

ДОБРОСОВЕСТНОСТЬ КАК ПРЕДПОСЫЛКА ЗАЩИТЫ ПРИОБРЕТАТЕЛЯ В ГРАЖДАНСКОМ ОБОРОТЕ



Е.Ю. САМОЙЛОВ,

аспирант кафедры гражданского права
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

1.

Добросовестность как неизбежное доверие и критерий распределения риска

Защита добросовестности приобретателей в обороте относится к фундаментальным принципам каждого правопорядка, в то же время одна лишь ссылка на необходимость такой защиты малоубедительна¹. «Что может быть естественнее и справедливее, как покровительствовать добросовестным и наказывать недобросовестных... кажется, этот вопрос нельзя решать так просто»².

Проблема обоснования необходимости защиты добросовестности и выбора ее способов в гражданском праве до сих пор не утратила ни сложности, ни актуальности. Поискам решения сопутствует привлечение аргументации этического, психологического, социологического и экономического характера.

Одним из ближайших поводов к этическому обоснованию является очевидная в русском языке коннотация понятия «добросовестность» с такими катего-

¹ См.: *Canaris C.-W.* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971. S. 3.

² *Петражицкий Л.И.* Права добросовестного владельца на доходы и значение добросовестности для гражданского законодательства с точек зрения догмы и политики гражданского права. М.: Статут, 2002. С. 195.

риями этики, как добро и совесть. Термин «совесть» обозначает комплексное психическое явление, переживание, включающее способность человека осуществлять нравственный самоконтроль, способность и готовность оценивать отсроченные последствия поступков, развитое сознание ответственности, критический и чувствительный характер самооценки. В этом явлении могут преобладать рациональные или эмоциональные компоненты, но минимальную предпосылку для формирования совести составляет тот уровень достигнутого субъектом знания, который обеспечивает достаточный масштаб отражения причинно-следственных связей³. Присоединение к «совести» слова «добрая» призвано обозначить состояние гармонии поступка и опосредуемых совестью принципов несовершенства зла, неправды, т.е. все то, что обычно именуют чистой, незапятнанной совестью⁴.

Другим поводом к поиску этического начала в добросовестности являются представления о честности как положительном качестве человека, которое проявляется в недопущении известной ему неправды.

При таком взгляде добросовестный приобретатель — это совестливый и честный человек, который, будучи осведомлен о неуправомоченности отчуждателя, просто не способен нарушить чужое право собственности путем приобретения имущества. Если нарушение все-таки произошло, то добросовестный приобретатель мог участвовать в нем только неосознанно, действовать без вины и умысла. Следовательно, его приобретение извинительно в той мере, в какой нравственно извинительны совесть и честность.

На неосновательность этических мотивов защиты добросовестного приобретателя указывал Л.И. Петражицкий⁵. По его мнению, *bona fides* не включает в себе никакого нравственного ключа, никакой заслуги, является этически безразличным, бесцветным и не может предъявлять притязания на награду⁶. Даже если бы добросовестность была положительной заслугой, то поощрение таковой не входит в задачи гражданского права. Добросовестное приобретение есть не более чем объективное, хотя и случайное правонарушение (*casus*). Добрая совесть может при этом играть роль только обстоятельства, избавляющего приобретателя от наказания, но не основания для особых положительных милостей⁷.

³ См.: Назаретян А. Совесть в пространстве культурно-исторического бытия (полемиические заметки) // Общественные науки и современность. 1994. № 5. С. 156.

⁴ «Bona fides является понятием моральным, нравственным, на что указывает слово bona» (Brinz A. Lehrbuch der Pandekten. Erster Band. Zweite, veränderte Auflage. Erlangen: Verlag von Andreas Deichert, 1873. S. 629).

⁵ Правда, применительно к вопросу о судьбе доходов, извлеченных добросовестным владельцем.

⁶ См.: Petrażycki L. v. Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten. Vom Standpunkt des positiven Rechtes und Gesetzgebung. Drei zivilrechtliche Abhandlungen. Berlin: Verlag von H.W. Müller, 1892. S. 104, 165–166.

⁷ См.: Петражицкий Л.И. Указ. соч. С. 195.

Невозможность вменения приобретателю вины не объясняет невозможность истребования от него имущества действительным собственником⁸. Причина недоразумения лежит в неправильном воззрении на *bona* и *mala fides* как на нравственные величины. Употребление выражений «добросовестный», «недобросовестный» есть вредная и сбивчивая терминология, от которой хорошо было бы освободиться⁹.

Немного раньше эту мысль высказал *Регельсбергер* в менее радикальной форме: «Ни к чему не приводит обращение к сугубо этической стороне добросовестности. Нравственно чистый, честный приобретатель может быть признан недобросовестным, а безнравственный может оказаться добросовестным в юридическом смысле. Однако на принцип материальной публичности вещных прав и не возлагается задача награждать честность и наказывать бесчестность»¹⁰.

Разделяя это мнение и *Г. Амфитеатров*, говоря, что добросовестность есть извинительное заблуждение, результатом которого всегда является нарушение прав собственника. Поэтому наделять это заблуждение теми или другими положительными свойствами и качествами по меньшей мере странно¹¹.

По словам *К.И. Скловского*, «...известный нравственный фон, сопровождающий добросовестность, не составляет ее существа: добросовестность — не добродетель»¹².

Причиной *bona fides* выступают объективные факты, а содержание *bona fides* есть психологическое состояние, вызванное такими фактами¹³. Понятия «честность», «добросовестность», «нравственность» можно совсем элиминировать. Останется простое и ясное понятие — незнание (извинительное заблуждение)¹⁴.

⁸ См.: *Петражицкий Л.И.* Указ. соч. С. 203–204.

⁹ См.: *Петражицкий Л.И.* Указ. соч. С. 199.

¹⁰ *Regelsberger F.* Studien im bayerischen Hypothekenrechte, mit vergleichender Rücksicht auf andere neuere Hypothekengesetzgebungen. Erlangen: Verlag von Palm & Enke (Adolph Enke). 1872. S. 132–133.

¹¹ См.: *Амфитеатров Г.* Вопросы виндикации в советском праве // Советское государство и право. 1941. № 2. С. 47.

¹² *Скловский К.И.* Применение норм о доброй совести в гражданском праве России // Хозяйство и право. 2002. № 9. С. 81. Интересное наблюдение делает Н. Костюк: «Нередко к ссылке на недобросовестное поведение прибегают адвокаты. Чаще всего имеются в виду нравственные категории. В гражданском споре это говорит скорее о слабости выстраиваемой защиты. Нравственный фон может сбивать с толку, если не определено конкретное юридическое содержание. Как представляется, попытки вывести смысл добросовестности непосредственно из нравственности ни к чему не приведут» (Добросовестность в российском и зарубежном гражданском праве // Хозяйство и право. 2008. № 12. С. 99).

¹³ См.: *Petrażycki L.* v. Op. cit. S. 104, 165–166.

¹⁴ См.: *Петражицкий Л.И.* Указ. соч. С. 204.

Разумеется, несостоятельность этического подхода к понятию добросовестности можно принять и без терминологической замены¹⁵. Но вопрос о том, существуют ли иные мотивы повсеместно распространенной защиты добросовестности, даже если свести ее к незнанию, остается открытым. Было бы столь же просто, сколь и странно констатировать извинительность незнания приобретателя, не находя общих оснований подобного извинения.

Между тем анализ общих причин действия приобретателя в отсутствие знания о неуправомоченности отчуждателя приводит к простому выводу о том, что подобное незнание становится зачастую не столько извинительным, сколько принципиально неизбежным.

В действительности субъективный момент, позволяющий приобретателю принять решение о заключении сделки с отчуждателем, представляет собой доверие¹⁶. Доверие в широком смысле как вера в успех собственных ожиданий является элементарным фактом общественной жизни. Во многих ситуациях человек имеет выбор — доверять или нет, но при полном недоверии человека ко всему он однажды утром не смог бы покинуть своей постели¹⁷. Конечно, в некоторых случаях следует проявлять недоверие и принимать меры предосторожности, но далеко не всегда это возможно. Полное как рациональное, так и физиче-

¹⁵ В данном случае Л.И. Петражицкий, очевидно, попытался усилить свой аргумент тем психологическим эффектом, который окажет перемена терминов. Действительно, выражение «защита незнания, заблуждения» внешне уже не выглядит как нечто оправданное, вызывающее сочувствие.

¹⁶ Кстати, в некоторых языках для обозначения добросовестности избраны термины, значение которых семантически ближе именно к «доверию», «доброй вере», чем «совести» и «честности»: нем. *guter Glaube*, франц. *bonne foi*, итал. *buona fede*, исп. *buena fe*, порт. *boa fé*. Если верить Бринцу, таким же значением обладает и лат. *bona fides*; отсюда и *фидуциарность* как обозначение доверительного характера правоотношений.

По словам К.И. Скловского, перевод *bona fides* на русский язык не мог не учитывать изменения значений этого выражения в ходе правовой эволюции. Буквальный перевод *fides* как веры, доверия противоречил бы изменившемуся смыслу этого института. Выбор слова «совесть» с основным значением «совместное познание» выражал именно такую характеристику поведения лица, которая описывает получение знания от другого или вместе с ним (Указ. соч. С. 82). Однако автор не объясняет, кому и зачем понадобилась подобная характеристика поведения приобретателя. Совместное (очевидно, с отчуждателем) познание приобретателя приводит к незнанию последнего о действительном правовом положении, только и всего. Этимология слова «совесть» не способствует раскрытию подлинного значения *bona fides* как доверия приобретателя в условиях его ограниченного знания. К тому же, каким образом эволюционное изменение смысла правового понятия *bona fides* проявилось только в русском его переводе?!

¹⁷ Примечательно, что и совесть как мотивационно-регуляторный фактор деятельности способна подчас, достигнув запредельных значений, обернуться противоположным эффектом — парализацией деятельности. Такой психиатрический синдром, как неумеренное чувство вины, приводит к тому, что человек не может решиться встать с постели, иначе, например, при хождении по земле он раздавит какое-нибудь насекомое. Правда, менее всего следует ожидать, что такой синдром когда-либо выразится в отказе от осуществления предпринимательской деятельности ввиду страха перед неизбежным нарушением налогового законодательства или в отказе от любых приобретений из-за боязни нечаянно купить чужое.

ское преодоление внешней сложности и непредсказуемости окружающего мира не под силу человеку¹⁸. Неизбежность и необходимость доверия в этом смысле можно рассматривать как известное основание для вывода о нормах правильного и разумного поведения людей, потому что единственная альтернатива доверию — хаос и парализующий страх¹⁹.

Понятие сложности (*Komplizität*) окружающего мира обозначает количество возможностей, которые потенциально реализуемы в одной из социальных систем. Для каждой такой системы окружающий мир чрезмерно сложен: он предусматривает больше возможностей, чем те, на которые система или ее элементы способны содержательно и эффективно реагировать. В этом смысле любая система опирается на внешнюю селективную среду и открыта по отношению к ней. Социальная система не может вычислить, узнать или вообразить все возможности, предусматриваемые селективной средой, не в силах предвидеть фактическую реализацию в системе одних и отпадение других возможностей в будущем, тем более не способна управлять этим процессом. Это вынуждает систему и ее элементы функционировать при известных, но далеко не полных и непрерывно изменяющихся фактических данных.

Социальная система и каждый человек по мере возрастания и осознания сложности нуждаются, соответственно, в средствах редукции (сокращения) сложности. Таким средством становится, например, язык как механизм номинации и обобщения. На психологическом уровне самоуверенность и самонадеянность иногда обуславливают избирательность мышления и образа действий. Одной из таких форм редукции является доверие²⁰.

