнуться в чужие отношения, а ведь платеж третьего лица или исполнение обязательства третьим лицом, если говорить более широко, есть не что иное, как нарушение принципа *privity of contract*, если мы говорим об английском праве, или принципа относительности обязательств, если говорить о праве континентальном. Третье лицо вдруг вторгается в чужие отношения — с какой стати? Нужно фундаментальное обоснование этого правомочия. Все правопорядки искали такое обоснование — по-разному, но шаг за шагом, приблизительно так, как идет сейчас и Верховный Суд. Он решает конкретные дела: здесь это вторжение допустимо, а здесь — нет, тут снова допустимо и т.д. Мне кажется, это не проблема Верховного Суда. Это проблема объективная.

В других правопорядках искали и так и не смогли найти точного критерия, поэтому *DCFR* и стоит на двух принципах: третье лицо может вторгнуться в чужие отношения, но только в случаях, когда есть просрочка и второй обязательный элемент — законный интерес у третьего лица. Произвольного вторжения правопорядок не допускает.



— У нас такого положения, что без законного интереса нет права вторгнуться, как раз нет.

— Оно было в изначальном проекте изменений в ГК, но его зачем-то убрали. Видимо, посчитали, что это слишком уж оценочный критерий. Что такое законный интерес? Опыт показывает, что невозможно взять узкий критерий, потому что, действительно, слишком много случаев, когда вторжение третьего лица в чужие отношения кажется справедливым. Допустим, я поднаиматель жилого помещения, наниматель впал в просрочку и долго не платит. Чем мне это угрожает? Тем, что собственник прекратит договор найма из-за существенных нарушений. Но я же имею интерес пользоваться имуществом по поднайма и оплачу просрочку за нанимателя. Почему порядок должен это допустить? Потому что у меня есть законный интерес сохранить эту договорную связь. А поведение моего контрагента, нанимателя, упречно, он впал в просрочку. В этой ситуации соединяются два элемента, и кажется, что вторжение третьего лица — относительно справедливое решение. А если появляется кто-то другой с незаконным интересом, например перехвата голосов в банкротстве, действуя в целях так называемого управляемого банкротства, то его интерес незаконный, а законного интереса у него нет. Если бы это было написано, как и предлагалось, в ст. 313, то у судов был бы ориентир для разграничения этих случаев. Но сейчас его нет, и, к сожалению, Верховный Суд не установил его ни в Постановлении № 54, ни в соответствующих делах. Он пока не может сформулировать указанный принцип или считает его непригодным в силу высокой степени абстрактности.

— Сейчас Верховный Суд рассматривает дела бывшего депутата О. Михеева. Там ситуация даже более интересная, потому что речь идет о погашении долгов должника лицами, которые вроде как формально имеют законный интерес, в частности залогодателем или поручителем. Естественно, они должны по идее встать вместо кредиторов. Это даже не ст. 313, это прямо предусмотрено ст. 387 ГК. Но, несмотря на это, Верховный Суд отправляет дела на новое рассмотрение по жалобам других кредиторов, которые говорят: это же его аффилированные лица, и такого правового эффекта быть не должно, такое толкование прямо противоречит закону, поскольку в законе не написано, что такое может происходить с аффилированными лицами.

— Да, но тут мы выходим из сферы обязательно права и переходим в сферу банкротства, в которой я не очень большой специалист.

Насколько мне известно, в некоторых правопорядках считается справедливым такое общее системное решение, как понижение уровня очередности удовлетворения аффилированных кредиторов и оценка последних как единой экономической группы, действия которой привели к банкротству в целом. Причем действия необязательно должны быть незаконными, а просто рассматриваться как предпринимательский риск: вы действовали сообща, экономически заинтересованы, у вас единый бизнес. Ведь что такое в данном случае поручительство или залог со стороны третьего лица? Это коммерческое отношение, как правило, так называемое внутривладельческое обеспечение, когда одна компания вступает в кредитные отношения, а материнская компания, где аккумулированы все капиталы и все активы, поручается за компанию-должника, и благодаря обеспечению холдинг этот кредит получает.

Если следовать этой модели, все аффилированные кредиторы оказываются в пониженном ранге. Почему? Да потому, что это одна группа, одно лицо в экономическом смысле, ведь холдинг — это искусственно структурированный бизнес. Мы прекрасно понимаем, что в реальности за этим холдингом может стоять один-единственный собственник, например крупный бизнесмен. Он просто так структурировал свой бизнес, вот и все.

Однако и тут не все просто, это очень сложная сфера, но что было бы, если бы это был независимый или относительно независимый кредитор? Где проходит граница аффилированности, по которой можно судить о зависимости? Одно дело, когда отношения строятся внутри холдинга, и совсем другое — когда просто осуществляется совместный проект, совместный бизнес. Допустим, контрагенты строят вместе какой-то объект, потом станут его собственниками. Они просто партнеры, без какого-либо холдинга. Это очень тонкая и в то же время глобальная тема, она уходит, на мой взгляд, из сферы обязательственной совсем в другую сферу, связанную с банкротством, с корпоративным, а возможно, частично и антимонопольным регулированием.

— Давайте вернемся в чисто обязательственную сферу. Здесь есть еще один очень тонкий вопрос,

который недавно появился в ГК, — это измененная норма ст. 428, которая теперь позволяет расторгать договор фактически в любом случае, если было допущено нарушение баланса интересов сторон. Речь о так называемых несправедливых условиях. Как здесь складывается практика? Есть примеры применения этой статьи?

