

ОПЫТЫ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ИССЛЕДОВАНИЯ



Сборник статей • Выпуск 2

Руководители авторского коллектива
и ответственные редакторы
А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков



КонсультантПлюс
надежная правовая поддержка



Коллектив авторов

**Опыты цивилистического
исследования. Выпуск 2**

«Статут»

2018

УДК 347
ББК 67.404

Коллектив авторов

Опыты цивилистического исследования. Выпуск 2 / Коллектив авторов — «Статут», 2018

ISBN 978-5-8354-1445-1

Представленные в сборнике статьи посвящены актуальным проблемам российского гражданского права, которые рассматриваются с учетом зарубежного опыта. Статьи написаны выпускниками юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова на основе дипломных работ 2017 г. Для преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, практикующих юристов и всех, интересующихся гражданским правом.

УДК 347
ББК 67.404

ISBN 978-5-8354-1445-1

© Коллектив авторов, 2018
© Статут, 2018

Содержание

Предисловие	6
Список сокращений	7
А.Е. Агеенко	8
Введение	9
1. История возникновения и развития института поэтажной собственности до настоящего времени	10
1.1. Континентальные правовые системы	10
1.2. Система общего права	12
1.3. Российское право	14
2. Общая характеристика современного правового регулирования	16
2.1. Законодательное регулирование поэтажной собственности и термины, используемые для ее обозначения	16
2.2. Возможные конструкции поэтажной собственности	17
2.3. Квалификация института поэтажной собственности	23
3. Основные элементы правового регулирования	27
3.1. Объект поэтажной собственности и разграничение общих и индивидуальных частей	27
3.2. Саморегулирование собственников и принуждение к соблюдению правил общества собственников	31
Заключение	34
И.И. Акимова	35
Введение	36
1. Правовая сущность отказа от осуществления права	38
1.1. Механизм отказа от осуществления права и сфера его применения	38
Конец ознакомительного фрагмента.	43

ОПЫТЫ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

© Коллектив авторов, 2018

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2018

* * *

Предисловие

В руках у читателя второй выпуск «Опытов цивилистического исследования». Представленные здесь статьи написаны выпускниками юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова на основе дипломных работ 2017 г., подготовленных на кафедре гражданского права. Ответственные редакторы – научные руководители соответствующих дипломных проектов.

Статьи, вошедшие в сборник, посвящены актуальным проблемам российского гражданского права, которые рассматриваются с учетом зарубежного опыта.

Первый выпуск «Опытов» получил теплый прием. Убеждены, что и в настоящем издании читатель найдет немало импульсов для дальнейшей разработки обсуждаемых на его страницах вопросов.

Когда работа над сборником была почти завершена, не стало юриста, ученого и издателя **Владимира Саурсевича Ема**. Памяти нашего учителя, коллеги и друга от имени всего авторского коллектива «Опытов» мы посвящаем этот выпуск.

Преподаватели кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова доцент *А.М. Ширвиндт* и ассистент *Н.Б. Щербаков*

Список сокращений

ВАС РФ – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

Венская конвенция – Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

ВС РФ – Верховный Суд Российской Федерации

ГГУ – Германское гражданское уложение

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации

DCFR – Draft Common Frame of Reference (Проект Общей системы координат)

PECL – Principles of European Contract Law (Принципы европейского договорного права)

PICC – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА)

UCC – Uniform Commercial Code (Единообразный торговый кодекс США)

А.Е. Агеенко

Гражданско-правовой режим поэтажной (жилищной) собственности: сравнительно-правовое исследование

Статья посвящена сравнительно-правовому исследованию теоретических и практических аспектов поэтажной собственности с изучением мирового и российского правового опыта. Затрагиваются основные причины появления данного института, предпосылки к его развитию.

Проводится анализ законодательного регулирования поэтажной собственности в различных юрисдикциях, рассматривается терминология, используемая для обозначения института.

Автор приходит к выводу о наличии четырех основных типов поэтажной собственности, а также низком уровне саморегулирования собственников в российском праве.

A.E. Ageenko

Apartment Ownership in Civil Law: Comparative Law Research

The article presents a comparative law study of theoretical and practical aspects of apartment ownership using global and Russian legal experience. The paper focuses on the main reasons for the appearance and development of this institution.

The author analyzes the existing approaches to legislative regulation of apartment ownership in various jurisdictions and considers terminology used to identify the institute.

The author comes to the conclusion that there are four main types of apartment ownership and also a low level of self-regulation of owners in the Russian law.

Введение

Все правовые системы мира¹ вынуждены решать проблему установления вещных прав (в континентальной правовой семье) или титулов (в англосаксонской) на помещения. Соответственно, каждый правовой порядок, сталкиваясь с новым объектом (помещение было признано таковым относительно недавно), приспособливает имеющиеся правовые конструкции или создает новые для потребностей повседневной жизни и оборота. Учитывая постоянно усиливающиеся процессы урбанизации, усложнение отношений оборота, удорожание городской земли и другие социально-экономические аспекты, право не может оставлять эту сферу человеческой жизнедеятельности без регулирования.

Особенно актуальна тема поэтажной собственности для отечественного правового порядка, который за годы практически полного отсутствия категорий недвижимости и вещных прав сильно отстал в научной и законодательной разработке данной проблемы. До настоящего времени законодательное регулирование и судебная практика не сделали качественного развития, оставаясь в основном на публично-правовых позициях. Не секрет, что сложившаяся система регулирования в России далека от идеальной, содержит в себе множество пробелов и противоречий.

Кроме того, до сих пор не только в России, но и в Европе институт поэтажной собственности встречает сильное догматическое сопротивление вплоть до призывов отказаться от этого эффективного способа создания права собственности на горизонтально расположенные пространства в принципе². Актуализируют эту проблематику и проекты реформирования вещного права в России.

¹ Заинтересовавшийся данным институтом может найти литературу на множестве языков про десятки стран, в том числе и достаточно экзотические, такие как Шри-Ланка (см., например: *Edirimane A. Understanding the Concept of Condominiums: A Handbook on the Law and Practice Based on the Apartment Ownership Law of Sri Lanka. Colombo, 2006*).

² *Mattei U. Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction. Westport; London, 2000. P. 136.*

1. История возникновения и развития института поэтажной собственности до настоящего времени

1.1. Континентальные правовые системы

Первой задачей, которую необходимо решить в рамках данной статьи, является выяснение того, как, когда и зачем была придумана поэтажная собственность в различных правовых порядках. Также необходимо рассмотреть эволюцию конструкции в разных социально-экономических условиях.

Историческим предшественником конструкции, существующей сегодня в Германии, была *Stockwerkeigentum* (как раз от этого немецкого термина пошло название всего института – «поэтажная» собственность). Она была очень распространена еще в Средние века (начиная с XII в.³) и сохранялась в законодательстве ряда земель вплоть до принятия Германского гражданского уложения⁴ и последовавших за ним новых актов земель. Так, до принятия ГГУ она была распространена в Баварии. Это была первая для Германии конструкция горизонтально разделенной собственности (*horizontal geteiltes Eigentum*), в противовес вертикально разделенной собственности, которая была известна юриспруденции в целом еще со времен римского права⁵. В поэтажной собственности того времени могли находиться отдельные этажи или помещения; совместная собственность на земельный участок, где стоит здание, и общеиспользуемые части здания связывалась с собственностью отдельных лиц на используемые ими части здания, т. е. создавалась возможность быть собственником помещения. Но, несмотря на все новаторство этой конструкции, она была «неразвитой и примитивной формой», не разграничивавшей четко объекты общей и единоличной собственности участников, а также не содержавшей специального механизма управления ею и разрешения возникающих споров⁶. Догматические соображения, не согласуемые с признанием отдельных помещений как составных частей здания самостоятельными вещами, помноженные на практический опыт (*Streithäuser* – «спорные дома», из-за постоянных споров между собственниками), вылились в итоговый отказ от поэтажной собственности. С ней начали бороться еще задолго до ГГУ, хотя уже существовавшие отношения были оставлены в силе⁷. Интересно то, что при наличии всех недостатков эта конструкция была явно нужна⁸ обороту.

³ *Gierke O.* Deutsches Privatrecht. Bd. II. Leipzig, 1905. S. 41.

⁴ Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands 1896. Само ГГУ не содержало норм, запрещающих создание данных прав. Однако такой запрет содержался во Вводном законе к ГГУ (EGBGB – Einführungsgesetz zum BGB). Итак, было запрещено новое создание поэтажной собственности, но оставили в силе существовавшие права.

⁵ И напротив, римское право не допускало поэтажной собственности (см.: *Санфилиппо Ч.* Курс римского частного права: Учебник. М., 2007. С. 219). Термин же *condominium*, о котором речь пойдет в англосаксонских правовых порядках, представлял собой не что иное, как совместную собственность (см.: *Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права. М., 2003. С. 239). В то же время римское право говорило об *insula*, доходном доме в несколько этажей или комплексе таких домов, в которых проживали неимущие семьи (см.: *Бартошек М.* Римское право: понятия, термины, определения. М., 1989. С. 154), т. е. такие дома и помещения в них являлись предметом найма (см.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Кн. 2: Договоры о передаче имущества. М., 2000. С. 617).

⁶ *Суханов Е.А.* «Жилищная (этажная) собственность» в европейских правовых порядках // Проблемы реформирования Гражданского кодекса России: Избранные труды 2008–2012 гг. М., 2010. С. 347–348.

⁷ *Gierke O.* Op. cit. S. 41. Поэтажная собственность была упразднена в Регенсбурге (1657 г.), Вюрцбурге (1722 г.), Нассау (1827 г.), Веймаре (1841 г.), Рудольштадте (1858 г.), Кобурге (1869 г.).

⁸ *Gierke O.* Op. cit. S. 41. Так, прусский Ландрехт не знал поэтажной собственности, но на практике подобные отношения возникали; а когда во Франкфурте-на-Майне появился запрет на поэтажную собственность, она все равно сохранялась на отдельные помещения (например, на лавки мясников).

Ситуация меняется после двух мировых войн, когда социально-экономические проблемы встали наиболее остро. Усиливающийся процесс урбанизации, рост стоимости городской земли и жилья, а затем жилищный кризис, вызванный последствиями войн, – лишь некоторые из них⁹. Жилье – это ограниченное экономическое благо и потому обладает повышенной стоимостью¹⁰. Не каждый имеет достаточно денег, чтобы купить собственный земельный участок и построить за свой счет дом (а, как известно, в Германии по ГГУ единственная недвижимость – это земельные участки). Послевоенная разруха приводила к острой нужде в жилье, которая требовала привлечения даже небольших капиталов.

После Второй мировой войны появился Закон¹¹ о жилищной собственности от 15.03.1951 (*Wohnungseigentumsgesetz*, далее – *WEG*), который ввел конструкцию, используемую немецким правом по сей день и ставшую вторым отступлением¹² от классических положений ГГУ. Ее целью было открыть возможность приобрести недвижимость кругам населения с низким уровнем дохода¹³. Одновременно была поставлена задача сделать это, учитывая прошлый опыт и ошибки *Stockwerkeigentum*.

Власти опасались в то время возникновения ситуации, при которой подавляющее большинство населения будет жить в чужих домах, построенных небольшой группой людей (видимо, учитывался опыт Англии), а также обострения социальной обстановки из-за наличия только обязательственных прав¹⁴ на помещения, которые не дают субъектам правоотношений эксклюзивных прав, не обеспечивают гарантированной правовой позиции по возможности на время жизни.

Созданная в 1951 г. жилищная собственность получила распространение и популярность. Активное строительство привело к тому, что уже к концу 1990-х годов количество объектов в таком правовом режиме превысило 3 млн, а доля собственников жилья в Германии достигла 40 %. Многие собственники (наймодатели) перевели свои здания в режим жилищной собственности и продали по отдельности помещения, прежде сдававшиеся внаем, из-за невысоких доходов от их сдачи вследствие все усиливавшейся защиты нанимателей¹⁵.

Протекавшие в Швейцарии процессы сходны с немецкими – поэтажная собственность была известна швейцарскому праву примерно с XII в., она появилась не на общегосударственном уровне, а на уровне отдельных кантонов¹⁶, в дальнейшем начались различного рода проблемы при эксплуатации зданий, Гражданский кодекс Швейцарии¹⁷ тоже не предусмотрел поэтажной собственности. Евгений Губер, создатель ГК Швейцарии, описывал поэтажную собственность как «пережиток рудиментарной правовой жизни» и «обременительное наследство»¹⁸. Интересна и та историческая параллель с Германией, что поэтажную собственность

⁹ Суханов Е.А. Указ. соч. С. 347–348.

¹⁰ Wieling H.J. Sachenrecht. Berlin, 2007. S. 380.

¹¹ Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) 1951.

¹² Baur J.F., Stürner R. Sachenrecht. München, 1999. S. 330. Также см.: Schmoeckel M., Rückert J., Zimmermann R. Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. I. Tübingen, 2003. S. 343. Несмотря на то, что в ГГУ включен строгий принцип *superficies solo cedit*, после войны потребность была такой высокой, что, не трогая § 93, 94 ГГУ, уже через несколько недель с начала работы первого Бундестага приняли этот закон. Напомним, что, согласно § 93 ГГУ, составная часть вещи не может быть объектом права. Собственник земельного участка равен собственнику здания. Исторически первой конструкцией, отошедшей от указанных правил, было *Erbbaurecht*.

¹³ Erman W. Handkommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch. Köln, 2008. S. 150.

¹⁴ Одним из законодательных способов защитить на государственном уровне права нанимателей было ограничение права собственников жилья расторгать договор найма (*Kündigungsschutz*). Затем нанимателям предоставлялось право преимущественной покупки при создании жилищной собственности на данное здание.

¹⁵ Baur J.F., Stürner R. Op. cit. S. 332.

¹⁶ Егоров А.В., Церковников М.А. Права на пространство в здании (комментарий к Постановлению Пленума ВАС России) // Вестник ВАС РФ. 2010. № 2. С. 52–54. Термин *Stockwerkeigentum* не менялся здесь на протяжении всей истории.

¹⁷ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

¹⁸ Егоров А.В., Церковников М.А. Указ. соч. С. 52–55.

начали ликвидировать на местном уровне еще до принятия общегосударственного законодательного акта – в Цюрихе и Базеле еще в 1881 г. положения о ней убрали из законов¹⁹. Наконец, после Второй мировой войны федеральный законодатель решился на принятие Федерального закона об изменении Четвертой части ГК Швейцарии от 19.12.1963 (вступили изменения в силу с 01.01.1965)²⁰.

1.2. Система общего права

В Англии и Уэльсе в концепции собственности общего права (*property law*) до совсем недавнего времени не было института, схожего по задачам с континентальной поэтажной собственностью, лишь в 2002 г. появился титул *commonhold*. В российских немногочисленных публикациях обычно используется перевод «общая собственность»²¹, который нельзя признать удачным. Как будет показано дальше, общей собственности (как понимает ее континентальное право) в этом институте нет, что является как раз одной из его отличительных особенностей. Дословный перевод «общее владение» ближе к пониманию, ведь, как известно, вся земля в англосаксонской системе права принадлежит Короне, а, следовательно, все остальные субъекты права имеют лишь титулы (*estates* или *interests*), являясь управомоченными в определенном отношении к земельному участку, но формально не становясь собственниками²². Во избежание двусмысленности в дальнейшем мы будем использовать английский термин.