Доверие всегда соотносится с критической альтернативой: вред от неоправданного доверия может быть больше, чем преимущества, ради которых доверие выражено²¹. В этом смысле проблема риска сопряжена с фактором времени. Само доверие (как факт) может быть выражено только в настоящем. Тот, кто доверяет, «опережает» время, действует так, будто уверен в будущем. Проблема доверия как раз и состоит в состоянии неопределенности, т.е. в том, что будущее содержит больше возможностей, чем актуализировано в настоящем или доступ-

¹⁸ См.: *Luhmann N. Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität. 2. erweiterte Auflage. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1973. S. 1.* Фундаментальным фактом в основе любого социального порядка является то, что никто не может знать все частные факты и предвидеть, соответственно, их последствия. Так и возникает необходимость в общих правилах поведения как механизме преодоления ограничений, налагаемых естественным неведением, незнанием большинства частных фактов (См.: *Хайек Ф.А.ф. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М.: ИРИСЭН, 2006. С. 176).*

¹⁹ См.: *Luhmann N. Op. cit. S. 1.* Неизбежность доверия можно выразить и словами Шиллера: «Du musst glauben, du musst wagen, denn die Götter leih'n kein Pfand...» (*Schiller F.v. Sehnsucht. 1801).*

²⁰ См.: *Luhmann N. Op. cit. S. 3–8.*

²¹ См.: *Luhmann N. Op. cit. S. 24.*

но предвидению. Любые из таких потенциальных и в большинстве своем неизвестных возможностей могут быть реализованы. Будущее превышает потенциал воображения человека²². Не существует никаких естественных гарантий, что намеченный, соответствующий выражаемому доверию результат будет достигнут.

Осознание риска такого несовпадения, разницы между «своим настоящим будущим» и «своим будущим настоящим», дает повод к попытке обеспечения надежной связи между настоящим и «намеченным» будущим, если предполагаемое «случайное» будущее может оказаться вредным, опасным²³. Это возможно с помощью права, которое дает рациональные основания предварительного распределения риска между сторонами, для каждой из них снижая уровень риска будущей неопределенности.

С одной стороны, право всецело основывается на возможности доверия людей друг к другу; с другой стороны, выражение доверия при условии распределения риска возможно только на основе права²⁴. С точки зрения этики подлинное доверие не может быть предварительно обеспечено, оно должно пройти проверку временем²⁵. Поэтому не имеет смысла вести речь об этической фундированности доброй совести в гражданском праве, этика просто не предполагает гарантий доверия и необходимости его защиты.

Но почему же возникает потребность изменить прежние юридические критерии распределения риска в пользу добросовестного приобретателя?

Доверие не нуждается в особой правовой форме поддержки и не оценивается как юридический критерий распределения рисков только в рамках относительно простой социальной системы, где оправданность доверия является подтверждаемым на практике правилом, а не исключением. В очень простых и настолько малых социальных системах, что все участники доверяют друг другу, возможно сближение права и доверия до степени совпадения (тождества). Здесь право и доверие как механизмы неотделимы друг от друга. Доверие представляет собой подразумеваемое социальное требование к каждому, недоверие же признается неуважением к праву и социуму в целом.

²² «Не следует также ожидать, что развитие научно-технической цивилизации поставит все события под полный контроль и заменит доверие как социальный механизм материальным господством, властью над фактами» (*Luhmann N. Op. cit. S. 17*).

²³ См.: *Luhmann N. Op. cit. S. 12–13*.

²⁴ См.: *Luhmann N. Op. cit. S. 37*. «Право есть не что иное, как система распределения рисков, которая изменяет и исправляет стихийно складывающееся их распределение на основе естественных законов экономики» (*Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства // Избранные труды по общей теории права. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2006. С. 165*).

²⁵ См.: *Eichler H. Die Rechtslehre vom Vertrauen. Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1950. S. 111*.

Однако во всех чрезвычайно дифференцированных, сложных социальных порядках, напротив, обособление права и доверия неизбежно. Риски здесь индивидуализированы, выражение доверия не подчиняется больше в равной мере социальному требованию. Возникает представление об общепринятом критерии извинительности ошибки, допущенной при выражении доверия потерпевшим²⁶.

В условиях сложной и открытой социальной системы многократное повышение риска выражения доверия к контрагентам и фактам (составам), обычно подтверждающим принадлежность им титула собственности (иных вещных прав), становится системным недостатком права. Как показано выше, доверие в такой социальной системе, как правопорядок, неизбежно, потому что физически невозможным оказывается обеспечение абсолютной общеизвестности и достоверности искомых фактов²⁷. Повышение в имущественном обороте риска выражения доверия приводит прежде всего к увеличению издержек, связанных с попытками полного и достоверного определения управомоченности отчуждаемых. При возрастании риска до уровня неоправданного в экономическом смысле кризис доверия в обороте приводит к дисфункциональному эффекту, что грозит в лучшем случае сужением оборота до локального («безопасного») круга участников и соответствующих объемов, в худшем случае — полной остановкой оборота²⁸. Очевидно, что оснований для возложения неоправданного риска или несоразмерных издержек на приобретателей нет, поскольку такой риск вызван прежде всего системным недостатком самого правопорядка. Не существует и вряд ли появится техническая возможность абсолютного устранения этого риска.

В этих условиях кроме правового не остается иного рационального способа решения в сущности экономической проблемы²⁹. Защита доверия может осу-

²⁶ См.: *Luhmann N.* Op. cit. S. 35–36. Отсюда и народные поговорки, наподобие «Trau, schau wem» («доверяй, гляди, кому»).

²⁷ Ср.: Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 532 (автор главы – В.С. Ем): «Добросовестность приобретателя связывается законом с незнанием им факта, имеющего юридическое значение. Данное заблуждение (незнание) приобретателя является, с точки зрения закона, извинительным, так как он не мог его избежать» (курсив автора – Е.С.).

²⁸ Ср.: *Суханов Е.А.* Право собственности и иные вещные права в России // *Маттеи У., Суханов Е.А.* Основные положения права собственности. М.: Юрист. 1999. С. 371: «Истребование имущества собственником во всех без исключения случаях могло бы серьезно осложнить гражданский оборот, ибо тогда любой приобретатель оказался бы под угрозой лишения полученного имущества и потому нуждался бы в дополнительных гарантиях».

²⁹ Об экономических мотивах см., например: *Трепицын И.Н.* Приобретение движимостей в собственность от лиц, не имеющих прав на их отчуждение. Варшава, 1907. С. 509–522.

ществляться путем изменения юридических критериев распределения риска в пользу доверяющего — добросовестного приобретателя. Альтернативным же способом может стать не защита, а «компенсация» доверия путем предоставления возможности страхования приобретения и возмещения убытков приобретателю. Однако такой способ также напрямую зависит от экономической оправданности принятия страховой компанией на себя рисков приобретателей либо приемлемости издержек приобретателей при взыскании убытков.

Таким образом, добросовестность как доверие «принимается во внимание лишь в той мере, в какой это необходимо для частнособственнического оборота»³⁰. А необходимость эта заключается в создании условий безопасности, стабильности оборота³¹, которая предполагает, что «намеченное благоприятное изменение в имущественно-правовой сфере определенного лица (приобретателя) не может быть уничтожено обстоятельствами, не известными данному лицу»³².

Обыкновенно с этого момента берут свое начало попытки экономического обоснования защиты добросовестности, включая сравнение показателей позитивного общеэкономического эффекта от защиты приобретателей и показателей общих потерь имущества действительными собственниками в результате такой защиты. В задачи настоящей статьи не входит анализ экономических подходов к политико-правовой аргументации защиты доверия³³. Важно лишь под-

³⁰ См.: *Иоффе О.С.* Цивилистическая доктрина промышленного капитализма / Избранные труды по гражданскому праву. 2-е изд., испр. М.: Статут. 2003. С. 106. О том же: *Oertmann P.* Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein // *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht.* 95. Bd., 4. Heft. 1930. S. 458 ff.; *Амфитеатров Г.Н.* Иски собственников о возврате принадлежащего им имущества. М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1945. С. 6.

³¹ См.: *Regelsberger F.* Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten // *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.* 2. Folge 1. Band. 1904. S. 354–355; *Арзамасцев А.Н.* Охрана социалистической собственности по советскому гражданскому праву. Л.: Издательство ЛГУ, 1956. С. 47, 53–54: «Развитие экономического, в том числе товарного, оборота может происходить лишь при наличии определенных условий, обеспечивающих и способствующих переходу имуществ из одной сферы их использования в другую. С точки зрения активно воздействующей роли гражданского права это находит свое выражение в установлении определенных юридических условий, гарантий обоснованности перехода имущества и соответственно – перемещения права собственности на него. Одной из таких гарантий в гражданском обороте... является принцип ограниченной виндикации при защите прав собственника».

³² *Ehrenberg V.* Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister // *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.* 2. Folge, 11. Band. 1904. S. 281–282.

³³ Пожалуй, в качестве самой неудачной попытки аргументации можно привести следующее: «Добросовестный приобретатель нуждается в правовой защите, поскольку при заключении сделки он проявляет добрую волю и не преследует корыстных целей. Его незащищенность и весьма шаткое положение, вызванное риском неправомерной утраты имущества, противоречит принципам свободы договора и свободы экономической деятельности, приводят к дестабилизации гражданского оборота» (*Терехова О.В.* Защита прав добросовестного приобретателя недвижимости // *Правовые вопросы недвижимости.* 2007. № 1). За исключением отсылки к стабильности оборота, в процитированном отрывке ничего похожего на правдоподобные мотивы защиты добросовестности не содержится.

черкнуть, что выражение доверия в имущественном обороте становится безопасным только в правовой форме, в которой доверие невосприимчиво к граничащему с ним подозрению как препятствию и ограждено от неоправданного риска³⁴. В свою очередь предоставляемый способ защиты в виде гарантии получения позиции собственника формирует мотивационную структуру приобретателей, обеспечивая их ожидания при выражении доверия в обороте разумным образом³⁵.

Доверие может стать юридическим критерием распределения риска, элементом системы права, лишь при условии выработки в догматике правового понятия. Это позволит не только обеспечить доказывание доверия и его правовую оценку в каждом конкретном случае, но и сформировать для приобретателей рациональные ориентиры их поведения в обороте. После такой догматической переработки доверие и весь положительный контекст этого социального механизма вмещаются в содержание понятия добросовестности, которым и оперирует гражданское право.

При этом правопорядок вынужден ограничивать себя в применении принципа доверия (добросовестности), чтобы не допустить разрушения прежних, более уместных и обоснованных для конкретного института принципов³⁶. «Выбор ситуаций, которые позволяют противопоставить добрую совесть субъективному праву, происходит по принципу исключения»³⁷. Очевидно, в самом праве не существует априорной и приоритетной модели защиты добросовестности. Подход же, состоящий в поиске общей конструкции такой защиты за пределами действующей системы права, сомнителен с точки зрения его продуктивности при регулировании множества разнообразных частных случаев³⁸. Следовательно, невозможно дедуктивно вывести и нецелесообразно формулировать единые критерии защиты добросовестности в

³⁴ Если нормы о защите доверия к внешним фактам «иногда как бы приносят принцип собственности в жертву принципу безопасности оборота, то не следует упускать из виду, что эта безопасность оборота, в свою очередь, повышает ценность права собственности и таким образом идет ему же на пользу» (Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 4-е изд., испр. М.: Статут. 2003. С. 201).

³⁵ См.: *Luhmann N.* Op. cit. S. 37.

³⁶ См.: *Luhmann N.* Op. cit. S. 36–37.

³⁷ Склоцкий К.И. Применение норм о доброй совести в гражданском праве России // Хозяйство и право. 2002. № 9. С. 85.

³⁸ См.: *Canaris C.-W.* Op. cit. S. 3–4.

гражданском праве³⁹. Конкретные правовые решения следует искать отдельно (индуктивно) для каждого из разнообразных институтов, требующих учета добросовестности.

Разумеется, принципиальное решение о необходимости защиты добросовестности, в том числе в виде сохранения за приобретателем права, «полученного» по сделке с неуправомоченным отчуждателем, должен принять и отечественный законодатель. Здесь выбор способов защиты обусловлен разнообразием, а также неразвитостью институтов, в которых она реализуется. Это обстоятельство предопределяет поиск решения с учетом особенностей отдельного института, реальной экономической потребности в реализации принципа защиты и организационной готовности к этому.