— Прежде всего здесь есть некоторая законодательная сложность. У нас очень необычный подход, при котором ст. 428 применяется и для целей защиты лица от несправедливых условий, и как концепт ретроактивного расторжения договора. Что в этом подходе необычного? То, что, насколько мне известно, в большинстве правовых систем такие условия просто объявляются ничтожными. Осложнение для защиты права может возникать в связи с необходимостью предъявления иска о расторжении договора, тогда как защита от ничтожного условия иска не требует.

И эту тонкость, я думаю, придется преодолеть, тем более что она, скорее всего, не носит системного, фундаментального характера. Что касается самого института, то он, конечно, очень важен и очень полезен для общества, потому что защищает свободу лица, которое в силу тех или иных обстоятельств вынуждено было склониться к принятию такого несправедливого условия. Но в то же время он несет в себе тот же риск, что и недобросовестность, — это оценочность критерия несправедливого условия. И в результате мы опять приходим к тому, что несправедливым будет такое условие, которое шокирует судью, вот и всё. Очень интуитивная сфера понимания. Впрочем, если внимательно посмотреть на применение права, то можно увидеть, что в нем довольно много правовой интуиции. Например, из области психологии всем (или как минимум многим) хорошо известно, что некоторые судьи сначала интуитивно понимают, какой, как им кажется, справедливый результат должен быть у этого социального конфликта. И только поняв это, уже подбирают правовую аргументацию.

— **Что касается несправедливых условий, здесь интересна прежде всего практика Верховного Суда, связанная с так называемым ростовщическим процентом. Высший суд уже высказывался о том, что процент, к примеру, в размере 825% годовых — это неправильно, и отменял соответствующие условия договора между гражданами. И одно-**

временно он признавал действительными условия, например, 500% годовых в договоре между гражданином и микрофинансовой организацией. В чем здесь разница — в том, что человек не может это отсудить, потому что у микрофинансовой организации есть такое формальное право?

— Здесь можно поразмышлять в разных направлениях. Первый вопрос, который я бы поставил, это насколько продумано регулирование потребительского кредитования в нашем законе. Многие эксперты направляют в его адрес довольно критические стрелы, и, наверное, небезосновательно. К этому вопросу надо возвращаться и думать, насколько справедливое там регулирование.

Второе направление — это вопрос оценочных суждений. Как можно оценить цену денег абстрактно для всех случаев? Это очень сложно, потому что в разных ситуациях цена денег определяется, как мы знаем, психологически. Цена всегда субъективна. Если тебе срочно нужны деньги, ты согласишься заплатить большие проценты. Здесь просто сталкиваются две философии. Одна — это философия нравственности, которая связана с тем, что стяжательство, тем более его крайние формы, в обществе не поддерживается. А другая философия — это экономический анализ, в котором нравственные оценки ослаблены. Если бы сейчас к нашему разговору присоединился Р. Познер, он бы сказал: «Вы что? Какие такие ростовщические проценты? О чем вы говорите? Вы ничего не понимаете в этой жизни! Свобода, рынок сами все отрегулируют». А если бы вместе с ним еще зашел и А. Смит, то никакой Верховный Суд перед их аргументацией бы не устоял. То есть экономическая, скажем так, философия заключается в том, что, сдерживая ростовщические проценты, мы тем самым вредим людям, потому что в какой-то острой ситуации человек, хоть и заплатив ростовщический процент, получит то, что он хочет. А что будет, если денег ему не дадут, потому что ростовщические проценты брать запрещено, а под меньшие давать ему кредит рискованно, так как неясно, вернет он его или нет? Человек остался без денег, что же мы хотим?

Невозможно примирить эти две концепции. Мы обречены искать некую грань, баланс между ними, и опять-таки все сводится к тому, будет это шокировать судью или нет. Будем надеяться, что банковские технологии



развития конкурентного рынка сыграют свою роль. Вообще, в экономически здоровом обществе, наверное, такая проблема стоит не очень остро. Право там занимается другими вещами, более сложными, а мы в этом смысле пока немножко грубоваты. Я не думаю, что проблема ростовщических процентов является предметом жесткой дискуссии, скажем, в континентальном праве, где низкая ставка по кредитным договорам, где очень много банков, где доступ к кредитным средствам относительно свободен. Ведь откуда чаще всего берутся ростовщические проценты? От бедности. Когда человек хорошо зарабатывает и имеет много активов, ему любой банк даст кредит, потому что он надежный заемщик. А когда человек беден и перебивается от полочки до полочки, конечно, давать ему займы как-то боязно. Непонятно, отдаст ли. Отсюда и высокий процент, потому что риск высокий.

|| Очень многие негативные вещи уходят из права, когда общество достигает каких-то хороших экономических показателей.

Экономика просто относит правовые парадигмы, правовые проблемы на периферию за ненадобностью, а мы рассуждаем о ростовщических процентах: нельзя ли их ограничить? Если взять старые книжки по европейскому праву, того же Планиоля, в них тоже будут обсуждаться ростовщические проценты. Почему? Да потому что общество было бедное, дикое. То есть то, что для европейцев было актуально сто лет назад, для нас актуально сейчас. Это подсказывает, на какой стадии мы сейчас находимся. Мне хотелось бы считать, что мы находимся в позиции догоняющих. Что же, надо быстрее догонять.

— **В позиции догоняющих нужна хорошая наука.**

— Совершенно верно, именно поэтому компаративный метод сейчас очень важен, потому что зачем наступать на те же грабли, если можно учиться на чужих ошибках? Тут есть свои проблемы, у нас компаративный метод не очень в чести бывает. Это тоже определяется культурой человека.