Введению данной конструкции предшествовала многовековая история *property law*. В отличие от многих других англосаксонских право порядков Англия не пошла по пути отхода от своих классических правовых институтов даже во времена бурной урбанизации и роста многоэтажного строительства (в первую очередь в послевоенное время). Многоквартирные здания (*apartments buildings*) находились в режиме *long-term leasehold*, при котором владельцы помещений не являются арендаторами, а на искусственно долгий срок (например, 99 или 150 лет) имеют специальный титул; часто в английской литературе таких владельцев даже классифицируют как *owners*.

Почему же английский право порядок ранее не допускал «собственности» на помещения? Ответ кроется в исторических особенностях английской концепции права собственности, идущих со времен феодального строя. Дело в том, что *freehold estate* по английскому праву несовместим с позитивными обязательствами (*positive covenants* или *obligations*), так как правообладатель этого наиболее широкого титула не может быть связан обязательством по совершению действий. Но без таких обязательств невозможно представить любой объект недвижимости, в котором есть совместно используемые части (будь то коридоры и лифты в здании или общий земельный участок под несколькими отдельно стоящими домами). *Leasehold* таких исторических ограничений не имеет, зато существует вероятность конфликта арендатора и лендлорда. Кроме того, *leasehold*²³ имеет другие недостатки: ограниченный срок, снижение цены титула с течением времени, возможность прекращения права в силу нарушения обязательств.

Институт *commonhold* был призван разрешить ситуацию и заменить *leasehold* через создание схемы «взаимозависимых собственников» (*interdependent unit-holders*) по управлению

¹⁹ Gierke O. Op. cit. S. 42. В этом плане обособленно выглядит Австрия, в которой еще средневековая поэтажная собственность сохранялась непрерывно; даже если вводились запреты на нее, они не исполнялись годами (например, так было в Зальцбурге) (Ibidem).

²⁰ Суханов Е.А. Указ. соч. С. 348, 355–356.

²¹ Стрембелев С.В. Правовые проблемы управления многоквартирными домами: роль ТСЖ. М., 2012. С. 7; Пацця Т.М. Права на жилое помещение в Англии // Семейное и жилищное право. 2016. № 3. С. 40.

²² Duddington J. Land Law. Harlow, 2011. P. 2–7.

²³ Mackenzie J.-A., Phillips M. Textbook on Land Law. Oxford, 2010. P. 267–268. Что же касается негативных обязательств (*restrictive covenants*), то они могут налагаться на оба титула без ограничений (см.: Commonhold and Leasehold Reform Act 2002: Explanatory Notes. P. 4–5).

общими частями объекта. Еще в 60-е годы²⁴ прошлого столетия начались его обсуждения, первым из которых стал Wilberforce Committee в 1965 г. В 1984 г. Комиссия по вопросам законодательства (The Law Commission) подготовила первый отчет, в котором была изложена конструкция, схожая с итоговым институтом *commonhold*. Хотя, например, сам термин²⁵ был предложен еще в 1978 г. сэром Б.Р. Уильямсом, членом Парламента, в рамках очередной реформы *leasehold*. Уже на этой основе The Law Commission выпустила три проекта закона в 1990, 1996 и 2000 гг., только последний в итоге и стал законом²⁶.

США на протяжении первых 200 лет своего развития строились за счет избытка дешевой земли. У большинства населения была возможность получить земельный участок, чтобы построить дом и иные необходимые сооружения. Развитие на этом первом этапе было горизонтальным, т. е. застройка была малоэтажной, и первые города представляли собой ряды индивидуальных домов.

Но к концу XIX в.²⁷ земля в городской местности начала активно дорожать, что стимулировало многоэтажное (в первую очередь жилое) строительство. США стали расти вертикально. Поначалу многоэтажные дома все равно принадлежали одному лицу, которое могло финансово осилить такое строительство. Излишки площадей оно сдавало в аренду. Но благосостояние арендаторов росло, а квартиры становились все более желанным объектом инвестирования. В силу этих достаточно простых причин и появились сразу две новые концепции: кондоминиум (*condominium*) и кооператив (*cooperative*)²⁸, о которых речь подробнее пойдет ниже.

В Австралии также существовала «великая мечта»: обладание своим домом и огромным земельным участком, ради чего, собственно, первые колонисты и ехали на этот далекий континент. Урбанистика того времени заканчивалась на мысли об огромных малоэтажных пригородах (к слову, 70–75 % населения Австралии до сих пор живут в отдельно стоящих домах). В правосознании местного населения свой дом – это синоним титула *freehold*. Колонисты бежали из Англии, ненавидя лендлордов, судебных приставов и само слово «*leasehold*». Поэтому естественно, что на другом конце Света они не согласились бы на любой другой титул на землю, кроме *freehold*²⁹.

²⁴ 60-е годы XX в. стали случайным образом десятилетием, когда многие англоязычные страны ввели на уровне закона структуру поэтажной собственности (англоязычный вариант – *apartment ownership*), например, США, Сингапур, Австралия.

²⁵ Как тогда шутили: «A New Property Term – but not Property in a Term!» (см.: *Lu Xu. Commonhold Developments in Practice // Modern Studies in Property Law. Oxford; Portland, 2015. P. 333*).

²⁶ Забегая вперед, отметим, что реформа в Англии провалилась. *Commonhold* не снижал популярности у застройщиков, юристов и покупателей недвижимости. Прогнозировалось, что каждый год будет регистрироваться около 6500 новых объектов, находящихся в режиме *commonhold*, на практике же к 1 января 2014 г. их было 16. В литературе и в практической деятельности о *commonhold* уже не говорят. Один автор, например, использовал выражение «*neglected commonhold system*», чтобы описать современное состояние дел (см.: *Lu Xu. Op. cit. P. 332*). Причины провала обычно называют следующие: большие трудности в привлечении людей на рынок собственности из-за недоступности ипотечного финансирования; непонимание самой идеологии *commonhold*, которое выливается в нежелание несения бремени собственности; отсутствие преференций в градостроительном планировании и достаточно высокие налоги; проблемы в регулировании *Company Law*; пассивная политика властей. Таким образом, и сегодня подавляющее большинство субъектов права имеют в своем распоряжении *leasehold estate* или *leasehold tenure*, если правоотношение предполагает долгосрочный характер, и *tenancy*, если имеет место наем жилых помещений на непродолжительный период (см.: *Пауця Т.М. Указ. соч. С. 41–44*). Активно применяется институт защищенности найма (*security of tenure*), который просто необходим в сложившейся парадигме рынка недвижимости Англии и Уэльса.

²⁷ *Каблучков А.Ю. Институты кооператива и кондоминиума в жилищном праве США // Семейное и жилищное право. 2014. № 3. С. 39–40*. К началу XX в. использовались, кроме других, еще два института: совместная и долевая собственность. Институт траста же в данной правовой сфере не прижился: он направлен на удовлетворение имущественных потребностей и минимизирует роль учредителя и бенефициара в принятии решений о пользовании и распоряжении имуществом.

²⁸ Лишь арендное владение, меньшая защита, низкий уровень эксклюзивности делают эту форму намного менее успешной, чем кондоминиум в США. Вообще кооператив появился в штатах на восточном побережье США на рубеже 1960-х и 1970-х годов и использовался для строго определенной программы (*publicly assisted housing*) (см.: *Каблучков А.Ю. Указ. соч. С. 40–42*). США учитывали при введении кооперативов опыт скандинавских стран, где эта форма является основной.

²⁹ См.: *Sherry C. Strata Title Property Rights: Private Governance of Multi-Owned Properties. New York, 2017. P. 11–14*.

Но, как мы уже выяснили, *freehold* имеет трудности с применением позитивных обязательств³⁰. Австралийские юристы вышли из данного затруднительного положения, сочтя, что и через одни отрицательные обязательства можно создать эффективную систему (не дробить объект меньше минимального размера; не создавать нежилые помещения, террасы, дуплексы; не строить выше двух этажей и т. д.). Для застройщиков это означало возможность создания качественного продукта для рынка (*marketability*). Вплоть до 60-х годов прошлого века этого регулирования было достаточно в силу того, что общество не признавало квартиры, считая такие районы трущобами³¹. Но по тем же причинам, что и в других странах, Австралии пришлось вводить новый институт³².

После примерно 10-летнего законодательного процесса, в котором определяющую роль сыграли видные юристы и компании-застройщики, в 1961 г. был принят акт, разрешавший создание титула *freehold* на квартиры и иные объекты. Так как принятие подобных актов относится к компетенции штатов, то первый (*Conveyancing (Strata Titles) Act*)³³ был принят в штате Новый Южный Уэльс³⁴.

1.3. Российское право

Что же касается вопроса о том, когда поэтажная собственность появилась в России, то он пока остается без ответа. В дореволюционной России вопросы недвижимости регулировались ч. I т. X Свода гражданских законов. Если делимость дворов (земельных участков) и зданий по вертикали в тексте закона не встречает возражений, то спор о возможности горизонтального деления дома остается открытым. Однако, скорее всего, отдельные помещения могли быть отдельным объектом уже тогда: Л.А. Кассо склонялся к этому варианту и даже приводил некоторую практику Сената³⁵. На наш взгляд, тот факт, что о поэтажной собственности молчит закон, а также многие авторитетные авторы, говорит о том, что на тот момент не существовало социально-экономических предпосылок для формирования такого института: страна была преимущественно сельской, а в городах того времени либо использовалась малоэтажная застройка, которую могли себе позволить определенные слои населения, либо применялся договор найма.

В советской литературе данный институт имел мало упоминаний. Жилищное право рассматривалось исключительно в парадигме публично-отраслевого регулирования, а основными вопросами, вокруг которых строилась дискуссия, были вопросы о социальном найме и жилищ-

³⁰ Кроме встающих проблем с будущим содержанием объекта недвижимости, надо понимать и следующую особенность англосаксонского права: титулы на землю – это основа (частной) системы градостроительного планирования. Лендлорд при помощи *leasehold* мог наложить такой объем позитивных и негативных обязательств, какой ему необходим для регулирования строительства на его земле. Титул же *freehold* устанавливает свободу использования объекта (см.: *Sherry C. Op. cit.*).

³¹ Первые многоквартирные дома появились в 1921–1923 гг. Юридически они оформлялись подобно кооперативам в США (название им дали другое – *company title*).

³² Еще в 50-е годы XX в. работал комитет по подготовке реформы. Большинство членов комитета изначально были за развитие идеи кооператива, но меньшинство смогло переубедить остальных в том, что кооперативам не хватает ипотечного финансирования, а также эксклюзивного и постоянного титула *freehold*.

³³ На данный момент действует *Strata Schemes Development Act 2015*.

³⁴ *Sherry C. Op. cit.* Р. 15. Затем в 1962 г. приняла Тасмания, в 1965 г. – Квинсленд, в 1967 г. – Западная Австралия и Виктория, в 1970 г. – Австралийская столичная территория и т. д. В основном они просто копировали текст Нового Южного Уэльса.

³⁵ *Кассо Л.А.* Русское поземельное право. М., 1906. С. 12–13. Кроме того, в округе Варшавской судебной палаты действовали предписания ст. 553 и 664 Гражданского кодекса Франции, значит, в этих местностях поэтажная собственность точно существовала (см. также: *Дювернуа Н.Л.* Чтения по гражданскому праву. СПб., 1902. С. 130). Прямо о поэтажной собственности не упоминается, но часто в тексте встречаются примеры установления собственности на помещения. Близок к этой позиции был и В.Б. Ельяшевич. Напротив, К.П. Победоносцев и К.Н. Анненков были сторонниками неделимости зданий вообще, т. е. выступали и против вертикального деления (подробнее см.: *Чубаров В.В.* Проблемы правового регулирования недвижимости. М., 2006. С. 111–112).

ных фондах. Эти темы поднимались в литературе того времени, например, в работах С.И. Аскназия, В.П. Грибанова и других авторов³⁶.

С переходом к рыночной экономике, образованием слоя собственников и возвращением к классическим вещно-правовым конструкциям в области недвижимости институт поэтажной собственности вновь обрел интерес со стороны законодателя, судов и исследователей. Этот процесс проходил на фоне неестественных обстоятельств: приватизация жилищного фонда, проведенная в первую очередь из-за фискальных интересов³⁷ и намного раньше, чем запуск в оборот земли (главной недвижимости во всем мире), привела к нынешнему состоянию рынка, когда большинство сделок совершается именно по поводу помещений.

³⁶ См., например: *Аскназий С.И.* Советское жилищное право: Учебное пособие. М., 1940; *Гинзбург С.Н.* Основные вопросы жилищного права. М., 1940; *Амфитеатров Г.Н.* Права на жилые строения и пользование жилыми помещениями. М., 1948; *Аскназий С.И., Брауде И.Л., Пергамент А.И.* Жилищное право. М., 1956; *Грибанов В.П.* Основы советского жилищного законодательства. М., 1983.

³⁷ *Суханов Е.А.* Указ. соч. С. 361.

2. Общая характеристика современного правового регулирования

2.1. Законодательное регулирование поэтажной собственности и термины, используемые для ее обозначения

Институт поэтажной собственности в различных формах известен практически всем правовым порядкам мира. Первые специальные законы были изданы в Бельгии (1924), Румынии (1927), Бразилии (1928), Греции (1929), Польше (1934), Италии (1934), Болгарии (1935), Чили (1937), Франции (1938), Уругвае (1946), Австрии (1948), Аргентине (1948), Боливии (1949) и др.³⁸

Всего встречается три законодательных подхода к регулированию поэтажной собственности. Первый – это внесение в действующие кодифицированные акты дополнений и изменений, которые отходят от классических и изначальных положений кодексов. Так поступили в Италии и Швейцарии³⁹.

Второй – принятие специального закона, который в своей сфере применения отменяет или развивает положения кодекса или же создает регулирование с нуля. Например, это сделано в Австрии, Англии, Германии, Испании и Китае⁴⁰.

Условно в качестве третьего подхода можно обозначить регулирование в США и Австралии, где соответственно либо принимается федеральный акт, а на уровне штатов действует свое законодательство⁴¹, либо общегосударственного акта нет вообще.

Отечественное законодательство можно отнести ко второй группе. Несмотря на ст. 130 и гл. 18 ГК РФ, основной массив регулирования вынесен в специальный закон⁴² – Жилищный кодекс Российской Федерации (далее – ЖК РФ). Спецификой российского права является гипертрофированное публичное регулирование правовых отношений, складывающихся относительно объектов недвижимости в режиме поэтажной собственности. Забегая вперед, приведем в качестве примера ст. 293 ГК РФ: при использовании собственником жилого помещения не по назначению, с систематическим нарушением прав и интересов соседей или при бесхозяйном обращении с жильем с допущением разрушения в суд с иском обращается орган местного самоуправления, который не имеет никакого отношения к данному объекту. Такое регулирование было допустимо в советское время, когда существовал единый жилой фонд. Но в современной ситуации право на данный иск должно быть предоставлено другим собственникам в этом объекте или обществу собственников в целом (что и делают зарубежные правовые порядки). Те же доводы справедливы и по отношению к ст. 25–29 ЖК РФ.