Тем не менее определение общих инвариантных признаков добросовестности приобретает, несомненно, методологическую ценность для гражданского права.

Понятие «добрая совесть» содержит общий признак применительно к разным ситуациям и разным институтам, но объем этого понятия вариативен, поскольку зависит от наличия (отсутствия) дополнительных признаков в содержании понятия. Можно сказать, что «этим «общим» для всякого случая определения добросовестности будет выступать ее рассмотрение в качестве характеристики субъективного отношения лица к совершаемому им... приобретению»⁴⁰. Но необходимо добавить, что такая характеристика должна иметь не субъективное психологическое, а объективированное правовое содержание.

³⁹ Сходным, но неточным образом выражает свою мысль С.А. Краснова: «...сформулировать общее, универсальное определение добросовестности невозможно в принципе, так как термины «добросовестный», «недобросовестный» наполняются разным содержанием применительно к разным правовым ситуациям» (Краснова С.А. Понятие и значение добросовестности приобретателя от неуправомоченного лица // *Вещные права: система, содержание, приобретение* // Сб. науч. тр. в честь проф. Б.Л. Хаскельберга / Под. ред. Д.О. Тузова. М.: Статут. 2008. С. 338). Если бы это соответствовало действительности, т.е. используемый в разных ситуациях термин «добросовестность» связывался бы с разными понятиями, не имеющими общего содержания (существенных признаков), то следовало бы признать омонимичность этого термина. Кстати, существует весьма близкое к этому утверждение: «Понятие доброй совести не поддается положительному определению со стороны своего содержания: норма доброй совести – только форма, в которую вкладывается разнообразное положительное содержание, соответствующее нарастающим требованиям правосознания» (См.: *Новый энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона*. Т. XVI. СПб.: Типография Акционерного Общества «Брокгауз-Ефрон». 1911–1916. С. 426). Однако динамичность понятия вовсе не означает, что оно может быть наполнено каким угодно содержанием. К тому же такая динамика больше относится не к содержанию, а к объему понятия доброй совести, а это свойственно любому техническому термину в праве.

⁴⁰ См.: *Гражданское право: актуальные проблемы теории практики* / Под. общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2008. С. 515, в том числе сноска 1 (автор очерка – Ю.А. Тарасенко). Далее автор приводит определение, которое содержит почти все существенные моменты общего понятия добросовестности, но в эту дефиницию по недоразумению включены одновременно и признаки недобросовестности: «Добросовестность в самом общем виде – это состояние лица, выражающееся в его знании или незнании (наличном, возможном или долженствующем) о каких-либо фактах, с которыми закон связывает наступление или ненаступление определенных последствий».

Итак, понятие «добросовестность» является техническим и определяется в общем виде как фактическая ошибка, вызванная соразмерным внешнему факту извинительным (неизбежным) незнанием приобретателя об отсутствии распорядительных правомочий отчуждателя⁴¹.

2.

Добросовестность как фактическая ошибка приобретателя

Если рассматривать доверие с психологической точки зрения, т.е. как «факт духовной жизни»⁴², субъективную установку, отношение приобретателя к совершаемому приобретению, то при несомненном наличии эмоционального решающую роль, как правило, играет когнитивный компонент. Он включает в себя рациональный прогноз успеха предполагаемой сделки, основанный на имеющемся знании норм права и фактических обстоятельств, связанных с приобретением. Помимо этого источниками информации могут выступать сведения собственного и чужого опыта, советы, рекомендации и т.п.

Вопрос о добросовестности становится юридически релевантным, если выраженное приобретателем доверие к внешнему факту, который подтверждал управомоченность отчуждателя, не соответствовало скрытому от внимания приобретателя действительному правовому положению. Незнание приобретателя в данном случае оказалось неотъемлемым условием принятия им решения о приобретении. В этом смысле проблема добросовестности напрямую связана с учением об ошибке.

По утверждению *Савиньи*, недостаток правильного представления о предмете мыслим двояким образом: как отсутствие вообще какого-нибудь осознанного мнения о правильном и неправильном либо как ложное представление, принятое за истинное. Первое состояние можно назвать собственно незнанием, неосведомленностью (*Unwissenheit*), второе – ошибкой (*Irrthum*). Однако и то и другое с правовой точки зрения обсуждается одинаково, поэтому не имеет особого значения, какое из двух выражений предстоит использовать⁴³.

Совершение добросовестным лицом приобретения обусловлено ошибкой, при которой одновременно могут присутствовать как незнание приобретателя

⁴¹ См.: *Eichler H.* Op. cit. S. 93.

⁴² См.: *Pfister H.R.* Der Schutz des öffentlichen Glauben im schweizerischen Sachenrecht. Zürich. 1969. S. 55 und dortige Verweisungen; а также: *Thorn K.* Der Mobilärerwerb vom Nichtberechtigten. Baden-Baden, 1996. S. 132.

⁴³ См.: *Savigny F.C.v.* System des heutigen Römischen Rechts. Dritter Band. Berlin: Veit und Co, 1840. S. 326–327.

о неуправомоченности контрагента, так и некое неосознанное в своей ложности представление о наличии такой управомоченности, полученное на основе созерцания внешнего факта и, естественно, заверений самого отчуждателя⁴⁴. Уверенности в истинности имеющихся сведений может и не быть, но отсутствуют и рациональные основания в них сомневаться. В таких условиях приобретатель доверяет внешнему факту. В этом смысле доверие всегда имеет ограниченное рациональное основание, выражается лишь на основе имеющейся информации. Оно есть «смесь знания и незнания» («eine Mischung aus Wissen und Nichtwissen»), поэтому всегда несет в себе риск ошибки⁴⁵.

Общеизвестно разграничение ошибок на юридические (ошибки в праве) и фактические (ошибки в фактах). Юридическая ошибка состоит в неправильном представлении о содержании правовой нормы или ложном выводе из таковой. Фактическая ошибка основана на неверном представлении о фактических обстоятельствах, подлежащих юридической оценке, квалификации⁴⁶.

Правовое значение любой ошибки заключается в ее связи с юридическими фактами, т.е. основаниями возникновения и прекращения правоотношений. Если ошибка оказала прямое влияние на такой факт (действие или бездействие), то возникает вопрос, разрушает ли эта ошибка правовой эффект, с которым связано и на который направлено соответствующее действие или бездействие.

По мнению Д.И. Мейера, действие, совершенное под влиянием фактического заблуждения, «считается действительным, если оно действительно по закону; если же действие оказывается нарушением закона и последствием такого нарушения определяется ничтожество действия, то оно ничтожно»⁴⁷. В остальном «о фактической ошибке можно сказать, что она не вредит юридическому значению действия — *error facti non nocet*»⁴⁸. Интересно, что указанный автором критерий соответствия закону применительно к добросовестному приобретению не работает, если правопорядок принципиально допускает его как основание действительного приобретения права собственности.

Савиньи полагал, что найти в этом смысле общий позитивный принцип, который был бы применим ко всем ошибкам, невозможно. Поэтому в каче-

⁴⁴ Ср.: «La bonne foi du possesseur est donc basée sur une erreur: il croit être propriétaire, alors qu'en réalité il ne l'est pas» (Baudry-Lacantinerie G., Chauveau M. *Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens*. Troisième édition. Paris: L. Larose & L. Tenin, Directeurs, 1905. P. 212).

⁴⁵ *Luhmann N.* Op. cit. S. 26–27.

⁴⁶ См.: *Savigny F.C.v.* Op. cit. S. 326–327.

⁴⁷ *Мейер Д.И.* Русское гражданское право: В 2 ч. По испр. и доп. 8-му изд., 1902. 3-е изд., испр. М.: Статут, 2003. С. 189.

⁴⁸ *Мейер Д.И.* Указ. соч. С. 190.

стве общего признается правило, что ошибка не влечет положительного эффекта, сама по себе не защищает от связанных с ней юридических недостатков. Но в каждом отдельном случае влияние ошибки и ее последствия могут и должны определяться особо⁴⁹. При этом сохранение положительного эффекта при фактической ошибке обыкновенно связано с признанием ее извинительной⁵⁰.

По мнению *Савиньи*, причина благосклонного обсуждения фактической ошибки состоит в том, что ее зачастую сложно, а порой вовсе невозможно избежать⁵¹. Как правило, ни от кого не могут быть потребованы ни доскональная проверка прежней юридической судьбы вещи, ни абсолютно точное установление принадлежности права другому лицу⁵². Поэтому в иррелевантности фактической ошибки для наступления ожидаемого правового эффекта находится, пожалуй, единственное спасение от безграничной нестабильности и произвола в обороте⁵³.

Сознание приобретателя⁵⁴ может быть основано на фактической ошибке относительно принадлежности вещи (ее прежней судьбе) либо на юридической ошибке. Ошибка в праве не является извинительной: никто не вправе ссылаться на незнание правовых норм, в том числе о недобросовестном приобретении и его последствиях⁵⁵.

Ардтс говорит о том, что приобретатель добросовестен, поскольку он не должен и не мог знать обстоятельств, делающих его приобретение материально неправомерным или иным образом препятствующих приобретению права собственности. Добрая совесть основывается на ошибочном предположении наличия у отчуждателя права или на незнании других недостатков приобретательно-го акта. Ошибочная вера приобретателя в действительность своего приобрете-

⁴⁹ См.: *Savigny F.C.v.* Op. cit. S. 340–341.

⁵⁰ См.: *Savigny F.C.v.* Op. cit. S. 328–330.

⁵¹ См.: *Savigny F.C.v.* Op. cit. S. 333. Автор указывает и на естественное ограничение этого подхода: ошибка ввиду грубой неосторожности (*eine grobe Nachlässigkeit*) оценивается не в пользу ошибающегося. При этом применение такого ограничения допустимо только в каждом конкретном случае при точном установлении неосторожности.

⁵² См.: *Savigny F.C.v.* Op. cit. S. 372–373. О том же *Goldschmidt L.*: «Без доверия оборот немислим, поэтому его очень затруднила бы возложенная на приобретателя обязанность точнейшего наведения справок» (*Über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen // Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR)*. 9. Bd. 1866. S. 32).

⁵³ См.: *Savigny F.C.v.* Op. cit. S. 354–355.

⁵⁴ Савиньи имел в виду владельца.

⁵⁵ См.: *Savigny F.C.v.* Op. cit. S. 396; так же: *Wächter C.G.v.* Die Bona Fides. Insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums. Leipzig: Alexander Edelmann, Universitäts-Buchhändler, 1871. S. 7–8.

ния и в отсутствие недостатков является извинительной, только если не покоится на ошибке в праве⁵⁶.

Штинцинг по этому поводу приводит следующее соображение. Ошибка в праве не защищается, поскольку фактический состав оказывается иррелевантным нормам права, недостаточным для приобретения. Фактическая ошибка подлежит защите, потому что она вызвана внешними обстоятельствами, представившими правдоподобную картину действительного и завершенного правового акта, внешне полностью схожую с нормальным правоотношением⁵⁷.

Неоправданно широкое понимание этого вопроса демонстрирует *К.И. Скловский*: «Нарушение запрета, установленного законом, всегда исключает добросовестность любой из сторон. Но добросовестность не исключается в случае получения приобретателем по сделке имущества, не принадлежащего отчуждателю. Такая сделка нарушает закон (ст. 168, 454 ГК РФ), но это нарушение для приобретателя оказывается несознательным, не направленным на нарушение закона»⁵⁸. При такой формулировке может оказаться, что добросовестность приобретателя исключается нарушением антимонопольного, налогового или таможенного законодательства.

Разумеется, ошибкой в праве здесь может быть нарушение не любого запрета и не при любых условиях. Значение будет иметь лишь редкая по своему составу ошибка – нарушение запрета на отчуждение вещи, если отчуждатель не имеет распорядительных правомочий, приобретатель знает об этом, но ввиду незнания установленного законом запрета не считает неуправомоченность отчуждателя препятствием для приобретения⁵⁹.