³⁸ *Pick E., Bärman J. Wohnungseigentumsgesetz: Kommentar. München, 2008. S. 25.*

³⁹ Гражданский кодекс Италии 1942 г. содержит, подобно ГК Швейцарии, целую главу (ст. 1117–1139) о кондоминиумах в зданиях. В обоих актах соответствующие главы находятся в разделе о совместной собственности.

⁴⁰ Соответственно, это немецкий WEG 1951 г. и австрийский WEG 2002 г. В Испании ст. 396 Гражданского кодекса 1889 г. закрепляет основу для «горизонтальной» собственности. Для более детального регулирования в самой статье 396 ГК Испании есть указание на принятие специального акта, на данный момент действует Закон о горизонтальной собственности 49/1960, который не распространяет свое действие на Каталонию. В Англии и Уэльсе институт *commonhold* был введен статутом *Commonhold and Leasehold Reform Act* (далее – CLRA) в 2002 г., который вступил в силу в 2004 г. В Китае кондоминиум регулируется Законом о вещном праве 2007 г. (ст. 70–83) и разъяснениями высшей судебной инстанции (Верховного народного суда КНР).

⁴¹ В США действует Единообразный закон о кондоминиуме (*Uniform Condominium Act*), принятый в 1977 г. и учитывающий опыт Закона Пуэрто-Рико 1958 г. Но данный Закон является модельным (рекомендательным), он был ратифицирован лишь 14 штатами. Основное регулирование содержится в законодательстве штатов (см.: *Edirmane A. Op. cit. P. 1–5*).

⁴² ЖК РФ является именно некодифицированным законом, так как в нем отсутствует разработанная общая часть.

Такое регулирование неэффективно: по точному высказыванию Б.М. Гонгалов, ЖК РФ уже давно превратился в «Коммунальный кодекс»⁴³, включающий в себя нормы о предоставлении жилых помещений по договорам социального найма, о плате за жилое помещение и коммунальные услуги, об организации проведения капитального ремонта и о порядке его финансирования и т. д. ЖК РФ содержит смешение гражданско-правовых норм и процедурных норм административно-правовой природы. В силу публично-правовой основы ЖК РФ построен на иной парадигме, нежели все приведенные выше иностранные акты. В его основе лежат неизвестного содержания «жилищные права»⁴⁴, а ст. 16 ЖК РФ, выделяя такие объекты, как часть жилого дома, часть квартиры и комната, нарушает концепцию поэтажной собственности, которая рассматривает изолированное и обособленное помещение как минимальный неделимый объект.

Нежилые помещения на данный момент, по сути, не имеют законодательного регулирования вообще, есть лишь разъяснения высших судебных инстанций о необходимости применения аналогии закона. Этот подход, и прежде встречавшийся в правоприменительной практике, был предписан судам в качестве обязательного сначала Пленумом ВАС РФ⁴⁵, а затем и Пленумом ВС РФ⁴⁶.

Что касается терминов, то их используется множество: в Германии и Австрии – *Wohnungseigentum*, в Швейцарии – *Stockwerkeigentum*, в Англии – *commonhold*, в США⁴⁷ и Италии – *condominium* и *condominio negli edifici* соответственно, в Австралии – *strata title*.

Одной из отличительных особенностей российского права можно назвать отсутствие устоявшегося термина. ГК РФ и другие нормативные правовые акты содержат лишь указания на «право собственности на жилые помещения». В литературе же обычно используются различного рода переводы иностранных институтов: «жилищная» или «этажная»⁴⁸ собственность, а также «поэтажная»⁴⁹. На наш взгляд, именно последний термин должен войти в российскую юридическую литературу и законодательство как основной. Во-первых, он возник исторически первым как обозначение горизонтальной собственности в противовес вертикальной, известной со времен Рима. Негативные же воспоминания немецких авторов о *Stockwerkeigentum* не должны задевать российского юриста. Во-вторых, термин «жилищная собственность» имеет публично-правовой окрас, ассоциируясь с ЖК РФ, и относится только к жилым помещениям. Как будет показано ниже, сфера распространения поэтажной собственности значительно шире.

2.2. Возможные конструкции поэтажной собственности

Переходим от анализа того, чем регулируется поэтажная собственность, к рассмотрению того, как она структурируется.

⁴³ *Суслова С.И.* Право общей долевой собственности на жилое помещение и жилищное законодательство // Семейное и жилищное право. 2016. № 5. С. 41. Отдельный вопрос – о сущности жилищного права как отрасли, ведь очевидна ее административно-правовая природа.

⁴⁴ *Крашенинников П.В.* Жилищное право. М., 2016. С. 25. Даже в специальной литературе их содержание раскрывается туманно: «С учетом вышеизложенного подхода, связанного с комплексной природой жилищных правоотношений, представляется возможным деление жилищных прав на конституционные, гражданские и административные». Таким образом, получается совокупность прав из различных отраслей под единым названием «жилищное право».

⁴⁵ Абзац 3 п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество зданий» // Вестник ВАС РФ. 2009. № 9 (далее – Постановление Пленума ВАС РФ № 64).

⁴⁶ Пункт 41 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 8.

⁴⁷ Также используется *cooperative*, форма, которая была заимствована из скандинавских право порядков.

⁴⁸ *Суханов Е.А.* Указ. соч.

⁴⁹ *Егоров А.В.* К вопросу о разграничении помещений на общие и индивидуальные в режиме «поэтажной» собственности. М., 2015.

В Германии WEG 1951 г. ввел сразу две конструкции: *Wohnungseigentum* («жилищная собственность») и *Teileigentum* («частичная собственность»). Дело осложняется тем, что среди немецких юристов нет единства мнений относительно структуры этих конструкций.

Жилищная собственность представляет собой (исходя из буквы закона) некое системное единство двух прав: *Sondereigentum* («особая собственность») и *Miteigentumsanteil* («доля в долевой собственности»). Первое право распространяется на жилье, а именно на определенные помещения и принадлежащие к этим помещениям составные части здания, которые могут быть изменены, созданы или упразднены без повреждения имущества, входящего в общую собственность, или прав других собственников, или без изменения архитектурного облика здания⁵⁰. Таким образом, над тем, что попало в особую собственность, возвышается единоличный собственник (*Alleineigentümer*)⁵¹. Доля в общем имуществе является основным элементом этой составной правовой конструкции, потому что именно к ней «крепится» особая собственность, о чем постоянно напоминает текст закона. Относительно этого права управомоченное лицо считается долевым сособственником (*Miteigentümer*)⁵².

Но в литературе с таким подходом к закону не соглашались, например, Bärmann и Müller. Так, оба говорят о «трехчленном единстве» (*dreigliedrige Einheit*) жилищной собственности, третьим элементом выделяя членство в обществе собственников (*Mitgliedschaft in der Eigentümergeinschaft*)⁵³. Последний из них говорит о том, что каждому обладателю «особой собственности» должно обеспечиваться членство, ведь это требуется для эффективности ее использования. Через заключение различных соглашений и принятие решений может изменяться ценность использования помещений. Соответственно, членство в обществе собственников по управлению – необходимая составная часть вещной правовой позиции.

Еще один немаловажный аспект дискуссий в немецкой литературе – это вопрос о том, за каким из этих компонентов закрепляется преимущество. Одна из позиций (Bärmann) заключается в том, что ни один из них не имеет преимущества. Börgel исходит из экономического доминирования «особой собственности», она находится на переднем плане. Junker представляет последнюю возможную вариацию⁵⁴: приоритет за долей в общем имуществе. Исходя же из истории возникновения института жилищной собственности, его целей и задач, а также § 3 WEG, где «особая собственность» рассматривается лишь как ограничение долевой собственности, можно сделать вывод (и в целом господствующее мнение в Германии его делает⁵⁵), что приоритет остается за долей на общее имущество. «Особая собственность» допустима только в связи с этой долей, она образует лишь «придаток» (*Anhängsel*)⁵⁶ долевой собственности. По

⁵⁰ § 5 Wohnungseigentumsgesetz.

⁵¹ Eichler H. Institutionen des Sachenrechts. Bd. I. Berlin, 1957. S. 163.

⁵² Wilhelm J. Sachenrecht. Berlin, 2007. S. 764–765. Автор приводит пример конкретного дела, которое разбиралось в BayObLG (Высший земельный суд Баварии). В рамках жилищной собственности были созданы доли в общем имуществе, к которым привязывались права «особой собственности». Затем в пределах одной из этих долей и связанной с ней особой собственности произошло установление долевой собственности на отдельные помещения в одном жилье. Получилась некая «правовая матрешка», которую в немецкой литературе называют *Mit-Sondereigentum*. В данном деле суд побоялся суперсложных отношений и не признал их (что правильно, ведь это явно противоречит императивной норме § 3 II S. 1 WEG). Но на практике такие отношения возникают достаточно часто. В итоге, как говорит Weitnauer, такие неясные отношения ведут к дурной славе *Stockwerkeigentum*.

⁵³ См.: Müller K. Sachenrecht. Berlin, 1997. S. 686; Bärmann J., Pick E. Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz. München, 1994. S. 35–37. Полностью заимствована именно эта концепция в Китае при создании *condominium property* (см.: Bu Y. Chinese Civil Law. München, 2013. P. 219–224).

⁵⁴ См. подробный анализ точек зрения: Brehm W., Berger C. Sachenrecht. Tübingen, 2006. S. 378–381. Авторы смогли предложить еще одну: для жилищного собственника экономически на переднем плане стоит особая собственность, но в правовом смысле доля на общее имущество важнее, ведь жилищная поземельная книга (*Wohnungsgrundbuch*) создается по § 7 WEG изначально для нее, а лишь затем туда вносится особая собственность как ограничение долевой.

⁵⁵ Erman W. Handkommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch. Köln, 2008. S. 152. То же: Eichler H. Institutionen des Sachenrechts. Bd. I. Berlin, 1957. S. 162–164.

⁵⁶ Brehm W., Berger C. Op. cit. S. 378.

мнению немецких авторов, экономические отношения только подтверждают это, ведь части здания, находящиеся в долевой собственности, имеют большую стоимость, чем помещения в особой собственности.

Teileigentum по содержанию и смыслу не отличается от *Wohnungseigentum*, п. 6 § 1 WEG и вовсе говорит о распространении действия норм о жилищной собственности на «частичную собственность». Пункт 3 § 1 WEG различает их по предмету: в «частичной собственности» право особой собственности устанавливается на не служащие жилищным целям помещения зданий в связке с долей на общее имущество⁵⁷. Напрашивается вывод о бессмысленности такой дифференциации⁵⁸ (поэтому на практике их и не различают). Может сложиться ситуация, когда в одном единстве помещений (*Raumeinheit*) будут одновременно жилые помещения и любые нежилые. Неужели мы назовем это *Wohnungs – Teileigentum*? Erman пишет, что вообще не важно наличие или отсутствие цели жилищного пользования. Поэтому безобидны даже ошибочные обозначения в поземельных книгах, и суды тоже допускают их смешение. Часто на практике при регистрации термином «жилищная собственность» охватывают любые помещения⁵⁹, а *Teileigentum* не используется.

Одним из наиболее близких к немецкому правопорядков по модели поэтажной собственности является Италия. В этой юрисдикции существует кондоминиум (*condominio negli edifici*), который, сохраняя общие части в общей собственности, выделяет отдельные помещения в индивидуальную собственность⁶⁰.

Такой же институт кондоминиума известен и американскому праву с тем отличием, что собственник в кондоминиуме получает титул *fee simple absolute*, т. е. максимально возможное господство над объектом, а не вещное право в его континентальном понимании⁶¹. Кондоминиум является институтом *real property*, в то время как другая американская конструкция, кооператив, относится к системе *personal property*⁶². В кооперативе сама корпорация является собственником земельного участка, зданий, помещений и общего имущества. Лица, желающие владеть определенными объектами, покупают акции (*shares of stock*), которые дают право на заключение долгосрочных договоров аренды с корпорацией на отдельные объекты. Следовательно, лицо является собственником акций кооператива и арендатором объекта (и акциями, и правом аренды оно может распорядиться)⁶³.

Сущность австралийского *strata title*⁶⁴ идентична кондоминиуму. Ныне действующие акты штатов говорят о способе деления земельного участка на части (*lots*) и общую собственность (*common property*). Собственником является лицо, записанное в реестре как уполномо-

⁵⁷ *Niedenführ W., Kümmel E., Vandenhouten N.* WEG: Kommentar und Handbuch zum Wohnungseigentumsrecht. Heidelberg, 2010. S. 29–33. Авторы говорят о том, что отличие только целевое, но не правовое.

⁵⁸ *Müller K.* Op. cit. S. 686.

⁵⁹ *Erman W.* Op. cit. S. 153.

⁶⁰ § 1117 ГК Италии.

⁶¹ В США существует целый список титулов на недвижимость. Причем так же, как и в английском праве, их список варьируется от автора к автору. Так, *Finkel* говорит о шести титулах: *fee simple absolute*, *fee simple determinable*, *fee simple on condition subsequent*, *life estate*, *estate for years* и *estate at will* (см.: *Finkel D.F.* *Practical Real Estate Law*. Delmar, 2000. P. 9–13). Понятно, что эта система сложилась в основном еще в средневековой Европе и была привезена первыми колонистами (см.: *Merrill T.W., Smith H.E.* *The Oxford Introductions to U.S. Law: Property*. Oxford; New York, 2010. P. 99).

⁶² Деление исторически вытекает из системы общего права и основано на различных способах защиты: первое давало право на *real action* (возвращение в натуре, по сути, виндикационный иск), второе – только на возмещение в денежном эквиваленте.

⁶³ *Starchild A.* *How to Develop and Manage a Successful Condominium*. New York; Hong Kong, 2001. P. 17–20. Ключевые отличия на практике между кондоминиумом и кооперативом заключаются соответственно в следующем: индивидуальная ответственность по ипотечному финансированию против солидарной; свобода распоряжения или необходимость получения одобрения; голос на общем собрании пропорционально доле объекта в площади всего кондоминиума против всегда одного голоса в кооперативе. Наконец, собственник в кондоминиуме обычно платит меньшие налоги и платежи на обслуживание и ремонт, чем член кооператива.

⁶⁴ В литературе используется также термин «*community title*» (*Sherry C.* Op. cit. P. 18).

ченный субъект на *estate in fee simple* (нужно учитывать, что в Австралии действует регистрационная система Торренса).

В Испании собственник помещений имеет абсолютное право над пространством с достаточно определенными границами и предназначенным для независимого использования (отдельный вход), вместе с архитектурными элементами и оборудованием, используемое исключительно для нужд этих помещений. Одновременно устанавливается общая собственность на оставшиеся общие части и оборудование. Эти права не отчуждаются и не обременяются по отдельности, т. е., как и в Германии, существуют в связке. Интересно, что эта статья находится в главе ГК Испании, посвященной общей собственности.