Незнание же приобретателя о нарушении закона, обусловленное, в свою очередь, незнанием фактов (неуправомоченности), которые приводят к нарушению, обсуждается как фактическая ошибка. Впрочем, такой же вывод в конечном счете делает и сам *К.И. Скловский*⁶⁰. Несоблюдение норм закона, содержащих иные,

⁵⁶ См.: *Arndts von Amesberg K.L.* Lehrbuch der Pandekten. Elfte Auflage. Stuttgart: Verlag von J.G. Gotta'schen Buchhandlung, 1883. S. 278–279.

⁵⁷ См.: *Stintzing J.A.R.v.* Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre. Historisch-dogmatischer Versuch. Heidelberg: Academische Anstalt für Literatur und Kunst, Karl Groos, 1852. S. 110.

⁵⁸ См.: *Скловский К.И.* Собственность в гражданском праве. 3-е изд. М.: Дело, 2002. С. 103–104.

⁵⁹ Некоторая экзотичность и абсурдность такой ошибки не снижает вероятность ссылки на нее. Буквальным поводом к ней может быть высказывание, что в действующем законодательстве РФ не существует прямого запрета на продажу чужого имущества (См.: *Тузов Д.О.* Продажа чужого имущества неуправомоченным лицом // *эж-ЮРИСТ*. 2003. № 10). Автор говорит о допустимой возможности распоряжения имуществом, которое отчуждатель приобретет в будущем (п. 2 ст. 455, п. 6 ст. 340 ГК РФ). Но опасность приведенного высказывания состоит в вероятном недоразумении, а именно смешении обязательственного момента продажи и собственно распоряжения (отчуждения) как акта передачи права собственности.

⁶⁰ См.: *Скловский К.И.* Указ. соч. С. 103–104.

не связанные с управомоченностью отчуждателя требования к действительному переходу права собственности на вещь, исключает не столько добросовестность, сколько само приобретение как недействительное или несостоявшееся. Ссылка на добросовестность в этих случаях также не допускается, поскольку от приобретателя здесь требуется не доверие, а знание закона.⁶¹ Традиционно предметом доверия не может быть дееспособность контрагента, хотя ее проверка в каждом случае возможна только на основе фактических обстоятельств. Типичными юридическими ошибками могут быть, например, несоблюдение формы сделки, отсутствие в ее содержании существенных или наличие незаконных условий, нарушение установленной процедуры приобретения⁶², покупка изъятых из оборота вещей или ограниченных в обороте вещей в отсутствие специального разрешения.

Итак, добросовестный приобретатель совершает именно фактическую ошибку, покупая вещь не у собственника и считая продавца собственником на основании видимости права собственности, которую вызывает внешний факт. Добросовестность как доверие может основываться только на незнании факта принадлежности вещи продавцу. От противного, определенно не извинительным стало бы доверие к наличию правовой нормы, позволяющей правонарушение, а именно распоряжение неуправомоченного лица чужим имуществом. Вывод о добросовестности как фактической ошибке давно нашел полную поддержку в цивилистической доктрине⁶³ и стал практически неоспоримым.

⁶¹ Знание действующего законодательства, как правило, опосредуется юристами, которым остальные вынуждены доверять. Проблема состоит в том, что в силу разных причин сами юристы не застрахованы от ошибок.

⁶² Храмов К.В. считает, что недобросовестность приобретателя может связываться также с его знанием о нарушении норм закона, регламентирующих процедуру приобретения имущества. Например, приобретатель не может быть признан добросовестным, так как являлся единственным покупателем на торгах, и, следовательно, неправомерность приобретения объекта недвижимости в нарушение норм закона была ему известна (Критерии оценки добросовестности приобретателя имущества в судебно-арбитражной практике // Право и экономика. 2007. № 6. С. 117). Однако в такой ситуации правильнее и проще признать ссылку покупателя на добрую совесть недопустимой, поскольку налицо юридическая, а не фактическая ошибка.

⁶³ См., напр.: *Savigny F.C.v.* Op. cit. S. 396; *Puchta G.F.* Vorlesungen über das heutige römische Recht. Erster Band. Vierte vermehrte und verbesserte Auflage. Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1854. S. 346; *Wächter C.G.v.* Op. cit. S. 7–8; *Stintzing J.A.R.v.* Op. cit. S. 110; *Wendt O.* Lehrbuch der Pandekten. Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1888. S. 338–339; *Arndts von Arneseberg K.L.* Op. cit. S. 278–279; *Hiersemenzel C.C.E.* Vergleichende übersicht des heutigen römischen und Preussischen gemeinen Privatrechts. Zweiter Theil. Berlin: Verlag von Gustav Hempel, 1855. S. 271–272; *Holzschuher R.v.* Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. Ein Handbuch für Praktiker. Zweiter Band (Besitz- und Sachenrecht. Erbrecht). Dritte neu vermehrte und verbesserte Auflage. Leipzig: Baumgärtner's Buchhandlung, 1864. S. 29; *Pfister H.R.* Op. cit. S. 54; *Aubry C. et Rau C.*, Cours de droit civil francais. Quatrième édition revue et complétée. Tome deuxième. Paris: Cosse, Marchal & Cie, Imprimeurs-Éditeurs, 1869. P. 269.

В отечественной литературе, напр.: *Мейер Д.И.* Указ. соч. С. 189; *Петражицкий Л.И.* Указ. соч. С. 98; *Скловский К.И.* Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. М.: Статут. 2004. С. 182.

Однако, по словам *Брунса*, если понимать под добросовестностью сугубо индивидуальное субъективное доверие, исчезнет основание ограничивать ее только фактической ошибкой. В результате учета таких индивидуальных особенностей приобретателя, как уровень знаний, образования, опыта, характер, темперамент, иногда придется признавать извинительность юридической ошибки приобретателя при выражении им доверия⁶⁴. Действительно, именно к такому выводу приведет, впрочем, уже знакомый тезис о необходимости понимания личности в гражданском праве как «человека во всем богатстве его своеобразных особенностей и творческих проявлений ... живой, конкретной человеческой личности»⁶⁵. Однако этот подход категорически неприемлем. Во-первых, он предполагает извинительность незнания закона. Стоит лишь допустить эту возможность в порядке исключения, она способна не только нарушить так называемый принцип равенства перед законом, но и лишить смысла существование императивных норм права. Во-вторых, этот подход применительно к добросовестности устраняет рациональные и объективные критерии оценки добросовестности и ее извинительности. В этом случае ни судья, ни психиатр, ни даже консилиум специалистов не сможет достоверно установить добросовестность приобретателя. Окружающий объективный мир, а равно субъективный мир человека сложнее социальной системы, в том числе системы права. Количество и содержание возможностей в них шире, непредсказуемее и противоречивее, чем предусмотрено системой права и может быть в ней реализовано. Система в этом смысле проявляет более высокую степень простоты и упорядоченности, чем осмысляемый ею мир: в ней меньше возможностей, ниже степень их варируемости. Система интерпретирует мир селективно, избирательно, оперирует только той информацией, которую она содержит, редуцирует внешнюю по отношению к ней сложность до объема, в котором можно рационально ориентироваться, и представляет тем самым логически структурированную сферу возможностей мышления и поведения⁶⁶.

Поэтому при определении добросовестности как фактической ошибки традиционным и уже неотъемлемым стало требование «извинительности» такой ошибки. Уже это обстоятельство выражает стремление сформировать догматическое понятие добросовестности как некую общепринятую, среднюю, объективированную величину. Доверие зачастую неизбежно, но существуют ситуа-

⁶⁴ См.: *Bruns C.G.* Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung. Ein praktisches Gutachten nebst einem theoretischen Nachtrage. Berlin. Puttkamer & Mühlbrecht, Buchhandlung für Staats und Rechtswissenschaft, 1872. S. 108, 124.

⁶⁵ См.: *Покровский И.* Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права // Вестник гражданского права. 1913. № 4. С. 30–49.

⁶⁶ См.: *Luhmann N.* Op. cit. S. 33.

ции, когда незнания истинного правового положения вполне можно было избежать. Незнание в таких ситуациях неизвинительно, а доверие слепо, неразумно и недостойно защиты. С этим связана проблема критериев разумной осмотрительности (осторожности).

Первым правовым «ограничителем» индивидуального доверия является сведение его направленности к внешним фактам, круг которых, в свою очередь, строго определен. На этом основано обсуждение вопроса о так называемом базисе доверия и, следовательно, привязка добросовестности к некоему объективному элементу квалификации. Эта тенденция заметна еще в работе *Савиньи* применительно к добросовестному владению: «Необходим титул, т.е. такое начало владения, которое хотя и не дает право собственности, но вызывает видимость обратного настолько, что самый осмотрительный и опытный может поверить, что право собственности у него возникло»⁶⁷. *Штинцинг* о том же: «Добрая совесть имеет значение только тогда, когда она покоится на *justus titulus*, т.е. таком событии, которое само по себе пригодно, является надлежащим для приобретения права собственности»⁶⁸.

Позднее в немецкой догматике осуществлена попытка объединения множества институтов конструкцией «защиты доверия» («*Vertrauensschutz*»)⁶⁹. Речь идет о различных, обычно обособленно рассматриваемых фактах (фактических составах), вызывающих доверие участников гражданского оборота относительно управомоченности отчуждателя: владение, поземельная книга (реестр недвижимости), ценные бумаги, торговый реестр (реестр юридических лиц), доверенность и др. Доверие, связанное с внешним обстоятельством, юридически проще уловить и распознать, чем доверие к личности отчуждателя⁷⁰. Перечисленные выше институты представляют собой объективные элементы доверия, а само доверие можно назвать институциональным⁷¹. Основную роль в объединении этих институтов сыграла теория видимости права (*Rechtsscheintheorie*). Ее исходным пунктом является утверждение о том, что каждый такой институт как внешний факт создает на стороне распоряжающегося лица видимость его права, иными словами, легитимирует его в лице приобретателя⁷².

⁶⁷ См.: *Savigny F.C.v.* Op. cit. S. 372–373.

⁶⁸ См.: *Stintzing J.A.R.v.* Op. cit. S. 1.

⁶⁹ Наиболее фундаментальной по-прежнему остается работа: *Canaris C.-W.* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971.

⁷⁰ См.: *Eichler H.* Op. cit. S. 2.

⁷¹ См.: *Eichler H.* Op. cit. S. 98.

⁷² См.: *Pfister H.R.* Op. cit. S. 21.

Регельсбергер не поддерживал эту теорию и свойственное ей чрезмерное обобщение, поэтому выразил аналогичную мысль без использования терминов «видимость права» и «легитимация». Доверие является оправданным, извинительным, если наличествовал фактический состав, который в обычной практике закономерно опосредует приобретение вещи, т.е. является основанием приобретения. При этом отсутствие распорядительных правомочий отчуждателя было внешне скрыто, замаскировано, например, ложной записью в поземельной книге применительно к недвижимости либо фактом предоставления приобретателю владения движимой вещью⁷³.

Оправданием, извинительностью доверия выступает то, что обычным средством внешней распознаваемости, оглашения вещных прав на движимые вещи для третьих лиц служит владение ими, применительно к недвижимости ту же функцию выполняют записи в поземельной книге. В этом видится параллелизм институтов владения и поземельной книги как средств обеспечения публичности прав⁷⁴.

Следовательно, извинительной признается ошибка приобретателя, обусловленная строго определенными фактами. Можно говорить и о наличии причинно-следственной связи между внешним фактическим составом и доверием, хотя существуют исключения, о которых будет сказано ниже.

В настоящее время добросовестность — центральный элемент фактического состава добросовестного приобретения. Правопорядок не может защищать слепое доверие, поэтому предпосылкой защиты всегда является базис доверия. В этом проявляется так называемая взаимозависимость видимости права и доверия⁷⁵.