Статья содержит очень детальное и подробное описание того, что находится в общей собственности субъектов⁶⁵.

Швейцарский правопорядок – классический представитель «неподвижной поэтажной собственности» (*unechte Wohnungseigentum*). Изначально в режиме долевой собственности вещь делится на идеальные доли. *Miteigentum* образует «фундамент» или «ствол и ветви»⁶⁶, на котором «строится» или «вырастает» поэтажная собственность. Долевая собственность является родовым понятием по отношению к поэтажной.

Понятие поэтажной собственности дано в ст. 712а ГК Швейцарии, которая определяет ее как долю в праве собственности на земельный участок, дающая сособственнику «особое право» (*Sonderrecht*) исключительно (или эксклюзивно) пользоваться и благоустраивать (оборудовать) определенную часть здания. Исходя из этого, видно, что никакого дополнительного единоличного права собственности («особой собственности»), как в Германии, тут не создается. Поэтажная собственность в Швейцарии – это особым образом оформленная долевая собственность с ограниченным вещным правом пользования (*Sondernutzungsrecht*)⁶⁷. Законодатель через предоставление возможности создать такое право стремится ослабить режим долевой собственности.

Английский институт *commonhold* заключается в том, что собственник (*unit-owner* или *unit-holder*) является обладателем титула *freehold estate* на свои помещения или иные объекты⁶⁸, в то время как общие части здания находятся в собственности ассоциации (*commonhold association*), которая создается в форме компании с ограниченной гарантиями ее членов ответственностью (*company limited by guarantee*) согласно Закону о компаниях 1985 г. (*Companies Act*). Каждый собственник является в силу закона членом этой ассоциации. В литературе *commonhold* обычно⁶⁹ классифицируют как подвид *freehold. Freehold estate*⁷⁰ близок к праву собственности в континентальном понимании.

Вопрос о конструкции поэтажной собственности в российском праве не получил такого широкого обсуждения, как, например, в Германии. Мы остановимся на нескольких точках зрения по данному вопросу. Например, А.В. Егоров в своей работе указывает на специфику

⁶⁵ Этот список настолько широкий, что получается: в собственность конкретного лица попадает только «кубическое пространство» между стенами. Так, например, к общей собственности относятся: земельный участок, фундамент, крыша, балки, несущие и обычные стены, коридоры, лестницы, балконы и террасы. Даже окна, их вид и конфигурация относятся к совместной собственности (см.: *Lopez F.L. Commonhold Law in Spain. Horizontal Property Act 49/1960. Text, cases and materials. Madrid, 2010. P. 53–55*).

⁶⁶ *Ottiker M. Pfandrecht und Zwangsvollstreckung bei Miteigentum und Stockwerkeigentum. Bern, 1972. S. 24.* Видимо, это расхожее выражение у швейцарских юристов, так как оно часто встречается у разных авторов (см.: *Егоров А.В. Указ. соч. С. 164*).

⁶⁷ *Ottiker M. Op. cit. S. 25.*

⁶⁸ В статуте используется термин *commonhold unit*, в литературе иногда – термин *flat*.

⁶⁹ Например, см.: *Duddington. Op. cit. P. 2–7.* Об этом же говорит и *Smith – commonhold* основан на *freehold fee simple* с дополнительными правилами, которые и создают его специфику (см.: *Smith R.J. Property Law: Cases and Materials. Harlow, 2012. P. 601–610*).

⁷⁰ *Паця Т.М. Указ. соч. С. 42–43.* Автор называет отличительными признаками по английскому праву этого титула отчуждаемость (*alienation*), передаваемость по завещанию (*devisable*), возможность наследования по закону (*descendible*).

поэтажной собственности, проявляющуюся в двойственности прав на фактически одно и то же имущество⁷¹. Его понимание базируется на идее единой вещи и ее составных частей, реализация которой произошла в ст. 133 ГК РФ. Соответственно, по мысли автора, только земельный участок вместе со зданием в целом может быть объектом собственности нескольких лиц, и лишь к этой общей собственности присоединяются эксклюзивные права на пользование отдельными помещениями. Отмечая неестественный путь образования поэтажной собственности в России, автор подчеркивает неверность его последствий: в нашем правовом порядке определяющим стало право индивидуальной собственности, в то время как главным правом должно быть право общей собственности по причине его первичности во времени.

По нашему мнению, А.В. Егоров изложил абсолютно верно и определенно одну из точек зрения на поэтажную собственность, а именно швейцарскую и австрийскую (поэтому он и ссылается на швейцарский опыт). Но, как было показано выше, эта точка зрения является далеко не единственной, более того, она применяется в меньшинстве правовых порядков. Можно утвердительно сказать, что такая конструкция имеет меньше всего догматических недостатков, она является по-настоящему классической и базируется на принципах римского права и пандектистики. Однако нам представляется, что, во-первых, автор не указывает на практический эффект от возможного перехода на данную конструкцию (кроме теоретической чистоты). Недаром даже соседний и родственник немецкий правовой порядок пошел другим путем (что отрицает А.В. Егоров, как нам кажется, несправедливо). Во-вторых, позволим себе не согласиться с утверждением, что общая собственность всегда предшествует индивидуальной из-за первоначального объединения вкладов будущих собственников. Во многих правовых порядках (да и в России) часто сначала застройщик производит строительство, обладая индивидуальным правом на здание, далее дробит его на помещения и затем отчуждает. Кроме того, в популярной форме долевого участия в строительстве, где как раз происходит такое объединение капиталов, сначала возникают права лишь у застройщика, вкладчики же, будучи связаны, по сути, договором купли-продажи будущей вещи⁷², имеют лишь обязательственные права, но не вещные. Так что этот пример возможен только в крайне редких случаях, а также в кооперативной форме.

Другой представляется точка зрения Е.А. Суханова⁷³. Его взгляд абсолютно верно покоится на историческом отсутствии в отечественном правовом порядке категории составной части вещи и на реалиях появления поэтажной собственности в России в 1990-е годы. Автор относит нынешнее регулирование к правовым порядкам «подлинной поэтажной собственности» (*echtes Stockwerkeigentum*), но отмечает, что, несмотря на существование в России неразрывного соединения права собственности на помещение и доли в праве общей собственности на общее имущество дома, в отличие от немецкого права последняя категория имеет лишь вспомогательное значение⁷⁴, так как ее объявление формально, ибо доля не дает традиционных прав, принадлежащих обычному собственнику, а определяет лишь объем его обязанностей. Е.А. Суханов отмечает прекращение юридического существования здания, которое рассматривается лишь как совокупность отдельных помещений и становится объектом технического учета. Кроме того, он отмечает и беспрецедентное развитие поэтажной собственности, ведь эта конструкция была распространена и на нежилые помещения. В качестве заключения Е.А. Суханов говорит о возможности по действующему законодательству объединить все помещения в здании в

⁷¹ Егоров А.В. Указ. соч. С. 162–192.

⁷² Бевзенко Р.С. Квалификация и последствия сделок с будущей недвижимой вещью: комментарий к Постановлению Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем» // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 10. С. 56–71.

⁷³ Суханов Е.А. Указ. соч. С. 346–365.

⁷⁴ И в этом отношении Россия очень близка к балканским правовым порядкам, в особенности к Болгарии.

один объект недвижимости путем регистрации права общей долевой собственности на здание в целом (по желанию самих собственников).

Стоит только поприветствовать предложение Е.А. Суханова проводить реформу «мягким» путем, т. е. без императивного изменения существующих отношений, а с разрешением автономного принятия решения собственниками и одновременного сосуществования сразу нескольких вариантов поэтажной собственности. Последнее предложение особенно ценно, ведь одной из главных задач гражданского права является предоставление участникам рынка наиболее широкого и разностороннего правового инструментария для урегулирования собственных отношений. Чем больше будет адекватных правовых конструкций в российском частном праве, отвечающих запросам существующих экономических отношений, тем лучше для всех⁷⁵.

Абсолютно верным является особое подчеркивание того факта, что российское право изначально пришло к единоличной собственности на помещения. Это является нашей особенностью, появившейся в ходе приватизации жилого фонда: европейские правовые порядки шли от долевой собственности с большим или меньшим ее отрицанием. В связи с этим в отечественном правовом порядке возникают теоретические и практические сложности ввиду отсутствия в течение 70 лет научной разработки и судебной практики. В силу такой неестественности у нас сложилось и нетипичное расселение людей: за рубежом состав жильцов одного объекта обычно формируется из числа лиц со схожим образом жизни и социальным положением, что позволяет легче и быстрее достичь консенсуса в вопросах управления, – к примеру, обычно не поселяются под одной крышей молодые люди и пенсионеры, семьи и одинокие люди и т. д.⁷⁶.

Одним из немногих утверждений, с которым мы позволим себе не согласиться, является ограничение сферы действия поэтажной собственности только жилыми помещениями. Существующая мировая практика показывает, что институт поэтажной собственности работает и с жилыми, и с нежилыми помещениями, а также с коттеджными поселками и прочими сходными объектами.

Заканчивая обсуждение вопроса о конструкциях поэтажной собственности, попытаемся сформулировать свое собственное мнение. Проведя сравнительно-правовое исследование, мы можем сказать, что в мире существует как минимум четыре⁷⁷ конструкции института поэтажной собственности: «подлинная»⁷⁸ (комбинация единоличного права собственности и общей собственности), «неподлинная» (долевая собственность вкуче с правом пользования), «кооперативная» (собственность на объект недвижимости у корпорации, в то время как ее члены арендуют отдельные помещения) и «английская» (право собственности на помещение одновременно с членством в ассоциации, являющейся собственником общего имущества). При этом все они действуют эффективно в своих правовых порядках при наличии достаточной зако-

⁷⁵ Как выше было показано, это вполне естественная практика, например, в США.

⁷⁶ Зимица И.А., Давыдов Ф.Ф. Модели развития жилищной сферы за рубежом // Семейное и жилищное право. 2013. № 4. С. 35–37.

⁷⁷ Van der Merwe выделяет только две: унитарную и дуалистическую. Первая применяется в тех странах, которые не решились на полный отход от римского принципа *superficies solo cedit* и подошли максимально гибко к институту общей собственности, лишь добавив эксклюзивные права на занятие помещений. Право общей собственности остается фундаментальным и главенствующим. Эти страны – Швейцария, Голландия, Норвегия и др. Вторая система (дуалистическая) подразумевает наличие двух более самостоятельных прав, но не автономных. Они комбинируются в совершенно новую форму права собственности – *composite ownership* (составное, или комбинированное, право собственности). Причем большинство таких правовых порядков выводит на первое место индивидуальную собственность, что, конечно, противоречит техническому устройству здания. Но исторические, социологические и психологические предпосылки как раз и создают основу для восприятия индивидуальной собственности как первичного элемента. Так проявляется требование эксклюзивности правовой позиции (см.: Van der Merwe *C. European Condominium Law*. Cambridge, 2015. P. 5–6).

⁷⁸ В эту категорию попадают сразу три очень близких подвида, различия между которыми заметны лишь в деталях: немецкий, российский и кондоминиум. В первом на основной план выходит долевая собственность, во втором, наоборот, единоличное право собственности, в третьем – превалирование одного элемента над другим зависит от конкретного правового порядка и законодательного решения.

нодательной техники, квалифицированной подготовки судейского корпуса, а также должного уровня правосознания участников оборота. Все они на самом деле достаточно близки, разница зачастую обусловлена лишь теми или иными особенностями, продиктованными историческими, социально-экономическими или юридико-техническими условиями развития. Главное, что все они преследуют одну цель – предоставить эксклюзивное право на объект.

2.3. Квалификация института поэтажной собственности

Попытаемся дать правовую оценку данного института, ведь нечасто можно встретить такие «связки прав». Сложность догматического объяснения заключается в том, что поэтажная собственность охватывает различные объекты (земельный участок, жилые помещения, иное имущество), правомочия (право голосовать на общем собрании жилищных собственников), обязанности (нести расходы по содержанию и управлению).

В немецкой литературе приводятся следующие мнения. Wilhelm⁷⁹ описывает такую систему координат, в которой есть две крайности: обычная собственность на земельные участки (*Grundstückseigentum*) и обременения ее (самые различные виды залогов, сервитутов и т. д., в целом – ограниченные вещные права). Посередине находится категория «прав, схожих с правами на земельные участки» (*die grundstücksgleichen Rechte*). К ней он относит жилищную собственность, «частичную собственность» (*Teileigentum*), наследственное право застройки и *Bergwerkseigentum*⁸⁰. Такое название оправдывается тем, что на эти права распространяются предписания о праве собственности на земельные участки. Относительно каждого отдельного права добавляются специальные нормы, заводятся отдельные поземельные книги для жилищной и «частичной» собственности.

Рассуждая о природе жилищной собственности, автор говорит о том, что жилищная собственность – это обозначение объединения прав собственности, одно из которых сохраняется в состоянии идеального деления (обычная долевая собственность), а второе право уже выведено из идеального в реальное деление объекта⁸¹.

Сходной позиции придерживается Wieling⁸², который относит жилищную собственность к «правам, равным праву собственности на землю» (*grundeigentumsähnliche Rechte*), включая в это родовое понятие все те же четыре права плюс права пользования (*Nutzungsrechte*)⁸³, существовавшие в ГДР (права на здание на чужой земле). Эти права дают обширное и постоянное или долговременное право пользования земельным участком. Кроме того, юридически они приближены к праву собственности на земельный участок посредством ведения отдельных поземельных книг.

Традиционный подход к сущности жилищной собственности говорит о том, что жилищная собственность – это развившаяся долевая собственность *sui generis*, так как «область индивидуальной собственности предоставляется только в рамках долевой собственности на земельный участок и здание»⁸⁴. Eichler, ссылаясь дополнительно на Paulick, говорит, что «жилищная собственность – это ослабевшая долевая собственность с одновременно укрепившейся особой

⁷⁹ Wilhelm J. Op. cit. S. 756–761.

⁸⁰ Ограниченное вещное право, предметом которого выступают полезные ископаемые, изначально не принадлежащие собственнику земельного участка.

⁸¹ Wilhelm J. Op. cit. S. 762.

⁸² Wieling H.J. Op. cit. S. 380–381. С ним соглашается и Merle.

⁸³ Эти права родом из ГДР и продолжают существовать, даже если не занесены в поземельные книги.

⁸⁴ Eichler H. Institutionen des Sachenrechts. Bd. I. Berlin, 1957. S. 162–164. То же: Wolf M., Wellenhofer M. Sachenrecht. München, 2010. S. 32 – «особая форма долевой собственности». Müller K. Op. cit. S. 686: жилищная собственность все больше вычленяется из общей системы вещного права, слишком уж много отступлений от общих принципов.

собственностью». И в этом смысле жилищная собственность, развиваясь, дает своему обладателю «истинное единоличное право собственности» (*echtes Alleineigentum*)⁸⁵.