В немецком правопорядке идее *Rechtsscheintatbestand* предшествовало понятие *Gewere*, которому в отношении вещных прав придавалось конститутивное, легитимационное и транслятивное значение. *Хойслер*, *Хубер*, и *Регельсбергер* поясняют, что первоначально в древнегерманском праве не было и следа цивилистической защиты добросовестности. Основной акцент был сделан на объективном признаке — общеизвестности приобретения, а не на субъективном — доброй совести приобретателя. Тем самым право стремилось не к защите добросовестного приобретения, а к ограждению действительного права от недобросовестного приобретения. Лишь позднее под влиянием римского права по-

⁷³ См.: *Regelsberger F.* Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten // *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.* 2. Folge. 1. Band. 1904. S. 354–355.

⁷⁴ См.: *Crome C.* System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Dritter Band. Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1905. S. 190, Fussnote 1 dazu.

⁷⁵ См.: *Karner E.* Gutgläubiger Mobilärerwerb. Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen. Wien: Springer, 2006. S. 388–389.

нятие *bona fides*, которое прежде было чуждо германскому праву, глубоко пустило в нем корни, было поставлено в один ряд с требованием общеизвестности прав и встроено в формулу *Hand wahre Hand*⁷⁶.

Интересно, что эта тенденция деформализации затронула только оборот движимых вещей. Теперь общепризнано, что одно лишь владение чаще всего неспособно обеспечить достоверного подтверждения прав владельца, поэтому приобретатель вынужден и должен проверять полномочия отчуждателя иным образом. Владение теряет функцию обеспечения публичности и создаваемая им видимость права крайне слаба.

В отношении же недвижимости наблюдается обратное. Мизерная доля погрешности (неправильности) записей в поземельной книге, а также материальные принципы обязательного внесения и публичной достоверности приводят к своеобразной фикции добросовестности. Не требуется даже, чтобы приобретатель заглядывал в поземельную книгу или доверял именно ее записям. В данном случае доверие приобретателя связано не столько с содержанием публичного реестра, сколько с одной лишь фактической возможностью перенесения записи о праве в книгу с имени отчуждателя на имя приобретателя⁷⁷.

Таким образом, очевидны проблемы общей теории видимости права. В случае владения видимость оказывается недостаточной для легитимации отчуждателя, применительно же к поземельной книге видимость является практически не востребоваваемой, поскольку требование добросовестности становится формальным⁷⁸. Этот пример подтверждает, что последовательное и некритическое

⁷⁶ См.: *Heusler A.* Institutionen des Deutschen Privatrechts. Band 2. Leipzig: Verlag von Dunker & Humblot, 1886. S. 5–6 (incl. Note 6); *Huber E.* Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht / Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern verfasst von Eugen Huber. Bern: Francke Schmid, 1894. S. 12 (incl. Note 19); *Regelsberger F.* Op. cit. S. 349–350.

⁷⁷ См.: *Endemann F.* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Erste Abteilung Sachenrecht. 8. und 9. neubearbeitete Auflage. Berlin, 1905. S. 379 (incl. Fussnoten 41, 44); *Baur J.F., Stürmer R.* Sachenrecht. Begr. von Fritz Baur. Fortgef. von J.F. Baur und R. Stürmer. 17., neubearbeitete Auflage. München: Beck, 1999. S. 263; *Eckert J.* Sachenrecht. 4., überarbeitete Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2005. S. 209; *Wilhelm J.* Sachenrecht. 3., völlig neu bearbeitete Auflage. Berlin: De Gruyter Recht, 2007. S. 289; *Brehm W.B.C.* Sachenrecht. 2., überarbeitete Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. S. 185; *Weber R.* Sachenrecht II. Grundstücksrecht. 1. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2005. S. 118; *Kamer E.* Op. cit. S. 394; *Crome C.* Op. cit. S. 152. Об этом же *Wiegand W.*: «Существует тенденция оценивать отношение приобретателя к видимости права, создаваемой поземельной книгой, следующим образом: не требуется ни позитивного знания содержания книги, ни причинности этого знания для поведения приобретателя, ни конкретного доверия последнего к книге; напротив, имеет место своеобразная абсолютная защита оборота, которая основывается не на конкретном (индивидуальном), а на фиктивном (объективированном) доверии» (*Der öffentliche Glaube des Grundbuchs // Juristische Schulung (JuS).* 1975. Heft 4. S. 208–209).

⁷⁸ Очевидно, схожую мысль попытался выразить К.И. Скловский с помощью неверной формулировки «ничтожность доброй совести» для приобретения недвижимости по ГГУ (Применение норм о доброй совести в гражданском праве России // *Хозяйство и право.* 2002. № 9. С. 84).

обобщение теории видимости права, объединение составляющих базис доверия внешних фактов едиными критериями защиты доверия (добросовестности) невозможно и нецелесообразно.

Применительно к российскому законодательству стоит обратить внимание на то, что разработка норм о защите добросовестного приобретателя имущества должна осуществляться путем обоснования модели защиты для каждого отдельного института («индуктивный подход»). Следует остерегаться обобщений и поспешного заимствования конструкций (подобных *Rechtsschein*), выработанных и аргументированных в условиях иной по качеству и организационному обеспечению системы права.

С учетом определения «базиса» допустимого доверия необходимо учитывать существенную разницу в степени погрешности таких внешних фактов, как владение и содержание ЕГРП. Возможность фактического обеспечения правильности (достоверности записей) ЕГРП и последовательного проведения принципа обязательного внесения может не только послужить поводом к введению принципа публичной достоверности, но и вызвать необходимость корректировки понятия добросовестности при приобретении недвижимости. Однако уже сейчас стоит вопрос о корректности применения понятия добросовестности, данного в п. 1 ст. 302 ГК РФ, к приобретателю недвижимости⁷⁹, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, ограниченных вещных прав, прав требования, долей участия в хозяйственных обществах, особенно бездокументарных ценных бумаг. Например, ст. 2 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» дает свое определение добросовестного приобретателя, но ни одна норма закона не содержит механизма его защиты. Отсылка к ст. 302 ГК РФ применительно к бездокументарным бумагам невозможна ввиду недопустимости механизма виндикации к такому виду объектов прав⁸⁰.

⁷⁹ Так, по мнению *Е.А. Суханова*, рассчитанная главным образом на виндикацию движимых вещей общая норма ст. 302 ГК РФ «практически не учитывает особенностей правового режима недвижимости, а потому порождают спорные ситуации, связанные с сохранением преобладающего значения субъективных по своей природе признаков добросовестности приобретателя и необоснованным умалением значения записей в ЕГРП» (Комментарий к Обзору судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения // Вестник Высшего Арбитражного Суда. 2009. № 1. С. 134).

⁸⁰ См.: *Белов В.А.* Бездокументарные ценные бумаги (научно-практический очерк). М.: АО Центр ЮриИнфоР. 2001. С. 24–30; *Он же*, Предисловие к изданию: Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М.: АО Центр ЮриИнфоР. 2002. С. 9–10; *Суханов Е.А.* Вещные права и права на нематериальные объекты // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2007. № 7; *Рыбалов А.О.* О возможности виндикации бездокументарных ценных бумаг // Арбитражные споры. 2005. № 1. С. 47–58.

3.

Добросовестность как негативное понятие

Как отмечено выше, доверие приобретателя имеет рациональную предпосылку, которую можно охарактеризовать как «смесь» знания и незнания. Поэтому добросовестность имеет две стороны: негативную — неизвестность материальных недостатков приобретения и позитивную — некое убеждение, что намеченному правовому результату ничто не препятствует⁸¹. Практически все юристы признают возможность существования обоих аспектов, если иметь в виду конкретный субъективный момент⁸². Несмотря на это, в цивилистической догматике развернулась серьезная полемика о том, негативный или позитивный момент является определяющим признаком правового понятия добросовестности.

Одна из точек зрения заключается в том, что добросовестность должна иметь прежде всего положительное содержание.

По словам *Виндшайда*, под доброй совестью следует понимать честное убеждение приобретателя в том, что присвоение им вещи не содержит в себе никакой неправды в материально-правовом смысле. Безразлично, покоится добросовестность на убеждении в правомерности отчуждения или на убеждении в наличии права у отчуждателя. Одно здесь предполагает второе. Осознание приобретателем правомерности отчуждения становится следствием убеждения в наличии у отчуждателя права. При этом недостаточно одного лишь незнания приобретателя, неосознанности им неправомерного характера сделки. Необходимо, чтобы приобретатель предварительно убедился (пусть и ошибочно) в наличии у продавца распорядительных правомочий. Нельзя сказать, что действует добросовестно тот, кто присваивает вещь, вообще не имея каких-либо оснований для вывода о правомерности или неправомерности своего приобретения. Добросовестность, как правило, связана с убеждением приобретателя в том, что он становится собственником. С учетом недопустимости юридической ошибки добросовестность можно определить как убеждение в наличии всех обстоятельств, без которых присвоение вещи стало бы неправомерным, и одновременно незнание о наличии таких обстоятельств, при которых присвоение стало бы неправомерным⁸³.

⁸¹ См.: *Goldschmidt L.* Op. cit. S. 26–29.

⁸² Традиционная оговорка «не должен был знать», выступающая критерием извинительности незнания, имеет здесь второстепенное значение, поэтому будет рассмотрена в той мере, в которой это окажется необходимым.

⁸³ См.: *Windscheid B.* Lehrbuch des Pandektenrechts. Erster Band. Sechste vermehrte und verbesserte Auflage. Frankfurt am Main. Literarische Anstalt. Rütten & Loening, 1887. S. 607–610 (auch Fussnote 3).

Вэхтер соглашается с дефиницией *Виндшайда*. По его мнению, добрая совесть прежде всего основывается на убеждении приобретателя в возникновении у него права. Поэтому добросовестность не может быть сведена к чему-то негативному, к одному лишь незнанию о недостатках приобретения⁸⁴. Приобретатель добросовестен, поскольку он уверен в правомерности приобретения при имевшемся у него знании: «то, что он хотел и как он этого хотел и представлял это себе, не противоречит объективному праву»⁸⁵.

Дернбург полагает, что добросовестным следует считать лицо, которое принимает свое приобретение за правомерное. Следовательно, добрая совесть есть нечто позитивное, а именно убеждение в правомерности приобретения⁸⁶.

Меллентиль обозначает позитивный момент как неотъемлемый: «Добрая совесть (в объективном смысле) состоит в незнании, неосведомленности о принадлежности вещи другому лицу или об иных препятствиях, исключающих приобретение права собственности на вещь. Конечно, этим сущность добросовестности не исчерпывается. Добросовестность (в субъективном смысле) проявляется в том, что приобретатель, основываясь на внешне правомерном юридическом факте, имеет честное убеждение, что становится собственником приобретенной вещи»⁸⁷.

Формулировки § 932, 892 BGB^{*} определяют субъективный момент через недобросовестность, чтобы именно ее указать в качестве предмета доказывания. *Тайс* утверждает, что это затрудняет верное понимание добросовестности. Может показаться, что добросовестным становится приобретатель, который не имеет ни истинного, ни ошибочного представления об управомоченности отчуждателя. Однако понятийно добросовестность обязательно предполагает положительное убеждение, что видимое правовое положение соответствует истинному⁸⁸.

⁸⁴ См.: *Wächter C.G.v.* Op. cit. S. 8–9.

⁸⁵ См.: *Wächter C.G.v.* Op. cit. S. 13.

⁸⁶ См.: *Dernburg H.* Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Dritter Band. Vierte, neu bearbeitete Auflage. Halle: a.S. Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, 1908. S. 336. В отечественной литературе постановку вопроса о позитивном и негативном содержании понятия доброй совести в работе *Дернбурга* заметил *В. Вороной*, но, к сожалению не выразил свою точку зрения по этому поводу (см.: *Вороной В.* Добросовестность как гражданско-правовая категория // Законодательство. 2002. № 6. С. 18).

⁸⁷ *Moellenthal K.A.* Ueber die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. Erlangen: I.I. Palm und Ernst Enke, 1820. S. 15, 18.

* Bürgerliches Gesetzbuch – Германское гражданское уложение (далее – BGB).

⁸⁸ См.: *Theis H.* Grenzen der Rechtsscheinwirkungen (ein Beitrag zur Rechtsscheinlehre). Marburg: Handelsdruckerei C. Trute, 1931. S. 20.