Немецкие авторы видят «подлинное право собственности» в правах и обязанностях⁸⁶, которые имеет обладатель жилищной собственности. Право жилищной собственности может отчуждаться и обременяться, сдаваться в аренду и наем, переходить по наследству. В случае отчуждения приобретатель вступает во все права и обязанности прежнего жилищного собственника, становится членом общества жилищных собственников автоматически. По общему правилу собственнику не нужны одобрения других собственников или третьих лиц (например, управляющего) для отчуждения. Однако может быть принято соглашение (которое ради вещного эффекта вносится в реестр), по которому такое одобрение необходимо⁸⁷. Если одобрение не получено, то и обязательственная, и вещная сделки недействительны⁸⁸; если же отказали без существенного основания, то продавец может обратиться в суд и получить его принудительно.

Существуют определенные различия между обременением обычной долевой собственности и жилищной собственности. В первой конструкции обременение затрагивает других собственников, хотя бы тем способом, что кредитор при обращении взыскания на долю может (в определенных случаях) требовать продажи с торгов вещи в целом⁸⁹. При жилищной собственности такого права у кредитора нет, права каждого отдельного собственника самостоятельны.

Жилищная собственность может быть обременена сервитутом, залогом, узуфруктом, вещными обременениями, правом преимущественной покупки и другими вещными правами. Причем в некоторых случаях обременение может устанавливаться не только на имущество отдельных собственников, но и на всех сразу⁹⁰.

Жилищный собственник обладает правомочием по защите своего права: виндикационное требование (§ 985), деликтные иски (§ 823, 249 и др.), требования об устранении нарушений и требования о воздержании от определенных действий (*Beseitigungsanspruch* и *Unterlassungsanspruch*, § 1004) и др.

Еще одним правом жилищного собственника является право на совместное с другими пользование общим имуществом, осуществлять его необходимо с должным уважением прав других собственников. Для этого создается общество⁹¹ жилищных собственников с органами

⁸⁵ Такого же мнения придерживаются W. Brehm и C. Berger: *Brehm W., Berger C. Op. cit. S. 375*. «Подлинная» собственность на помещения соответствует § 903 ГГУ, но идет вразрез с § 93, 94. Более подробный анализ теорий жилищной собственности см. S. 380–382. Из нерассмотренных теорий там содержится, например, представление о жилищной собственности как об особом образе оформленном обществе долевых сособственников (*Weißneuer*).

⁸⁶ § 13, 14 WEG подробно описывают права и обязанности жилищного собственника. Главная его обязанность – это поддерживать помещения, находящиеся в его особой собственности, в надлежащем состоянии и пользоваться общим имуществом только таким образом, который никак не вредит другим собственникам.

⁸⁷ Жилищная собственность, как уже понятно, это «сборник» отступлений от классических норм и представлений ГГУ. Поэтому и здесь заметен отход не только от норм по долевой собственности, но и, например, от § 137 ГГУ. На практике требование получения одобрения устанавливается часто для защиты от нежелательных соседей-покупателей и в ситуациях обременения с правом длительного жилищного пользования (*Dauerwohnrecht*), а также с ипотекой или поземельным долгом. В двух последних случаях устанавливается одобрение, ведь может состояться принудительная продажа с торгов объектов жилищной собственности и появятся новые собственники.

⁸⁸ *Müller K. Op. cit. S. 716–717*.

⁸⁹ *Wilhelm J. Op. cit. S. 756*.

⁹⁰ Если жилищные собственники обременили (или обременение существовало еще до создания жилищной собственности) весь земельный участок ипотекой, возникает *Gesamthypothek* на все доли, но не на земельный участок в целом, ведь его не существует юридически, раздел в поземельной книге закрыт. То же с *Gesamtgrundpfandrecht* (см.: *Baur J.F., Stürner R. Op. cit. S. 337*).

⁹¹ Так как правовые отношения интенсивнее, чем при долевой собственности, то и общество жилищных собственников – это больше, чем просто объединение долевых сособственников (см.: *Baur J.F., Stürner R. Op. cit. S. 334*). § 10 WEG предоставляет такому обществу правоспособность: оно может приобретать и осуществлять права и исполнять обязанности, имеет собственное название, выступает истцом и ответчиком в суде. В Швейцарии такое общество наделяется некоторыми признаками юридического лица, но таковым не становится. К такому обществу субсидиарно применяются нормы ГК Швейцарии об обществах (см.: *Ottiker M. Op. cit. S. 26*). Автор пишет, что «общество поэтажных собственников – это общество с сильными

управления: собранием (*Wohnungseigentümersammlung*) и управляющим (*Verwalter*), который назначается собранием на пять лет, управляет общим имуществом, исполняет решения собрания, ведет текущие дела общества, представляет его во вне, ежегодно составляет отчеты по расходам на управление и содержание общего имущества, которые принимаются собранием. Может появляться факультативный орган: управляющий совет (*Verwaltungsbeirat*) с совещательной функцией.

Праву пользования общим имуществом соответствует обязанность нести бремя расходов: затраты на ремонт, замену оборудования, вывоз мусора и страховые взносы по договорам имущественного страхования. Расходы распределяются пропорционально долям в общем имуществе без учета реального использования (исключение – коммунальные услуги: отопление, вода и пр.). В том же порядке делятся доходы от рекламных конструкций или сдачи помещений в аренду.

На последние доводы часто ссылаются в американской литературе⁹², когда обосновывают максимально возможную свободу собственников: они свои объекты содержат сами и платят с них налоги как с индивидуальных домов. Общее же имущество содержат, страхуют и платят налоги с него совместно. Для этого собственники должны (ежемесячно или с другой периодичностью) уплачивать платеж (*assessment*). Также создается определенный фонд для проведения ремонта общих частей.

Собственники сами решают, когда его проводить. В случае нехватки денежных средств в фонде собственники обязаны осуществить дополнительное финансирование.

В швейцарской литературе рассуждения о квалификации следующие. Авторы указывают, что особое право пользования определенным изолированным помещением и отсутствие в законе преимущественного права покупки⁹³ – это практически единственное, что глобально отличает поэтажную собственность от обычной долевой⁹⁴. В пользу признания поэтажной собственности подвидом долевой выдвигается аргумент об ограничениях собственника правами других: он не может осуществлять свои права, «затрудняя или нанося вред общим частям здания и оборудованию, внешнему виду строения»⁹⁵. Кроме того, он обязан поддерживать свои помещения в таком состоянии, которое необходимо для сохранения в исправном положении и хорошем внешнем виде здания в целом.

Прагматическое решение предлагается китайскими авторами, которые признают право единоличной собственности на помещения. Относительно вопроса о том, какой вид собственности устанавливается на общие части здания (долевая или совместная), пишут, что спор не имеет практического значения, ведь законодательство содержит детальное регулирование и не оставляет места для применения общих положений о совместной или долевой собственности. Поэтому авторы⁹⁶ допускают существование института «общей собственности *sui generis*».

Итак, на наш взгляд, необходимо четкое понимание следующего момента, который зачастую упускается отечественным правопорядком. Большинство юрисдикций под концепцией поэтажной собственности понимает единство трех компонентов: право единоличной собствен-

стремлениями в сторону юридического лица». Относительно правомочий по управлению и организации данное общество перешагнуло порог юридического лица, а относительно имущественных правомочий – нет. В Америке застройщик обязан создать перед началом продаж в кондоминиуме *condominium homeowners association*, задачей которой будет управление объектом в целом. Это юридическое лицо в форме *nonprofit corporation*. Застройщик сохраняет на практике за собой контроль над ассоциацией до продажи всех «юнитов» или определенного процента от них (обычно 75 %).

⁹² См., например: *Finkel D.F.* Op. cit. P. 39–41.

⁹³ Закон не дает права преимущественной покупки (*Vorkaufsrecht*) другим сосособственникам, но это можно сделать в *Begründungsakt* (акт о создании этажной собственности) или последующих соглашениях (*Vereinbarung*) и внести в поземельную книгу.

⁹⁴ *Ottiker M.* Op. cit. S. 25.

⁹⁵ Пункт 2 ст. 712а ГК Швейцарии.

⁹⁶ *Bu Y.* Op. cit. P. 220–221.

ности на помещения, право общей собственности на земельный участок и общие части здания, членство в ассоциации собственников. Важно понимать, что первые два компонента регулируются вещным правом, в то время как третий относится к области корпоративного права⁹⁷.

Итак, в качестве промежуточного вывода можно сказать, что, во-первых, поэтажная собственность – это институт гражданского права, позволяющий делить недвижимую вещь горизонтально с целью создания новых объектов гражданских прав и установления на них эксклюзивных⁹⁸ прав участников гражданского оборота. Во-вторых, это «комбинированное», или «составное», субъективное право⁹⁹, состоящее из права единоличной собственности на объект недвижимости, права общей собственности на общее имущество и права членства в ассоциации собственников. В-третьих, это особый вещно-правовой режим недвижимой вещи, юридически разделенной на отдельные самостоятельные части и «общую часть», каждая из которых становится объектом вещного права¹⁰⁰.

⁹⁷ *Van der Merwe C.* Op. cit. P. 5. Использует термин *law of association*. Об этом же говорит T. Zerres: *Zerres T. Bürgerliches Recht*. Berlin, 2009. S. 397–398.

⁹⁸ Эксклюзивность субъективного частного права понимается нами как предоставленная возможность исключительного характера управомоченному субъекту (подробнее см.: *Третьяков С.В.* Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // *Вестник гражданского права*. 2007. № 3. С. 242–260).

⁹⁹ Поэтажная собственность отвечает всем принципам вещных прав, приводимым в литературе (см.: *Емелькина И.А.* Система ограниченных вещных прав на земельный участок: Монография. М., 2011. С. 32–35). Такое название (составное или комбинированное право) предлагаем вслед за *composite ownership* из европейской литературы (см.: *Van der Merwe C.* Op. cit.).

¹⁰⁰ *Суханов Е.А.* Указ. соч. С. 355.

3. Основные элементы правового регулирования

3.1. Объект поэтажной собственности и разграничение общих и индивидуальных частей

Как было отмечено выше, единоличное право собственности и право общей собственности имеют различные объекты. Кроме того, ситуация разнится от одного правопорядка к другому.

В Германии и Швейцарии объектом особой собственности или особого права пользования являются жилые и нежилые помещения¹⁰¹. Долевая собственность же охватывает земельный участок, необходимые для прочности и функционирования здания его части, обслуживающие сооружения и оборудование (только до чьего-либо индивидуального ответвления). Даже если какие-то предметы находятся в помещении отдельного жилищного собственника, это будет долевая собственность всех в целом, если обслуживает не только это конкретное помещение, но и другие. Также стоит помнить, что в ФРГ закреплена презумпция принадлежности составных частей здания к общему имуществу¹⁰². ГК Швейцарии содержит обратную модель: действует презумпция¹⁰³ того, что составные части здания, которые могут быть объявлены общим имуществом сособственников, но этого не сделано, считаются отнесенными к особому праву.

В российском праве утвердилась позиция, что помещение как объект гражданских прав должно обладать признаками обособленности и изолированности¹⁰⁴. Помещение считается обособленным, если оно отграничено от остального объема здания (сооружения) строительными конструкциями, и изолированным, если оно имеет отдельный вход и не используется для доступа в иное помещение.

В других правопорядках поэтажная собственность определяется шире. Например, в Англии изначально планировалось применять *commonhold* только по отношению к новым многоквартирным домам, но фактически данный титул может применяться и к зданиям, где находятся только коммерческие помещения или их совокупность с жилыми, и к нескольким отдельно стоящим зданиям¹⁰⁵. Интересен подход английского законодателя: объект не должен обязательно включать в себя здание в целом или какую-либо его часть (помещение); это значит, что объектом прав собственника может стать «голый» земельный участок. В то же время «юнит» может состоять из двух и более составляющих его частей, например, квартира и парковочное место. Вообще по *Commonhold and Leasehold Reform Act 2002* (далее – *CLRA*) деление первоначального объекта может быть любым: вертикальным (например, таунхаусы (*terraced house*)), горизонтальным (появляются помещения, квартиры, офисы) или это могут быть отдельно стоящие здания. Единственное ограничение касается горизонтального деления:

¹⁰¹ Про немецкое понимание «помещения» мы говорили выше, а легального определения термина «жилье» (*Wohnung*) не существует (см.: *Wolf M., Wellenhofer M.* Op. cit. S. 32). Обычно его определяют как «сумму помещений, которая дает возможность ведения домашнего хозяйства». Для ведения домашнего хозяйства необходима возможность готовить горячую пищу, наличие воды, слива ее, туалета и др. При этом не являются важными условиями минимальное количество помещений или минимальная их величина (см.: *Erman W.* Op. cit. S. 153).

¹⁰² *Prütting H., Wegen G., Weinreich G.* BGB Kommentar. München, 2009. S. 169.

¹⁰³ Пункт 3 ст. 712b ГК Швейцарии.

¹⁰⁴ *Басов Е.В.* Понятие и признаки помещения // Семейное и жилищное право. 2016. № 1. С. 28–31; *Егоров А.В.* К вопросу о разграничении помещений на общие и индивидуальные в режиме «поэтажной» собственности. М., 2015. С. 169–173. В последней работе приведена обширная судебная практика по данному вопросу.

¹⁰⁵ *Lu Xu* приводит следующие примеры применения: проект из 24 отдельно стоящих коттеджей в Уэльсе с общей дорогой; квартал из 22 домов в сложившейся городской застройке с общим двором; караван-парк и др. (см.: *Lu Xu.* Op. cit. P. 338).

в одном и том же объекте не должно быть разных титулов, т. е. не может сложиться ситуация, когда на первом этаже *leasehold*, а на остальных *commonhold* (вариации могут быть различные)¹⁰⁶.

Что интересно, CLRA не содержит требования к смежности¹⁰⁷ земельных участков. То есть, например, может сложиться ситуация, при которой два земельных участка, разделенные публичной дорогой, будут находиться вместе в режиме *commonhold*. Статья 57 CLRA называет их «многообъектными» (*multiple site commonholds*).

Также широко определяются и австралийские термины *subdivision* или *lot*. Акты штатов определяют их как одно или несколько кубических пространств, обозначенных на страта-плане и не включающих в себя какую-либо общую инфраструктуру (*common infrastructure*).

Таким образом, объектом эксклюзивных прав может быть любое определенное специальным образом пространство, например, помещения, целое здание, парковочное место и др., при соблюдении нескольких условий: возможность независимого использования и регистрации права за конкретным лицом.

Широко обсуждался вопрос, где заканчивается эксклюзивное право собственника помещения. Было предложено два ответа¹⁰⁸. Первый, условно называемый «*middle of the wall theory*», говорит, что граница проходит посередине граничащей стены. Второй («*last layer of whitewash theory*») предлагает раздел по последнему слою штукатурки. Превалирующий подход заключается в том, что нужно использовать комбинацию этих двух принципов. До тех пор пока в правоотношении участвуют только собственники различных помещений в одной структуре, должен использоваться второй подход (например, ремонт квартиры). Как только в отношении входит третье лицо (налоговая служба или страховщик), применяется первый способ.

Возвращаясь к российскому праву, не представляется обоснованным разграничение ГК РФ помещений на жилые и нежилые¹⁰⁹. Это деление имеет место в публичном праве в рамках жилищного и административного права при решении вопросов предоставления жилой площади, соблюдения санитарных и технических требований. Для оборота вещей и установления прав на них (то, с чем в первую очередь сталкивается гражданское право) это деление едва ли имеет место (разве что для договора найма жилого помещения, в регулировании которого необходимо закреплять дополнительную защиту нанимателя). Это доказывает и вышеприведенный опыт других стран, где данная классификация, попав в текст закона 70 лет назад, практически вымерла на практике. Более того, рыночные отношения порой создают новые продукты, которые «ломают стереотипы»: речь идет о популярных апартаментах, которые де-юре являются нежилыми коммерческими помещениями, но де-факто они продаются застройщиками для проживания граждан. В дополнение можно вспомнить и о Постановлении Пленума ВАС РФ № 64, которое унифицировало правовой режим жилых и нежилых помещений. А раз правовой режим един, то зачем создавать два вида объектов гражданских прав?

Отказаться же вообще от помещения как самостоятельной недвижимой вещи не удастся. Популярность поэтажной собственности обусловлена следующими причинами¹¹⁰: доступность по цене по сравнению с другими видами жилой собственности; владение жильем, сопряженное

¹⁰⁶ Schedule N 2 CLRA 2002. Не могут быть объектом *commonhold*: сельскохозяйственные земли, «*flying freehold*» (весь или часть земельного участка находится над объектом соседа), *contingent estate* (титул, зависящий от наступления возможного будущего обстоятельства).

¹⁰⁷ Отсутствие этого правила все же не дает безграничных возможностей. Так, однажды один собственник двух земельных участков, находящихся на расстоянии более 10 миль в разных концах города, пытаясь соединить их юридически в одном *commonhold*, получил обоснованный отказ.

¹⁰⁸ *Ву У. Ор. cit. P. 222–224.*

¹⁰⁹ Например, в одной из работ указывается на особый правовой режим жилых помещений вследствие их нехватки и социальной значимости. С данным утверждением в реалиях России спорить не приходится, но аргумент не носит правового характера (см.: *Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. М., 1999. С. 341–345.*)

¹¹⁰ *Зимина И.А., Давыдов Ф.Ф. Указ. соч. С. 35–37.*

с меньшей степенью личной ответственности за содержание дома; расположение в районах с более легким доступом к центрам деловой и культурной активности в городах; возможность быстрой реакции на меняющиеся запросы потребителей и организации целого ряда дополнительных жилищных и бытовых услуг по приемлемым ценам; отсутствие зависимости от владельца жилья и постоянного роста арендной платы; развитие системы кредитования покупателей жилья, где целевые займы могут достигать 90 % и даже 100 % его стоимости.

Представляется, что многие проблемы российского права связаны с тем, что не устоялись или просто не сформировались некоторые фундаментальные понятия гражданского права. Так, в пример можно привести понятие «недвижимая вещь». Последний термин, конкретизирующийся в ст. 130 ГК РФ, славящейся своей неопределенностью и непостоянностью перечня, и в судебной практике¹¹¹, которая порой заставляет недоумевать всю правовую науку, находится в наиболее бедственном положении. Нам представляется, что эта статья ГК РФ устанавливает чрезмерно широкий перечень объектов недвижимости, что не имеет под собой правовых оснований. В ее защиту приводятся обычно только политические и исторические доводы. Целью нашей статьи не является детальное обоснование ошибочности такого подхода законодателя, однако представляется, что российское гражданское право должно двигаться в направлении принципа единого объекта¹¹². Таким образом, недвижимыми вещами останутся только земельные участки и помещения (как единственное исключение, которое включает в себя и машино-места), о чем, собственно, и говорит опыт многих других юрисдикций¹¹³.

Очередным шагом, который привел к еще большему усложнению ситуации, стало введение законодателем в ст. 130 ГК РФ новой недвижимости, а именно машино-места. Инициаторы данного нововведения говорили о том, что эти изменения увеличат оборот таких объектов, что именно существующая неразбериха его сдерживает. На практике же рыночная активность осталась прежней¹¹⁴, но стоит признать, что этот вопрос заслуживал внимания федерального законодателя, ведь вокруг машино-мест в разных субъектах Российской Федерации складывалась разная регистрационная и судебная практика.

Варианты решения проблемы были известны давно, мы их лишь перечислим: самостоятельная недвижимая вещь; долевая собственность с соглашением о порядке пользования¹¹⁵; не вещь, а часть общего имущества многоквартирного дома; кооператив. Будет справедливо сказать, что законодатель пытался придать стабильность и определенность правам на машино-места, однако, как нам представляется, сделал он это неудачно¹¹⁶. Понятно, что, имея «российскую» конструкцию поэтажной собственности, было бы непоследовательным применять к машино-местам режим долевой собственности. Хотя с отменой преимущественного права покупки и приданием соглашению о порядке пользования вещного эффекта проблема была бы решена более изящно. Кооперативная же форма в России не является популярной.

На наш взгляд, законодатель не учел два момента.

Во-первых, в жилых многоквартирных домах и офисных зданиях, где парковочные места находятся на нижних и подземных этажах, а также на прилегающей территории, необходимо

¹¹¹ Например, постановления Президиума ВАС РФ от 26.01.2010 № 11052/09 по делу № А53-3598/2008-С2-11; от 12.10.1999 № 2061/99 по делу № А72-2212/98-Кд136/1; Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ № 4-В12-13.

¹¹² Емелькина И.А. Указ. соч. С. 51–53. Практическая реализация этого принципа зависит от приложения политических и экономических усилий в первую очередь государства, как основного собственника земли.

¹¹³ Мы не беремся утверждать о судьбе участков недр. Этот объект требует отдельного внимания и исследований.

¹¹⁴ См.: СМИ узнали об отсутствии роста спроса на парковки в новостройках // РосБизнесКонсалтинг: ежен. интернет-изд. URL: <http://www.rbc.ru/society/09/02/2017/589bde9e9a79476da40e5a00> (дата обращения: 25.06.2017).

¹¹⁵ В Германии такое соглашение может сопровождаться установлением вещного права *Sondernutzungsrecht*, которое вносится в реестр.

¹¹⁶ В нормах Федерального закона от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» отчетливо видно влияние § 3 WEG.

было более активно использовать потенциал общего имущества здания. Вопрос отнесения того или иного парковочного места к единоличной собственности или общему имуществу должна решать проектная документация застройщика. Таким образом, еще на стадии проектирования можно задать определенный норматив соотношения машино-мест и помещений в здании, оставив некоторое их количество в единоличной собственности для дополнительных продаж. Это решение позволит более эффективно использовать ресурс земли в плотно застроенных городах, не придется совершать отдельные сделки купли-продажи, не нужна дополнительная документация на каждый объект (кадастровый паспорт и др.). Контраргумент о том, что не всем участникам поэтажной собственности нужно машино-место в здании, имеет экономический, но не правовой характер. Находясь в условиях открытого рынка, субъект всегда может выбрать подходящий объект для покупки: соглашаясь на покупку помещения, он присоединяется к проекту в целом. Стоит добавить, что сама проблема установления права собственности на машино-место преувеличена. Этот случай не требует эксклюзивных прав на определенный объект, как это делается в ситуации с помещениями. Потребность субъекта в последнем случае намного теснее связана с конкретным помещением: именно там он проживает или работает, хранит свои вещи, готовит пищу и т. д. В случае с машино-местом этого нет, связь субъекта и объекта намного менее заметна: потребность заключается лишь в необходимости надежно припарковать автомобиль. Обязательно ли на одном и том же месте?

То решение, что было в итоге принято, ведет к появлению тысяч новых объектов, которые должны будут проходить кадастровый учет, регистрацию прав, заключение отдельных договоров по их поводу.

Кроме того, вполне возможно появление так называемых «правовых матрешек» – совокупность машино-мест создает новое общее имущество сособственников и новое общество внутри другой поэтажной собственности (здания в целом). Это законодательное решение ведет лишь к дальнейшему дроблению понятия «недвижимая вещь», может быть, стоило остановиться на минимальном уровне – «помещение».

Во-вторых, непонятен ход законодателя: зачем вообще создавать машино-места как новый объект? Сама формулировка абз. 3 п. 1 ст. 130 ГК РФ оставляет желать лучшего: «часть здания или сооружения». Вполне можно было обойтись расширением на них режима помещений (как и делалось на практике до изменения ст. 130 ГК РФ). Это решение привело бы к вполне устойчивой структуре из трех вариантов: либо субъект является собственником помещения – квартиры или офиса, к праву на которые присоединена доля в общем имуществе дома, где есть машино-места, либо является собственником единого объекта – помещения¹¹⁷ (в площадь которого входит и квартира, и машино-место), либо является собственником только помещения (машино-места). Последний вариант возможен, если лицо покупает такой объект в соседнем доме или в своем, но сверх норматива, заложенного в проектной документации. Такое тройственное решение дало бы максимальную свободу выбора хозяйствующим субъектам, как это сделано и в зарубежных правовых порядках. Задача гражданского права – дать участникам оборота выбрать подходящую модель регулирования их отношений в зависимости от ситуации.

Говоря о вопросе конкретного разделения на общие и индивидуальные части, надо понимать, что он решается в конкретных условиях каждого правового порядка, а сложившаяся за десятилетия судебная практика потом служит основой для классификаций различными авторами¹¹⁸.

¹¹⁷ Кстати, именно об этом варианте часто говорят в немецкой литературе: *Gottwald P. Sachenrecht. München, 2011. S. 147–148; Baur J.F., Stürner R. Op. cit. S. 335.*

¹¹⁸ Те в свою очередь подходят к вопросу очень тщательно: в любом немецком комментарии к *WEG* или учебнике по вещному праву можно найти десятки страниц, посвященных этой проблеме, см., например: *Müller K. Op. cit. S. 693*: объем правомочий жилищного собственника распространяется только на воздушное пространство помещений и на некоторые предметы внутри: штукатурка, обои, обшивка потолка, настил для пола и др.; *Wieling H.J. Op. cit. S. 386*: внешняя стена – общее иму-

Мы не будем подробно останавливаться на этом вопросе в силу его казуистичности, отметим лишь основную идею. Она заключается в том, что каждый правопорядок имеет критерии выделения общего имущества в поэтажной собственности, на основании которых возможна его дифференциация на императивно-общее и диспозитивно-общее имущество¹¹⁹.

3.2. Саморегулирование собственников и принуждение к соблюдению правил общества собственников

Во всех исследуемых правопорядках законодатель оставляет собственникам большой простор усмотрения для принятия своих решений, для собственного урегулирования отношений. Обратной стороной такой диспозитивности является дальнейшее ограничение свободы собственника.

В Германии существует возможность принятия обществом своей «конституции» – *Gemeinschaftsordnung*, которая содержит все существенные правила по управлению и пользованию общим имуществом, получению необходимых одобрений, отношениям с управляющим, платежам на общие расходы. Этот документ вносится в жилищную поземельную книгу. Могут предусматриваться штрафы за невыполнение обязанностей, запреты коммерческого использования помещений в здании, в том числе аренды и найма, вплоть до запрета содержания собак в доме или игры на музыкальных инструментах в определенное время¹²⁰.

В развитие, дополнение и изменение законодательно установленных норм могут заключаться соглашения и приниматься решения собрания (для вещного эффекта регистрируются только соглашения). Их главная цель – избежать конфликтов, например, могут устанавливаться правила или очередность пользования определенным оборудованием. Если не удастся договориться, можно добиваться урегулирования через суд, тогда он создаст своим решением правила совместного пользования.

В Швейцарии и Австрии сособственники могут воспользоваться диспозитивностью по очень широкому кругу вопросов, который ограничен только отдельными императивными правилами, преследующими чаще всего социальные цели (например, в Австрии это императивное требование по минимальной доле¹²¹ (*Mindestanteil*) – против образования коммунальных квартир).

В английском праве предусмотрено принятие собственниками *commonhold community statement* (далее – CCS). Этот документ является основой прав и обязанностей ассоциации и собственников. Например, он может устанавливать обязанность собственников уплачивать определенную денежную сумму (и проценты в случае неуплаты), выполнять определенную работу, воздерживаться от сделок или от использования своего «юнита» определенным образом. Могут быть и такие обязанности¹²², как обязанность воздерживаться от вызывания раздражения и создания неприятностей, от определенного поведения¹²³. В итоге получается сеть позитивных и негативных обязательств, которые сохраняют свою силу и при изменении состава

щество, а краска или обои внутри помещения – собственность конкретного собственника; любые окна (и даже подоконники) считаются общим имуществом (видимо, вследствие их большой важности для фасада здания). Кроме того, многое зависит от конкретного архитектурного проекта, например, балконы и террасы могут как попадать в особую собственность, так и не попадать (см., например: *Erman W. Op. cit. S. 164*).

¹¹⁹ Об этом подробно см.: *Егоров А.В. Указ. соч. С. 167–178*.

¹²⁰ *Baur J.F., Stürner R. Op. cit. S. 335; Müller K. Op. cit. S. 699–700*.

¹²¹ *Суханов Е.А. Указ. соч. С. 359*.

¹²² Статья 31 CLRA 2002.

¹²³ *MacKenzie J.-A., Phillips M. Op. cit. P. 267–268*. Авторы говорят о том, что при создании сети взаимных обязательств существует следующая задача: не позволить отдельным субъектам ухудшать состояние их «юнита» и общего имущества. Обязательства же могут быть практически любыми, вплоть до ограничения шума и антисоциального поведения, а также запрета на домашних животных.

участников. CCS должен содержать правила использования, ремонта и содержания общих частей, правила страхования их ассоциацией; процедуру принятия решения по вопросам управления *commonhold*. Можно установить даже третейскую или медиативную оговорку.

Так как CCS чаще всего принимается еще на стадии строительства застройщиком, в этом же документе определяется количество и размеры *commonhold unit*¹²⁴, содержится технический план, соблюдающий предписываемые требования (например, об этажности, минимальной площади помещений, внешнем облике и др.).

Очень похожая ситуация сложилась в американском праве: застройщик подготавливает всеобъемлющий набор прав и обязанностей, которые воплощаются в отдельном документе (*condominium declaration*, иногда его называют *master deed*)¹²⁵. Этот же документ содержит разделение объекта в трехмерном пространстве на индивидуальные юниты и общие части (так называемый *plat*, детально показывающий расположение и размеры). Каждый собственник, покупая свой «юнит», связывает себя условиями данной декларации. Так как изначально все закрепить в декларации затруднительно, в последующем ассоциацией собственников могут издаваться конкретизирующие правила (*articles* и *bylaws*).