По мнению *Бертана*, добрая совесть заключается в убежденности (conviction) приобретателя, что, приобретая вещь, он не нарушает никакие права третьих лиц⁸⁹.

Французская доктрина и судебная практика почти единогласно признают доброй совестью только положительное убеждение (sceau) приобретателя в наличии права у продавца⁹⁰. Не только отсутствие такого убеждения, но и простое сомнение в нем исключает добрую совесть (le simple doute... est exclusive de la bonne foi)⁹¹.

Лицо добросовестно, если оно не только не знает об отсутствии, но и убеждено в наличии права собственности у отчуждателя⁹².

Близким к излагаемой точке зрения оказывается рассуждение *К.И. Скловского*: «Добрая совесть сама по себе означает подтверждение общности, взаимное признание. Такой смысл позволяет обнаружить скрытый за ним рационально постигаемый механизм, тогда как обычное понимание добросовестности как извинительного незнания фактов решительно сопротивляется идее возникновения на этой почве права, ведь невозможно объяснить, каким образом незнание ведет к приобретению»⁹³. Доступный смысл этого высказывания сводится лишь к пониманию автором доброй совести как положительного суждения приобретателя о наличии права собственности у отчуждателя и правомерности приобретения⁹⁴. Но в этом плане далекие идущие выводы автора явно поспешны. Будучи фактической ошибкой, убеждение приобретателя, выраженное им

⁸⁹ *Suad B.*, La revendication des meubles eun droit suisse. Genève: Imprimerie du «Journal de Genève», 1941. P. 74.

⁹⁰ *Baudry-Lacantinerie G., Chauveau M.* Op. cit. P. 211–212; *Mazeud Henry, Léon et Jean*, Lecons de droit civil. Tome II. Vol. 2. Biens. Cinquième édition par Michel de Juglart. Paris: Editions Montchrestien, 1979. P. 165, 172, 228.

⁹¹ См.: *Dross W.* Le singulier destin de l'article 2279 du code civil // Revue trimestrielle de droit civil (RTDciv.). 2006. № 1. P. 51; *Stillschweig K.* Der Schutz des redlichen Erwerbers bei der Übereignung beweglicher Sachen nach deutschem, französischem, österreichischem und schweizerischem Recht. Berlin: Verlag Emil Ebering, 1929. S. 75–77 und dortige Verweisungen. Очевидно, во Франции прямой правовой смысл приобретает давняя поговорка: «Dans le doute abstiens-toi» («при сомнении – воздерживайся»).

⁹² См.: Новый энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона. XVI том. С.-Петербург. Типография АО «Брокгауз-Ефрон», 1911–1916. С. 451 (автор статьи – А.Г., предположительно А.Г. Гойхбарг).

⁹³ См.: *Скловский К.И.* Собственность в гражданском праве. 3-е изд. М.: Дело, 2002. С. 101–102; *Он же.* Применение норм о доброй совести в гражданском праве России // Хозяйство и право. 2002. № 9. С. 79.

⁹⁴ Об этой мысли автора свидетельствует другое его высказывание: «Добрая совесть и состоит в том, что, извинительно заблуждаясь, владелец считает себя собственником» (*Скловский К.И.* Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. М.: Статут, 2004. С. 185).

«признание» само по себе еще неспособно стать ни «почвой», ни «механизмом» возникновения у него права на чужую вещь⁹⁵.

Странным вопросом задается К.И. Скловский в другой работе и дает на него удивительный ответ: «Должен ли владелец определенно быть уверенным, что вещь отчуждается законно, либо достаточно убеждения, что права собственника не нарушены? Представляется более приемлемым второй, «мягкий» вариант доброй совести»⁹⁶. Увы, такой мягкий вариант прямо допускает юридическую ошибку приобретателя. Никакие указанные автором сроки давностного владения и трудности доказывания неспособны превратить недобросовестность, которая проявлена в момент получения владения, в свою противоположность⁹⁷.

Таким образом, аргументация сторонников изложенной позиции состоит главным образом в рациональной реконструкции сознательного мышления приобретателя и признании его единственно допустимым. Приобретатель должен рассуждать следующим образом: «Судя по всему, продавец уполномочен на распоряжение вещью. Все иные требования закона соблюдены. Мое приобретение правомерно. Я становлюсь собственником вещи». Отсутствие в этом логическом ряду первого суждения исключает добросовестность.

Однако в литературе широко представлено другое мнение, которое сводит содержание добросовестности к обязательному негативному моменту, а позитивный считает лишь вероятным, но не определяющим.

Савиньи считал, что *bona fides* вообще негативна. Она представляет собой негативный факт — незнание, неосознанность неправомерности, отсутствие сознания недобросовестности. Поэтому тот, кто заявляет о недобросовестности приобретателя, должен доказать это⁹⁸.

Пухта писал, что понятие доброй совести не сводится к простому отрицанию недобросовестности, однако не может она представлять собой и положительное убеждение. В сущности это одно лишь извинительное незнание недостатков или отсутствия титула, т.е. всегда нечто негативное⁹⁹. Так же негативно,

⁹⁵ Тем более выражаемое приобретателем «признание» не способно превратить неуполномоченного отчуждателя (напр., вора) в собственника. Цитируемый автором Гегель имел в виду заключение договора между лицами, и без того являющимися собственниками. Именно поэтому обращение к гегелевской «идее волевого признания на элементарном уровне» здесь не корректно со всей очевидностью.

⁹⁶ Скловский К.И. Указ. соч. С. 184.

⁹⁷ Очевидно, описанную К.И. Скловским проблему можно решить не путем искажения понятия добросовестности, а простым устранением из ст. 234 ГК РФ требования добросовестности давностного владельца (см. проект Концепции совершенствования раздела II «Право собственности и другие вещные права» Гражданского кодекса РФ, утв. рекомендовано к опубликованию в 2009 г. Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства. С. 6–7, 35).

⁹⁸ См.: Savigny F.C.v. Op. cit. S. 372.

⁹⁹ См.: Puchta G.F. Op. cit. S. 345 (Fussnote 1 dazu).

как незнание о недостатках приобретения, понимает добрую совесть Штинцинг¹⁰⁰.

По мнению *Пферше*, хотя в конкретном случае добросовестность как субъективное состояние содержит некий позитивный момент (знание, сознаваемое убеждение), но в таком качестве является сомнительным, ненадежным предметом доказывания. Поэтому использование всех элементов фактической (индивидуальной) доброй совести как обязательных признаков правового понятия непрактично и может привести к несправедливым результатам¹⁰¹.

Той же позиции придерживается *Регельсбергер*: «Добросовестность является негативным, не позитивным понятием, которое включает в себя не убеждение приобретателя в полной действительности его права, а незнание о препятствиях, исключающих или ограничивающих его приобретение согласно гражданскому праву. Позитивным может быть только знание о недостатках приобретения, т.е. недобросовестность¹⁰².

Вангеро усматривал излишнюю строгость к приобретателю в требовании наличия положительного субъективного момента. Ошибочно думать, что добросовестность — это всегда убеждение приобретателя в принадлежности права собственности отчуждателю. В обычной жизни можно обойтись и без такого убеждения, что происходит повсеместно¹⁰³.

По мнению *Штильшвайга*, предпочтительна негативная формулировка доброй совести: незнание об отсутствии права собственности у отчуждателя или наличии ограничений на распоряжение. Требуя от приобретателя положительного представления (знания) об отсутствии ограничений, следует понимать, что для этого приобретатель должен четко представлять себе круг всех возможных ограничений распорядительных прав и затем с уверенностью констатировать их отсутствие. При таких условиях, пожалуй, только юристов можно признавать добросовестными¹⁰⁴.

Хахенбург справедливо замечает, что в обыденной жизни едва ли встречается четкое осознание приобретателем возникающих у него субъективных прав и обязанностей, «даже покупающий вещь юрист никогда не говорит: я — добросовестный приобретатель»¹⁰⁵.

¹⁰⁰ См.: *Stintzing J.A.R.v.* Op. cit. S. 60, 120, 123.

¹⁰¹ См.: *Pfersche E.* Privatrechtliche Abhandlungen. Die Eigentumsklage. Unredlicher Besitz. Die Erbschaftsklage. Erlangen: Verlag von Andreas Deichert, 1886. S. 113.

¹⁰² *Regelsberger F.* Studien im bayerischen Hypothekenrechte, mit vergleichender Rücksicht auf andere neuere Hypothekengesetzgebungen. Erlangen: Verlag von Palm & Enke (Adolph Enke), 1872. S. 131.

¹⁰³ См.: *Vangerow K.A.v.* Lehrbuch der Pandekten. Erster Band. Siebente, vermehrte und verbesserte Auflage. Marburg; Leipzig: N.G.Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung, 1863. S. 602–603.

¹⁰⁴ См.: *Stillschweig K.* Op. cit. S. 75–77 und dortige Verweisungen.

¹⁰⁵ См.: *Hachenburg M.* Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge gehalten in den Jahren 1896/97. Zweite neu bearbeitete Auflage. Mannheim, 1900. S. 158.

Интересные выводы на этот счет можно встретить в работе *Валентина*. Если сводить добросовестность к негативному факту, то она перестает быть позитивной предпосылкой приобретения права от неуправомоченного. В этом случае основным объектом внимания становится наличие или отсутствие недобросовестности. Установленная недобросовестность является препятствием, исключающим приобретение права. Недоказанность недобросовестности влечет признание приобретения добросовестным. В последнем случае особого доказывания доброй совести не требуется, она рассматривается как естественное следствие, можно сказать, установленное отрицание недобросовестности. Взгляд на добрую совесть как субъективный момент с положительным содержанием ошибочен. Как правило, приобретатель не имеет точного представления о правовой квалификации своего приобретения, а наличие распорядительной власти у отчуждателя кажется приобретателю само собой разумеющимся уже в силу самого факта распоряжения. Поэтому здесь можно вести речь лишь об ожидании приобретателя, которое может не охватываться его сознанием, но лежит в основе его действия по приобретению и проявляется в самом этом акте. В отсутствие таких ожиданий он не совершил бы приобретения. Но если приобретение состоялось, то искать в его мотивационных предпосылках положительное убеждение приобретателя сложно, зачастую даже бессмысленно ввиду отсутствия искомого. Зато определенно можно сказать, что приобретатель по меньшей мере ничего не знал о неуправомоченности отчуждателя. Таким образом, значение имеет только констатация негативного факта как индикатора добросовестности¹⁰⁶.

Интересную аргументацию содержит размышление Хегетшвайлера. Добросовестность конкретного лица представляет собой явление внутреннего мира, в этом она родственна воле, но в отличие от последней получает юридическое значение даже без ее прямого внешнего выражения. Трудность состоит в том, должна ли добросовестность содержать позитивный момент¹⁰⁷. Соотношение правовых понятий добросовестности и недобросовестности определяет их границы. Там, где заканчивается добрая совесть, начинается недобросовестность; нейтральная область исключена. Поэтому невозможно определить добросовестность и не коснуться при этом вопроса о том, что понимается под недобросовестностью¹⁰⁸. Недобросовестность определяется как знание о неуправомоченности отчуждателя или должностное знание об этом¹⁰⁹. В этом значении не-

¹⁰⁶ См.: *Valentin R.* Das Prinzip des Gutgläubensschutzes und seine Abwandlungen. München, 1968. S. 166–167.

¹⁰⁷ См.: *Hegetschweiler O.* Der Schutz des guten Glaubens nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch. Sachenrecht. Aarau, 1912. S. 4–5.

¹⁰⁸ *Ibid.* S. 3.

¹⁰⁹ *Ibid.* S. 4–5.

добросовестность является понятием позитивного содержания, поскольку к знанию или обязанности знать о неуправомоченности приводит или должно привести знание соответствующих обстоятельств. Необходимым следствием этого становится то, что добросовестность может быть определена только негативно — как незнание. Если описывать ее позитивно, то возможными станут случаи, когда лицо субъективно не находится ни в «доброй», ни в «злой» совести, т.е. нейтрально, не имея точного убеждения об управомоченности, но и не зная о неуправомоченности отчуждения. Это противоречит выводу о границах двух понятий, что нейтральной области существовать не должно. Негативное описание доброй совести становится неизбежным компромиссом при выработке правового понятия добросовестности¹¹⁰.