В российском праве также допускается определенная степень саморегулирования, что проявляется, к примеру, в ст. 44–46, 117, 145 ЖК РФ. Но уровня диспозитивности регулирования вышеуказанных правопорядков отечественный правопорядок явно не достигает. Необходимо допустить большее саморегулирование участников поэтажной собственности по аналогии с зарубежными юрисдикциями, дать им свободу самим определять правила совместного проживания, использования общего имущества и решать другие вопросы. В конце концов, основополагающими принципами гражданского права являются в том числе юридическое равенство, автономия воли и имущественная самостоятельность.

Сейчас же, например, ст. 30 ЖК РФ говорит об обязанности собственника помещения соблюдать правила пользования жилыми помещениями и правила содержания общего имущества собственников помещений в многоквартирном доме, которые утверждаются постановлениями Правительства РФ¹²⁶. Можно придать данным актам типовой характер и диспозитивную силу, чтобы заинтересованные собственники могли принять собственные правила. Публично-правовой характер присущ и системе капитального ремонта, где существуют региональные программы и региональные операторы.

Расширенные возможности в саморегулировании могут дать российскому праву различные гибкие конструкции, отлично приспособляющиеся к разным жизненным ситуациям. Например, за рубежом это привело к появлению *Sondernutzungsrecht* (в Германии), *limited use area* (в Англии) или *limited common areas* в США. Их природа сходна, а цель заключается в предоставлении преимущественных прав пользования на отдельные части общего имущества¹²⁷ или для установления определенного вида использования. Можно привести пример института, называемого в американской литературе *phase condominium*. Суть его заключается в том, что застройщик, реализовав первую очередь строительства, тестирует рынок на предмет спроса. Если экономические показатели хорошие, то он продолжает застройку, но исключительно в рамках заложенного проекта по *condominium declaration*. Таким образом, соблюдается баланс интересов: девелопер оставляет за собой возможность расширять стройплощадку,

¹²⁴ Статья 11 CLRA 2002.

¹²⁵ Такой же подход принят и в других странах, например, в Китае (принимается «положение по управлению кондоминиумом» (*management statute*)).

¹²⁶ См. постановления Правительства РФ от 13.08.2006 № 491 и от 21.01.2006 № 25.

¹²⁷ Müller K. Op. cit. S. 701. Интересно, что такое право может отчуждаться от одного жилищного собственника другому. В китайской литературе отмечается, что эти права отсутствуют в *numerus clausus* вещных прав китайского законодательства, но на практике они создаются очень активно (см.: Bu Y. Op. cit. P. 223).

а уже купившие свои «юниты» субъекты застрахованы от уплотнительной или некачественной застройки поблизости.

Теперь стоит обсудить конфликтную ситуацию, когда собственникам договориться не удалось, а правила, установленные судом, не сняли напряженности. Итак, если одно лицо что-либо существенно не удовлетворяет в регулировании отношений пользования общим имуществом, распределении расходов и др., единственным выходом будет продажа объекта своей поэтажной собственности. Но что делать, если один собственник вредит всему обществу? Не будут же другие продавать свое имущество или довольствоваться только убытками. Законодательство многих стран считает, что сама договорная основа совместного проживания собственников настолько важна, что в случае серьезных нарушений, которые влекут невозможность дальнейшего существования общества с таким «вредителем», необходимо предоставить возможность другим собственникам принудить его к продаже.

При подобном развитии событий в Германии собрание собственников принимает решение, которым предъявляется требование к отдельному собственнику, а в случае его неисполнения предъявляется иск. Решение суда в таком случае заменяет волеизъявление собственника в договоре купли-продажи, в вещном соглашении и при внесении в жилищную поземельную книгу соответствующих изменений. Помещение продается через публичный аукцион (*öffentliche Versteigerung*).

Иностранные правовые порядки также предусматривают механизмы принуждения собственников к уплате различных платежей (плата за поддержание в надлежащем состоянии общего имущества, страховые взносы, взносы в фонд ремонта). В случае их неуплаты добровольно на протяжении долгого времени в Швейцарии устанавливается залог в силу закона (*gesetzliches Pfandrecht*) на долю собственника. ГК Швейцарии¹²⁸ идет даже еще дальше и устанавливает право удержания (*Retentionsrecht*) на движимые вещи, находящиеся в помещениях такого собственника.

Схожие подходы к принуждению присущи американскому праву. По иску ассоциации собственников на объект собственника может быть наложен залог (*lien*). Соответственно, «юнит» может быть выставлен на принудительную продажу с целью взыскания. Как альтернативный вариант, может быть предъявлен иск о взыскании напрямую к собственнику¹²⁹.

Представляется, что российское гражданское право в случае отхода от гипертрофированного публично-правового регулирования данных правоотношений также может расширить круг применения иска по ст. 293 ГК РФ, как и в различных других правовых порядках, например, за невыполнение условий решений общества собственников и несоблюдение правил пользования, неуплату взносов на ремонт и содержание.

¹²⁸ Art. 712i–712k ZGB.

¹²⁹ Finkel D.F. Op. cit. P. 39.

Заключение

Несмотря на достаточно глубокие корни поэтажной собственности, уходящие еще в Средневековье, современная история данной правовой категории насчитывает менее 100 лет, за которые иностранные правовые порядки уже успели накопить достаточно большой опыт, как теоретический, так и практический. Это проявляется не только в богатстве юридической литературы, но, что важнее, в значительном количестве судебной практики по самым разным вопросам, встававшим при применении различных законодательных моделей в жизни. Думаю, этот опыт необходимо использовать в будущей реформе российского законодательства о вещных правах. Учет иностранного опыта поможет избежать необдуманных шагов, ошибок и недочетов при проведении будущей законотворческой работы.

Стоит признать, что поэтажная собственность не дает абсолютного господства над вещью в том его понимании, какое было у юристов во времена создания ГК Франции. Лицо частично даже утрачивает автономию воли, так как становится зависимым от пользования общим имуществом и от решений общего собрания. Но экономическая реальность XXI в. не предполагает дом и огромный земельный участок для каждого жителя планеты. Поэтажная собственность дает лицам шанс иметь собственное жилье или помещение для работы в городских удобствах.

Идея права собственности как безграничного и абсолютного господства устарела уже давно, более того, никогда в чистом виде она не применялась на практике. Современное публичное (земельное и градостроительное) право и экономика (концепция ограниченности ресурсов) сильно потеснили классические частноправовые институты. Поэтажная собственность строится не на индивидуалистском подходе, а на принципах общности и предотвращения социальных конфликтов. Границы, которые возникают у прав собственников, естественны и устанавливаются ради общего блага. Российское право должно пережить очередной этап вечного поиска баланса между субъективным правом собственности и его ограничениями.

Ежегодно в Российской Федерации вводятся в эксплуатацию десятки миллионов квадратных метров жилых и нежилых помещений, не менее 70 % населения проживает в различных многоквартирных домах. При этом, как было показано в статье, правовое регулирование данной области гражданско-правовых отношений оставляет желать лучшего.

В данной работе автор пытался подчеркнуть, что существует как минимум четыре подхода, которые могут описать происходящие процессы языком гражданского права, как представляется, с равным успехом. Различия конструкций поэтажной собственности заключаются в ходе их исторического развития от начальной точки. Эволюционируя, они сильно сблизились и по существу на данный момент большинство из них различаются между собой лишь в акцентах на отдельных деталях.

Все рассмотренные правовые порядки развиваются при наличии понимания, что необходимо устанавливать эксклюзивные права на объекты недвижимости и решать социально-экономические проблемы, которые заключаются не только в необходимости обеспечить всех жильем или рабочим пространством, но и в потребности предупредить или (если не удалось) разрешить споры. Совместное пользование одним объектом (а в многоэтажных зданиях число пользователей может достигать до нескольких сотен или даже тысяч) всегда должно предполагать большую гибкость, проявляющуюся в предоставлении широкой возможности для саморегулирования, и прозрачность в правовом регулировании, заключающуюся в системности и логичности, со стороны всего законодательства, а также правоприменительной и судебной практики.

И.И. Акимова
Формы и последствия отказа от осуществления
прав по договору в свете реформы
российского гражданского законодательства

Институт отказа от осуществления прав по договору является одним из наименее исследованных в отечественной цивилистической доктрине. Между тем в ходе продолжающейся реформы российского гражданского законодательства регулирование его кардинально изменилось. Внесение новых положений в ГК РФ поставило множество вопросов как с теоретической, так и с практической точки зрения.

В настоящей статье приводятся подходы к определению правовой природы данного института, описываются различные варианты его воплощения на практике, а также анализируется его соотношение с некоторыми другими институтами гражданского права.

В исследовании обосновывается необходимость дифференцированного подхода к решению проблемы последствий отказа от осуществления договорных прав в зависимости от вида таких прав.

I.I. Akimova

Forms and Consequences of Renunciation of the Contractual Right in the Light of the Russian Civil Legislation Reform

Renunciation of the contractual right is one of the most obscure civil law institutes in Russia. Meanwhile, its regulation has been dramatically changed during the reform of Russian Civil Code. As a result of introduction of new provisions into the Russian Civil Code, many challenges in interpretation and application of these rules have emerged.

This article explores some approaches to the legal nature of that institute, possible ways of its practical application, as well as its correlation and interrelation with other civil law institutes.

Finally, a differential approach to resolving the problem of consequences of renunciation of contractual rights depending on their type is substantiated.

Введение

До реформы российского гражданского законодательства на отказ от осуществления прав по договору распространялся общий запрет п. 2 ст. 9 ГК РФ. В 2015 г. в Кодексе появилась новая статья – ст. 450.1, п. 6 и 7 которой предусматривают специальное регулирование такого отказа. Согласно п. 6 заявление об отказе от осуществления прав по договору, сделанное стороной, осуществляющей предпринимательскую деятельность, ведет к невозможности осуществления этого права по тем же основаниям в дальнейшем. Пункт 7 распространяет аналогичные последствия на случаи, когда сторона не осуществила свое право в сроки, установленные законом, другими правовыми актами или договором.

Причину появления данных новелл можно отыскать в проекте Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России¹³⁰ (далее – Концепция). Авторы Концепции указывают на проблему отсутствия в российском договорном праве возможности отказа от договорных прав в целом. Необходимость таких поправок объясняется изменением исторических условий. По мнению разработчиков Концепции, строгое правило п. 2 ст. 9 ГК РФ «очевидно, не соответствует современному уровню развития отечественного гражданского оборота, особенно в сфере предпринимательской деятельности»¹³¹. В связи с этим предлагалось внести корректировки в ст. 9. Тем не менее в итоге пошли по иному пути и вместо изменения ст. 9 ГК РФ в общую часть обязательственного права была включена новая статья 450.1.

В начале же 1990-х годов в переходный период экономики разработчики Кодекса из патерналистских соображений не решились наделить участников гражданских правоотношений полной свободой¹³². В дальнейшем такой патернализм обернулся существенными перегибами: суды в ряде случаев не только признавали ничтожными непосредственно отказы от прав¹³³, но и не допускали негативные обязательства¹³⁴ и вообще любые ограничения осуществления прав¹³⁵. Такая ситуация приводила к злоупотреблениям со стороны отказывающихся от прав лиц, поскольку, как правило, в предпринимательских отношениях лицо отказывается от своего права не просто так: отказ может быть сделан в обмен на некое встречное предоставление. И в этом случае после получения такого предоставления «отказавшаяся» сторона все равно сохраняла возможность осуществить свое право, поскольку суды вставали на ее сторону. В условиях же, когда ГК РФ наполняется нормами о добросовестности, запретах злоупотребления правом и противоречивого поведения, данная новелла также поддерживает заданный вектор развития гражданского законодательства.

¹³⁰ URL: <http://privlaw.ru/sovet-po-kodifikacii/conceptions/koncepciya1/>.

¹³¹ Там же.

¹³² *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М., 2010. С. 303.

¹³³ Постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 19.04.2006 № А58-3284/05-Ф02-1689/06-С2 по делу № А58-3284/05 (отказ от права на взыскание неустойки); ФАС Московского округа от 24.02.2012 по делу № А40-71837/11-58-398; ФАС Уральского округа от 18.07.2006 № Ф09-6050/06-С6 по делу № А76-9568/2005 (отказ от права на взыскание процентов по обязательству).

¹³⁴ Постановления ФАС Дальневосточного округа от 21.04.2003 № Ф03-А73/03-1/743 (обязательство не реализовывать собственную продукцию без участия агента); ФАС Северо-Западного округа от 26.02.2006 № А13-7306/2005-16 (обязательство не эксплуатировать собственное имущество); Арбитражного суда Уральского округа от 11.11.2014 № Ф09-7066/14 по делу № А50-18705/2013 (обязательство не взыскивать убытки и неустойку); Определение Суда по интеллектуальным правам от 10.02.2014 по делу № СИП-192/2013 (обязательство не оспаривать регистрацию товарного знака и не предпринимать действий по досрочному прекращению охраны товарного знака) и др.

¹³⁵ Постановления ФАС Северо-Западного округа от 29.03.2010 по делу № А56-20238/2008 (недопустимость взыскания неустойки под условием согласия должника); ФАС Западно-Сибирского округа от 15.05.2007 № Ф04-2757/2007(33991-А03-30) по делу № А03-7454/2006-30 (недопустимость установления платы за односторонний отказ от договора по ст. 782 ГК РФ); ФАС Волго-Вятского округа от 03.02.2010 по делу № А82-3770/2009-8 (недопустимость установления неустойки за односторонний отказ от договора без предварительного уведомления другой стороны) и др.

Институт отказа от прав по договору вызывает интерес с точки зрения его правовой сущности, сферы применения, соотношения с другими институтами российского права, правовых последствий и т. д. Так, не вполне понятно, от каких прав можно отказаться, а от каких нет; может ли и, если может, то как, отказ от одного из прав повлиять на структуру отношений сторон в целом; какие правила подлежат применению в случаях, когда отказ от прав совпадает с иным институтом (например, прощение долга или одностороннее изменение договора). Не на все эти вопросы можно отыскать ответы в пока еще только формирующейся судебной практике, в доктрине они также или не ставятся вовсе, или просто описывается проблематика и указывается на необходимость дальнейшего и более подробного ее исследования¹³⁶.

¹³⁶ Договорное и обязательственное право (общая часть): Постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса РФ / Под ред. А.Г. Карапетова. М., 2017 (далее – Комментарий под ред. А.Г. Карапетова) (автор комментария – А.Г. Карапетов). С. 1091–1094; Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 4. С. 93–131.

1. Правовая сущность отказа от осуществления права

1.1. Механизм отказа от осуществления права и сфера его применения

Обсуждая правовую природу отказа от осуществления прав по договору, большинство исследователей сходятся на том, что отказ – это односторонняя сделка, требующая восприятия противоположной стороной¹³⁷. Такая квалификация непосредственно основывается на тексте п. 6 ст. 450.1 ГК РФ: стороне необходимо заявить отказ от осуществления права.

Однако в то же время уже довольно распространенной стала практика, когда стороны ссылаются на п. 6 ст. 450.1 при заключении мировых соглашений на этапе прекращения судебного спора¹³⁸. В данном случае заявления обеих сторон об отказе от существующих прав становятся частью такого соглашения. Более того, каждая из сторон готова отказаться от своего права только в том случае, если вторая сделает то же самое.