По мнению *Бринца*, *bona fides* зависит от наличия совокупности незнания об отсутствии или недостатках распорядительной власти на стороне отчуждателя и убеждения в наличии права собственности отчуждателя¹¹¹. Если *bona fides* переводить на немецкий язык как *guter Glaube*, то слово *Glaube* следует понимать в смысле *Vertrauen* (доверия), а не *Meinen* (убеждения). Знание как убеждение в управомоченности, а равно незнание о неуправомоченности отчуждателя не являются собственно доверием, а представляют собой лишь условия, при которых доверие будет добрым (извинительным) либо дурным (предосудительным). Уже здесь видно, что одной нераспознанности, неосознанности присутствующей неправомочности приобретения достаточно для *bona fides*. Если ложное знание, ошибочное убеждение фактически присутствует, то юридически оказывается излишним¹¹².

Применительно к швейцарскому законодательству *Йэгги* понимал под добросовестностью «отсутствие сознания неправомочности, несмотря на правовые недостатки»¹¹³.

В отечественной литературе на основании формулировки ст. 302 ГК РФ *С.В. Моргунов*, например, представляет добросовестность как неосведомленность приобретателя об отсутствии у контрагента правомочий на отчуждение вещи¹¹⁴.

¹¹⁰ Ibid. S. 6.

¹¹¹ См.: *Brinz A.* Op. cit. S. 627–628.

¹¹² См.: Ibid. S. 630.

¹¹³ *Jäggi P.* Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Einleitung, Kommentierungen zu Art. 3 ZGB (Bern, 1962) 3 N. 35 ff. (цит. по: *Pfister H.R.* Op. cit. S. 58.).

¹¹⁴ См.: *Моргунов С.В.* Виндикация в гражданском праве. Теория. Проблемы. Практика. М.: Статут. 2006. С. 127. Хотя из дальнейшего содержания указанной работы обнаруживается, что ее автор нетвердо стоит на этой позиции и видит в добросовестности некий положительный момент осознания: «Добросовестность приобретателя по ст. 302 ГК РФ имеет юридическое значение только в момент приобретения имущества, т.е. именно в этот момент приобретатель осознает, что получением имущества он не нарушает чьи-либо имущественные интересы» (Там же. С. 140).

По мнению Т.В. Новиковой, некорректно определять добросовестность как осознание правомерности¹¹⁵.

Некоторые юристы полагают невозможным точное разграничение позитивного и негативного содержания добросовестности.

Скепсис в этом смысле проявляет *Хахенбург*. На его взгляд, субъективно формирующаяся у приобретателя характеристика отчуждателя не позволяет ответить на вопрос, является ли добросовестность чем-то позитивным или негативным¹¹⁶.

Гольдшмидт находит один повод для колебания. Вопрос о добросовестности — это ни в коем случае не «вопрос конкретного факта», прежде всего это правовой вопрос. Конечно, теория не может дать решение для каждого конкретного случая, но может и должна формулировать правовые принципы, которыми предопределяется решение отдельных случаев. Во многих случаях выделение позитивного содержания добросовестности не будет иметь значения, например когда незнание недостатков автоматически подразумевает правомерность приобретения, даже если сознанием приобретателя это не охватывалось. Было бы ничем не оправдано и затруднительно для оборота во всех случаях требовать позитивного убеждения в правомерности. Но не всегда можно довольствоваться только незнанием, т.е. негативно определять добросовестность. К примеру, приобретатель незадолго до покупки знал, что отчуждатель не имеет права собственности на вещь. Однако в момент приобретения покупатель все-таки должен убедиться, что препятствия в виде недостатка распорядительного правомочия у отчуждателя уже не существует¹¹⁷.

Однако случай, который описывает автор, встречается крайне редко. В любом случае действительному собственнику придется доказывать, что приобретатель ранее знал о неуправомоченности. При этом совершенно непонятно, какой факт и в какой момент времени до приобретения необходим для такого доказывания. Вообще решение в этом случае выглядит намного проще, а проблема оказывается надуманной. В процессе по иску собственника приобретатель раскрывает все обстоятельства своего приобретения, в том числе внешние факты, подтверждавшие управомоченность отчуждателя.

Один из представителей теории видимости права *Гюнтер* утверждает, что в момент приобретения покупатель принимает «видимость» за «действительность», верит в существование того, что было лишь видимостью. Приобретатель

¹¹⁵ Поскольку это ведет к «смешению ошибки в факте с ошибкой в праве, традиционно не получающей защиты ни в одной из отраслей» (См.: Новикова Т.В. К вопросу о субъективном значении понятия добросовестности в российском гражданском праве // Общество и право. 2008. № 1).

¹¹⁶ См.: *Hachenburg M.* Op. cit. S. 158.

¹¹⁷ См.: *Goldschmidt L.* Op. cit. S. 26–29.

доверяет, и у него не возникает сомнений в «видимости» как проявлении «действительности»¹¹⁸. Однако такая предпосылка применения принципа видимости права, как доверие (добросовестность), формулируется негативно: незнание истинного правового положения, не основанное на грубой неосторожности приобретателя¹¹⁹.

Интересно, что в рассуждении автора проявляется некоторое противоречие самой теории видимости права. Добросовестность формулируется негативно как незнание. В то же время теория видимости предполагает здесь принятие приобретателем видимости за действительность, т.е. предварительную постановку приобретателем вопроса об управомоченности отчуждателя и получение ответа посредством видимости права, которая убеждает его в наличии права. Как уже было отмечено, владение как внешний факт вызывает слабую видимость права и сам по себе не способствует мгновенному и несомненному выводу об управомоченности отчуждателя. Поземельная книга, снабженная принципами обязательного внесения и публичной достоверности, вообще может существовать «автономно». Получение выписок из нее необязательно, достаточно самой возможности перенесения записи с отчуждателя на приобретателя. Поэтому создаваемая внешним фактом видимость права еще не дает оснований говорить, что приобретателю что-то видится и видится именно как право отчуждателя. Приобретатель может не делать никакого положительного вывода в этом смысле.

Таким образом, становится очевидным, что вторая точка зрения более убедительна в аргументации необходимости и достаточности негативного содержания добросовестности.

Действительно, рациональное воссоздание того позитивного хода мыслей приобретателя, о котором говорят *Виндшайд* и *Вэхтер*, невозможно и нецелесообразно.

Во-первых, приобретатель не всегда имеет точное положительное убеждение в правомерности приобретения. Ему не может быть вменена обязанность делать такой вывод и тем более быть в нем уверенным. Ограниченность объема знания о фактах, подтверждающих управомоченность отчуждателя, неизбежна, что вынуждает приобретателя больше доверять, верить в отсутствие неизвестных препятствий приобретения, нежели быть в этом убежденным. Приобретатель зачастую также не мыслит и не обязан мыслить правовыми категориями. Доподлинно не известно даже, принимает ли его мышление понятийную форму, если только он не рассуждает вслух. Иными словами, убеждение в право-

¹¹⁸ См.: *Erner G. Die Haftung aus Rechtsschein (Verschuldenshaftung?)*. Frankfurt a.M: Druck von August Fleischhauer, 1937. S. 11–12.

¹¹⁹ См.: *Erner G. Op. cit.* S. 8–9.

мерности приобретения можно назвать лишь вероятным, случайным признаком доброй совести. Из этого следует, что требование обязательного наличия такого признака является неоправданно строгим и необоснованно сужает круг защиты добросовестных приобретателей.

Во-вторых, наличие положительного убеждения практически недоказуемо, поскольку не имеет прямого внешнего выражения. Возможна только последующая рационализация поведения приобретателя, результатом которой станет лишь вывод судьи о том, что при установленных обстоятельствах позитивное убеждение могло иметь место. Но в этом смысле судья выполняет лишнюю работу, поскольку пытается установить некое ошибочное убеждение, или знание, ложность которого уже известна. Придется исследовать также вопрос о том, заключается ли эта ложность в фактической или юридической ошибке.

В-третьих, ошибочное убеждение в правомерности приобретения характерно не только для доброй совести, но и для недобросовестности как незнания вследствие грубой неосторожности. Именно поэтому положительное убеждение приобретателя не может служить определяющим моментом добросовестности. Только негативный аспект — незнание является индикатором добросовестности. Необходимым и достаточным минимумом для ее установления является извинительное отсутствие действительного знания о неуправомоченности («не знал, не мог и не был должен знать»), а не ошибочного об управомоченности отчуждателя («был убежден, что имеет дело с управомоченным»).

В-четвертых, требование положительного убеждения отягощает правовое понятие добросовестности лишним элементом и усложняет вопрос доказывания. Добросовестность и недобросовестность являются логически несовместимыми понятиями. Незнанию о неуправомоченности в первом случае противопоставит знание этого факта во втором. Одно исключает другое. Нейтральной области не существует¹²⁰. Остается лишь вопрос доказывания наличия одного из двух в конкретном случае. Как справедливо замечает *Хахенбург*, «позитивное нужно отрицать, негативному нужно что-то противопоставлять; в этом сущность доказывания»¹²¹. Если приобретатель ссылается на свое незнание (добросовестность), действительный собственник противопоставляет этому факты, доказывающие знание (недобросовестность). Приобретатель может только отрицать факт знания. Свое незнание он не способен доказать противопоставлени-

¹²⁰ Гражданское право: В 4 т. Т. 1: Общая часть / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 533 (автор главы – В.С. Ем): «Недобросовестность является антиподом добросовестности».

¹²¹ См.: *Hachenburg M.* Op. cit. S. 158–160.

ем иных фактов. Любая попытка привести такие факты может доказать лишь условия возникновения у него ложного знания — убеждения в управомоченности отчуждателя. Ошибочное знание в данном случае равносильно незнанию, следовательно, нет необходимости удваивать термины для обозначения одного и того же факта. Даже если ошибочное знание (убеждение) приобретателя удивительным образом будет доказано, оно не может быть противопоставлено доказанному знанию о неуправомоченности. Доказанность последнего одновременно опровергает как незнание, так и ошибочное знание. Но недоказанность знания о неуправомоченности по меньшей мере точно свидетельствует о незнании, и этого оказывается достаточно для признания приобретателя добросовестным (опять же с учетом критерия извинительности незнания: «не мог и не должен был знать»).

Наконец, «добрая совесть» — это прежде всего правовое понятие, а не вопрос конкретного психологического факта. Здесь приоритетны задачи практического характера: обеспечение возможности рациональной квалификации субъективного момента и применение по возможности единых критериев такой квалификации к неопределенному кругу случаев. Может быть задан вопрос о том, достоин ли защиты приобретатель, вообще не сделавший определенного вывода о праве отчуждателя. Однако это не вопрос этики и решается он с помощью исключения защиты при незнании вследствие грубой неосторожности («мог и должен был знать»). Достаточность незнания способствует тому, что понятие добросовестности определенным образом объективируется, а это позволяет в каждом отдельном случае не заниматься поиском убеждений в сознании приобретателя, открывая его «субъективный мир» и выясняя психическое отношение к содеянному. Только в таком объективированном виде понятие добросовестности применимо к юридическим лицам.

Таким образом, добросовестность есть прежде всего незнание. В конкретном проявлении это негативный факт. В догматическом смысле это негативное понятие, которое образуется путем отрицания позитивного — недобросовестности как знания (добросовестность — это «не недобросовестность»).

Общий позитивный факт, при котором можно вести речь о доброй совести, образуют само действие по приобретению и установленное отсутствие недобросовестности. Ни негативный факт, ни негативное понятие не могут служить позитивной предпосылкой приобретения. В этом смысле доказывать саму добросовестность не следует. Она предполагается, пока не доказано обратное.