Вопрос же о форме данной сделки (как и вообще сделочной природы) непрост. Пункты 6 и 7 ст. 450.1 устанавливают два различных механизма. В соответствии с п. 6 лицо должно заявить об отказе от осуществления права. Согласно же п. 7 лицу достаточно бездействовать в течение определенного срока.

Отказ от осуществления права путем заявления управомоченного лица

Как уже было упомянуто, согласно п. 6 ст. 450.1 лицу необходимо заявить о своем отказе. Слово «заявляет» можно понимать довольно широко. Не возникает вопросов, если заявление было сделано в письменной форме или даже с прямой ссылкой на п. 6, – например, как в указанном выше варианте, в тексте соглашения. Также есть все основания признавать возможность и устного заявления с учетом общих правил относительно устной формы сделок, содержащихся в ст. 158 ГК РФ.

Однако с конклюдентными действиями управомоченного лица не все так однозначно. Нередко поведение может быть куда красноречивее устных или письменных заявлений. Если истолковать «заявление» таким образом, что его можно будет вывести из поведения должника, то возникает риск смешения отказа от осуществления права с еще одним институтом, недавно появившимся в ГК РФ, – эстоппелем (*estoppel*).

Типичным примером является ситуация, когда одна из сторон нарушает договор таким образом, что у другой стороны появляется право на односторонний отказ от договора. При этом сторона, у которой возникло такое право, продолжает исполнять свои обязанности и не демонстрирует намерения расторгнуть договор. Теперь данная ситуация урегулирована п. 5 той же ст. 450.1. В нем указано, что если сторона, имеющая право на отказ от договора, подтверждает действие последнего, то в дальнейшем она не может отказаться от договора по тем же основаниям. Если перефразировать данный пункт, то последствия применения п. 5 идентичны последствиям применения п. 6: осуществление права на отказ от договора по тем же основаниям не допускается. То есть, подтверждая действие договора, лицо тем самым отказывается от права на его расторжение. Несмотря на такую схожесть формулировок, п. 5 ст. 450.1 в лите-

¹³⁷ Комментарий под ред. А.Г. Карапетова (автор комментария – А.Г. Карапетов). С. 1091–1092; Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Указ. соч. С. 100 и далее; Суханова Ю.В. Отказ от субъективных гражданских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2008. С. 34–35 и др.

¹³⁸ Постановления Арбитражного суда Московского округа от 23.03.2016 № Ф05-2390/2016 по делу № А40-67515/2015; Девятого арбитражного апелляционного суда от 29.09.2016 № 09АП-37715/2016 по делу № А40-37646/16; от 31.03.2016 № 09АП-3613/2016-ГК по делу № А40-174192/15.

ратуре рассматривают в качестве одного из видов эстоппеля¹³⁹, а не формы отказа от права. Однако второй вариант также допускается¹⁴⁰. Тем не менее такое противопоставление в принципе может оказаться излишним. Поскольку аналоги эстоппеля появились в российском праве сравнительно недавно, всесторонне данный институт в отечественной науке не изучен.

Между тем даже в английском праве не всегда удается провести четкую грань между эстоппелем и английским вариантом отказа от права – вейвером (*waiver*)¹⁴¹. Предлагается ряд критериев, с помощью которых можно различать данные институты, однако все они достаточно казуистичны и многое оставляют на усмотрение суда. В частности, описанная выше ситуация (п. 5 ст. 450.1) с точки зрения английской доктрины может быть квалифицирована и как эстоппель, и как отказ от права путем выбора (*waiver by election*)¹⁴², и как оба данных института одновременно, но для разных целей¹⁴³.

Когда же идет речь об эстоппеле или о последствиях противоречивого поведения лица, то подразумеваются некие действия со стороны субъекта, демонстрирующие его волю. Однако лицо прямо не заявляет об отказе от своего права (как это, вероятно, требуется в п. 6 ст. 450.1 ГК РФ). Но своими действиями оно показывает, что осуществлять его не собирается. Таким образом, основное различие состоит в том, прямо ли лицо выразило свою волю или приходится выявлять ее, исходя из поведения.

Стоит сказать, что данный критерий неактуален для англосаксонского права, так как вейвер в форме конклюдентных действий или вовсе бездействия там также допустим. Более того, некоторые действия управомоченного лица могут квалифицироваться как *waiver by estoppel*¹⁴⁴, т. е., по большому счету, вейвер рассматривается как один из видов эстоппеля¹⁴⁵.

Проблема разграничения отказа от осуществления прав и эстоппеля как по форме, так и по содержанию встает и при анализе еще четырех новелл, появившихся в ГК РФ в 2013 и 2015 гг.¹⁴⁶ наряду с п. 5 ст. 450.1. К ним относятся абз. 4 п. 2 ст. 166, п. 5 ст. 166, п. 2 ст. 431.1, п. 3 ст. 432 ГК РФ¹⁴⁷. Первые две нормы посвящены запрету противоречивого поведения сторон ничтожных и оспоримых сделок в отношении возможности их оспаривания. Остальные же регулируют непосредственно сферу договорного права в части ограничений признания договора недействительным или незаключенным и возможности одностороннего отказа от договора соответственно.

Во всех указанных статьях, кроме п. 5 ст. 450.1, речь идет об ограничении возможности оспаривания (в широком смысле) договоров и сделок вообще. В связи с этим возникает необходимость разобраться, где идет речь об отказе от права на оспаривание, а где – об эстоппеле. Основным аргументом в пользу того, что данные положения подразумевают именно отказ от права на оспаривание, является то, что из поведения субъекта явно следует его намерение сохранить сделку. А значит, он согласен с ее условиями, не намерен ее оспаривать и в таком

¹³⁹ Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2016 (автор комментария – И.Б. Миронов); Демкина А.В. Порядок и пределы реализации права на отказ от договора или от осуществления прав по договору: новые правила ГК РФ // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2015. № 11.

¹⁴⁰ Комментарий под ред. А.Г. Карапетова (автор комментария – А.Г. Карапетов). С. 1088.

¹⁴¹ Wilken S., Ghaly K. The Law of Waiver, Variation and Estoppel. Oxford University Press, 2012. P. 33–34.

¹⁴² Wilken S., Ghaly K. Op. cit. P. 39–51.

¹⁴³ Ibid. P. 35–36.

¹⁴⁴ Ibid. P. 34.

¹⁴⁵ McKendrick E. Contract Law: Text, Cases, and Materials. 5th ed. Oxford University Press, 2012. P. 224.

¹⁴⁶ Федеральные законы от 07.05.2013 № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»; от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».

¹⁴⁷ Василевская Л.Ю. Институты иностранного права в Гражданском кодексе Российской Федерации: новое регулирование – новые проблемы // Судья. 2016. № 10.

случае он сам лишает себя своими действиями права на оспаривание. На это можно возразить, что все же, если управомоченный субъект попытается оспорить сделку, то в первую очередь внимание привлечет его противоречивое поведение, а не возможный предшествовавший отказ от права.

Следующее решение видится применительно к положениям ст. 166 ГК РФ. Если признать данные положения отказом от права на оспаривание и наделить их правопрекращающим эффектом¹⁴⁸, то здесь явно возникает коллизия с п. 2 ст. 9. Ведь согласно ст. 9 отказ от осуществления права прекращает право только в случаях, предусмотренных законом. В данном случае для наших целей формулировки и содержание п. 2 и 5 совершенно различны. В п. 2 ст. 166 прямо указывается на то, что лицо «не вправе оспаривать». Значит, закон непосредственно лишает лицо его права. Иначе выражается законодатель в п. 5 той же статьи: речь идет о некоем правовом значении заявления лица о недействительности сделки. Данное положение вызывает множество вопросов с точки зрения его доктринальной оправданности и практической целесообразности¹⁴⁹. Но поскольку данный вопрос не является предметом настоящего исследования, стоит лишь кратко отметить, что в этом случае об отказе от права на оспаривание речь идти не может как минимум по той причине, что у лица, заявляющего о недействительности сделки, нет никакого права на оспаривание в данном случае, поскольку природа ничтожных сделок такова, что они не нуждаются в оспаривании и недействительны в силу указания закона, независимо от воли их сторон¹⁵⁰. Аналогичная аргументация применима и к злоупотреблению правом. Нет особого субъективного права – нечем злоупотреблять¹⁵¹. Вероятно, в данном случае, пытаясь найти рациональное зерно в п. 5 ст. 166 ГК РФ, стоит обращаться исключительно к принципу добросовестности и институту конвалидации сделок (в той степени, в которой последняя может быть применима), но никак не к отказу от права на оспаривание.

Отказ от осуществления права путем бездействия

Вряд ли хотя бы один из судов сможет усмотреть в молчании или бездействии стороны «заявление об отказе» в смысле п. 6 ст. 450.1 ГК РФ. Однако такой механизм отказа заложен в п. 7 той же статьи. Из текста указанного пункта следует, что неосуществление права в установленный срок влечет применение правил п. 6. Причем на это должно быть прямое указание закона, иного правового акта или договора. В связи с этим на правила п. 7 можно посмотреть с двух совершенно противоположных сторон. На первый взгляд речь идет о действии пресекательного срока: срока для осуществления права, установленного законом, иным правовым актом или договором¹⁵². Однако механизм действия пресекательных сроков таков, что при их истечении право прекращается. И это является общим правилом. Тем не менее п. 7 ст. 450.1 ГК РФ претендует на то, чтобы ввести какое-то специальное регулирование. Следовательно, в данном случае происходит не прекращение права, на осуществление которого был установлен срок, а нечто иное. Значит, ни здесь, ни в п. 6 в качестве последствий не предусматривается прекращение права.

¹⁴⁸ Несмотря на то, что вторичный характер права на оспаривание можно поставить под сомнение (помимо воли управомоченного лица, необходимо еще и судебное решение), но все же реализация его, как правило, не зависит от действий противоположной стороны и именно поэтому здесь речь идет о правопрекращающем эффекте.

¹⁴⁹ Например: *Ширвиндт А.М.* Ссылка на ничтожность сделки как злоупотребление правом. Изобретение судов, закрепленное в законе // *Арбитражная практика*. 2015. № 7.

¹⁵⁰ *Генкин Д.М.* Относительная недействительность сделок // *Вестник гражданского права*. 2014. № 4. С. 190–220; *Тузов Д.О.* Lex «quasi» perfecta? О новой редакции ст. 168 Гражданского кодекса РФ и фундаментальных цивилистических понятиях // *Закон*. 2015. № 9. С. 34–48; *Он же.* Ничтожность и оспоримость юридической сделки: пандектное учение и современное право. М., 2007. С. 97–98.

¹⁵¹ Аналогичный подход был предложен при толковании ст. 10 ГК РФ в п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.11.2008 № 127.

¹⁵² *Грибанов В.П.* Сроки в гражданском праве // *Осуществление и защита гражданских прав*. М., 2001. С. 258–267.

Но возможно и другое понимание п. 7. Ранее в Кодексе не существовало общего правила о действии пресекательных сроков в гражданском праве. Их понятие являлось доктринальным, в то время как гл. 11 ГК РФ устанавливала лишь технические правила исчисления сроков вообще. При таком понимании, устанавливая в договоре пресекательный срок существования права, стороны должны прямо на это указать. Отсюда возникает вопрос, что будет, если они на это не укажут. В том, что в таком случае пресекательный срок перестанет быть пресекательным, возникают определенные сомнения. Кроме того, если законодатель хотел разъяснить механизм действия пресекательных сроков вообще, то почему он сделал это именно в данном месте Кодекса, в положениях о договоре, а не в общих положениях?

В контексте п. 7 ст. 450.1 снова встает проблема правовой природы отказа от права. Сделка ли это? Если да, то когда она совершена? Можно ли ее оспорить и по каким основаниям? Ни доктрина, ни судебная практика ответов не дает.

По всей видимости, наиболее удачным ответом будет следующий. В ГК РФ закреплены как минимум две формы отказа от осуществления права: путем прямого заявления об отказе (собственно отказ) и путем бездействия в течение установленного срока. В первом случае лицо сделочная природа такого действия, и она должна подпадать под регулирование всех соответствующих норм о сделках. Во втором же случае не требуется прямо выраженной воли управомоченного субъекта на отказ. Законодатель вменяет такую волю лицу, которое своим поведением не демонстрирует обратное в течение установленного срока. В этом случае лицо не заявляет отказа от осуществления права, однако законодатель распространяет на такое поведение аналогичные последствия.

Сфера применения отказа от осуществления договорных прав

Как прямо указано в тексте п. 6 ст. 450.1, такой отказ допустим только в предпринимательских отношениях. Но, помимо этого ограничения, существуют нюансы в том, от какого права можно отказаться. Во-первых, из формулировки указанного положения вытекает, что отказаться можно только от уже возникшего имеющегося права: «при наступлении обстоятельств, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором и служащих основанием для осуществления определенного права по договору». Значит, такие основания к моменту отказа уже должны наступить и право должно возникнуть¹⁵³. Дискуссионным остается вопрос, возможен ли отказ от права, которое еще не возникло¹⁵⁴. По всей видимости, отказ от права, установленного императивной нормой, в любом случае невозможен как минимум до возникновения такого права. Иначе это противоречило бы природе императивных норм.

С отказом же от будущего права, устанавливаемого или допускаемого диспозитивной нормой, все не так однозначно. Теоретически такой отказ допустим¹⁵⁵. Но фактически его невозможно будет отличить от одностороннего изменения договора в этой части. Логически получится, что сторона, выражая волю на отказ от будущего права, таким образом изменяет структуру правоотношения, что при наступлении определенных обстоятельств ее право прекратится через логическую секунду после возникновения. На практике это равнозначно тому, как если бы право не возникло вовсе.

Решить проблему отказа от еще не возникшего права нередко пытаются установлением негативных обязательств, в частности, обязываясь не применять меры ответственности в случае нарушения обязательства. До реформы такие условия суды не допускали и признавали

¹⁵³ Демкина А.В. Порядок и пределы реализации права на отказ от договора или от осуществления прав по договору: новые правила ГК РФ // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2015. № 11.

¹⁵⁴ Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Указ. соч. С. 101.

¹⁵⁵ Комментарий под ред. А.Г. Карапетова (автор комментария – А.Г. Карапетов). С. 1092–1093.

ничтожными как противоречащие п. 2 ст. 9 ГК РФ. Новая практика по данному вопросу пока не устоялась. Однако появление п. 6 ст. 393 должно поставить точку в вопросе о допустимости установления негативных обязательств вообще, поскольку теперь в законодательстве прямо прописан возможный механизм их принудительного осуществления.

Однако, несмотря на некоторую схожесть конструкций негативного обязательства и отказа от осуществления права, а также на то, что суды сталкиваются с трудностями при разграничении данных институтов, их последствия не идентичны. Как известно, в силу негативного обязательства лицо обязано воздерживаться от определенного действия или поведения¹⁵⁶

¹⁵⁶ Гражданское право: Учебник / Под ред. Е.А. Суханова. 3-е изд. Т. III: Обязательственное право. М., 2008. С. 14–15.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.