Если действительный собственник заявляет о нарушении его права собственности, то помимо объективной стороны (обстоятельств приобретения) установлению подлежит такой субъективный момент правонарушения, как недоб-

росовестность. «Недобросовестность, или отсутствие добросовестности – это определенное субъективное поведение лица, которое прямо или косвенно содержит элемент противоправного отношения лица к своим действиям»¹²². Если приобретатель знал о неуправомоченности отчуждателя, можно вести речь о его вине в форме умысла. Если же не знал по неизвинительной причине – в форме грубой неосторожности. Таким образом, исследованию подлежит наличие вины в форме умысла и грубой неосторожности. «Вина в гражданском праве рассматривается не как субъективное, психическое отношение лица к своему поведению, а как непринятие им объективно возможных мер по устранению или недопущению отрицательных результатов своих действий, диктуемых обстоятельствами конкретной ситуации»¹²³. Эта дефиниция в сущности определяет недобросовестность. Отсутствие вины «автоматически» подтверждает добросовестность¹²⁴. Ее защита как раз и проявляется здесь в отсутствии презумпции вины (недобросовестности).

Все эти соображения должны определять содержание норм законодательства о предмете и бремени доказывания.

Примечателен в этом смысле пример немецкого правопорядка. В общем виде для защиты приобретателя «необходимо отсутствие недобросовестности, в этом смысле добросовестности»¹²⁵.

Эндеманн поясняет, что хотя принцип материальной публичности вещных прав установлен в пользу добросовестного третьего лица, правильнее было бы сказать в негативной форме: в пользу не недобросовестного третьего лица (*zu Gunsten des nicht bösgläubigen Dritten*). Просто эта формулировка непривычна и неуклюжа¹²⁶.

BGB не определяет добрую совесть как позитивную предпосылку добросовестного приобретения, а указывает на недобросовестность как на препятствие такого приобретения. Этим предписанием законодатель стремится урегулировать вопрос о бремени доказывания в будущем процессе. Добрая

¹²² *Pfersche E.* Op. cit. S. 107.

¹²³ Гражданское право: В 4 т. Т. 1: Общая часть / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 608 (автор главы – Е.А. Суханов).

¹²⁴ К тому же мнению, очевидно, близок *В.А. Белов*: «Добросовестным может считаться только приобретатель, который приобрел чужую вещь невиновно, т.е. если в его действиях не усматривается ни умысла, ни неосторожности» (Защита интересов добросовестного приобретателя ценной бумаги // Законодательство. 1997. № 6. С. 34), а также *Н. Костюк*: «...добросовестность... можно определить как... отсутствие умысла или неосторожности по отношению к совершаемым действиям...» (Истребование имущества от добросовестного приобретателя (вопросы теории и практики) // Приложение к ежемесячному юридическому журналу «Хозяйство и право». 2007. № 1. С. 9–10).

¹²⁵ *Lenz G.* Studien und Kritiken im Gebiet des preussischen, römischen und deutschen Rechts. Beiträge zur Gesetzrevision. Greifswald: Verlag von Herwig & Droysen, 1847. S. 90.

¹²⁶ См.: *Endemann F.* Op. cit. S. 239, Fussnote 3 dazu.

совесть предполагается, обратное должно быть доказано: *quisquis praesumitur bonus*¹²⁷.

Согласно § 932 Abs. 2 BGB приобретение не признается добросовестным и не влечет возникновения права собственности, если приобретатель знал или вследствие грубой неосторожности не знал, что вещь не принадлежит отчуждателю («...ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist...»). Те же последствия наступают по § 892 Abs. 1 BGB, если приобретателю известно о неправомерности поземельной книги («...die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist»). Таким образом, субъективный момент определен немецким законодательством не как предпосылка приобретения, а в качестве основания, исключающего приобретение. На первый взгляд может показаться, что такой подход законодателя преследует цель распределения бремени доказывания в пользу добросовестного лица. Это справедливо отчасти. В действительности речь идет прежде всего о том, чтобы устранить «позитивную внутреннюю сторону» добросовестности как предмет доказывания. Именно негативная формулировка позволяет это сделать¹²⁸.

Применительно к приобретению движимых вещей негативная формулировка § 932 Abs. 2 BGB выбрана законодателем, чтобы одновременно с дефиницией добросовестности совместить правила доказывания. На прежнего собственника возложено бремя доказывания отсутствия доброй совести, в конечном счете доказывания того, что он не утратил право собственности. По мнению Комиссии, обратное правило привело бы к повышению риска приобретателей. Поскольку институт добросовестного приобретения установлен в интересах оборота, собственник,веряющий другому лицу вещь, несет риск утраты своего права, в том числе в том виде, в котором на него возложено бремя доказывания¹²⁹.

Таким образом, улучшая процессуальную позицию приобретателя, BGB не определяет добросовестность как позитивную предпосылку приобретения, но недобросовестность обсуждает как основание, исключающее приобретение. Поэтому всегда если речь идет о доброй совести, то только ввиду необходимости краткого обозначения ситуации «отсутствия недобросовестности»¹³⁰.

* *Quivis praesumitur bonus donec probetur contrarium* (лат.) – каждый предполагается честным, пока не доказано обратное. – Примеч. авт.

¹²⁷ См.: *Dernburg H.* Op. cit. S. 334.

¹²⁸ См.: *Wiegand W.* Rechtsableitung vom Nichtberechtigten. Rechtsschein und Vertrauensschutz bei Verfügungsgeschäften // *Juristische Schulung* (JuS). 1978. Heft 3. S. 148, 208.

¹²⁹ См.: *Valentin R.* Op. cit. S. 165–166.

¹³⁰ См.: *Westermann H.* Sachenrecht: ein Lehrbuch. Begr. von H. Westermann. Fortgef. von H.P. Westermann. 7., neubearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller, 1998. S. 374–375.

Очевидны практический смысл и преимущество негативного понятия добросовестности. Последствием такого подхода становится то, что доказывание собственником своей позиции в процессе («неутраты» им права) должно быть направлено на уничтожение предполагаемого незнания приобретателя путем противопоставления позитивных фактов¹³¹. Приобретатель же представляет к исследованию объективный момент, раскрывая все позитивные обстоятельства приобретения, которые сами по себе не способны доказать добросовестность¹³². Этому подходу немецкий правопорядок обязан Савиньи, который впервые определил добросовестность как понятие с негативным содержанием.

С учетом изложенного, нельзя назвать удовлетворительным решение отечественного законодателя. Согласно п. 1 ст. 302 ГК РФ добросовестным признается приобретатель, который «не знал и не мог знать», что приобрел у неуправомоченного лица. В данном случае само по себе верное негативное понятие добросовестности в контексте нормы внешне выглядит как позитивная предпосылка (доказываемое условие) защиты приобретателя. Естественной реакцией судей и многих других юристов на это становится возложение бремени доказывания на приобретателя, тем более если он сам ссылается на свою добросовестность¹³³. Этому способствует и проблема прямого применения к данному случаю п. 3 ст. 10 ГК РФ, закрепляющей общее предположение добросовестности. Однако вопрос о том, кто должен доказывать, нельзя решать, не выяснив, что нужно доказывать и доказуемо ли это что-то в принципе. Негативные факты объективного характера, получающие внешнее выражение, зачастую могут быть доказаны путем представления доказательств, которые доступны для обозрения и изучения (например, факты непоставки товара, неуплаты денежных средств, невыполнения работ и неоказания услуг). Но такой негативный факт субъективного характера, как незнание, практически недоказуем с помощью внешних позитивных фактов¹³⁴. Бессмысленно доказывать, например, незнание иностранного языка (тем более имевшее место в прошлом). Пока не доказано

¹³¹ См.: *Valentin R.* Op. cit. S. 168.

¹³² См.: *Wiegand W.* Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen nach §§ 932 ff. BGB // *Juristische Schulung (JuS)*. 1974. Heft 4. S. 206; *Bartels K.* Zur Frage der Ursächlichkeit bei den Nachforschungsobliegenheiten des § 932 BGB. Sorgfaltsanforderungen an den Erwerbwilligen zwischen Eigentumsschutz, Prävention und Umlaufinteresse // *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*. 205. Bd. 2005. S. 688; *Peters F.* Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991. S. 125.

¹³³ Самый яркий пример: «Приобретатель должен доказать, что... он не знал и не мог знать о том, что имущество приобретено у лица, не имевшего права на его отчуждение» (п. 24 постановления Пленума ВАС РФ от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»).

¹³⁴ «Отрицательных доказательств ни от кого требовать нельзя, потому что они обыкновенно невозможны» (*Окс М.О.* Виндикация // *Журнал гражданского и уголовного права*. СПб. 1874. Кн. 3. С. 36).

обратное, можно лишь отрицать его знание, указывать на недостаточное качество его преподавания и утверждать, что ничто не способствовало его изучению. Именно обратное, т.е. недобросовестность как знание или непростительное незнание того, что общеизвестно, доступно и лежит на поверхности, следует доказывать применительно к субъективному моменту приобретения. Очевидно, что бремя доказывания в этом случае возлагается на действительного собственника.

Избегает указанных недостатков формулировка ст. 2 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг», определяющая добросовестного приобретателя как «лицо, которое... не знало и не могло знать о правах третьих лиц на эти ценные бумаги, если не доказано иное». Наличие последней оговорки не только указывает корректный предмет доказывания, но и верно распределяет бремя доказывания. Уже одно это обстоятельство служит косвенным указанием на соответствующую и единственно допустимую трактовку более общей нормы п. 1 ст. 302 ГК РФ.

Кстати, негативную формулировку содержит п. 16 действующего Положения о переводном и простом векселе (утв. Постановлением ЦИК СССР и СНК СССР от 7 августа 1937 г. № 104/1341). Так, владеющее векселем лицо (приобретатель) обязано вернуть его действительному собственнику, если оно приобрело данный вексель недобросовестно или же, приобретая его, совершило грубую неосторожность. При этом приобретатель считается недобросовестным, если он до или в момент приобретения знал о том, что вексель выбыл из владения собственника либо лица, уполномоченного распоряжаться векселем, помимо их воли. Грубая неосторожность приобретателя имеет место в том случае, когда приобретатель в силу сложившихся условий оборота должен был знать о факте выбытия векселя из владения собственника либо лица, уполномоченного распоряжаться векселем, помимо их воли. Недобросовестность и грубая неосторожность приобретателя доказываются лицом, предъявившим требование об изъятии векселя¹³⁵. Как видно, под «недобросовестностью» здесь понимается знание, а под «грубой неосторожностью» — возможное и должное знание о неуправомоченности отчуждателя. Приведенная норма наилучшим образом указывает на недобросовестность как субъективный момент, исключающий приобретение права на вексель. Одновременно это позволяет в качестве единственно верного предмета доказывания определить именно недобросовестность (а не добрую совесть) приобретателя и, соответственно, возложить бремя доказывания на действительного собственника (истца). В этом смысле данное обстоятельство также является указанием на верное толкование п. 1 ст. 302 ГК РФ, так

¹³⁵ См.: п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 33 и Пленума ВАС РФ № 14 от 4 декабря 2000 года «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей».

как ограничение виндикации векселей представляет собой частный случай этой общей нормы.

Таким образом, следует отметить непоследовательность судебной практики в определении предмета и бремени доказывания при установлении добросовестности приобретения¹³⁶. Во многом это обусловлено не вполне удачной формулировкой п. 1 ст. 302 ГК РФ, поскольку, как отмечено, при интерпретации ст. 2 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» и п. 16 Положения о переводном и простом векселе соответствующих проблем у высших судов не возникает. Необходимо всегда иметь в виду, что добросовестность как негативный факт никогда не является позитивной предпосылкой приобретения имущества и доказать ее невозможно. Поэтому норму о добросовестном приобретении весьма желательно сформулировать не в смысле невозможности виндикации имущества от добросовестного приобретателя, а в смысле возможности истребования вещи как следствие того, что приобретение права собственности исключается ввиду установленной недобросовестности приобретателя.

¹³⁶ Остается лишь догадываться, какими соображениями мог руководствоваться тот же Пленум ВАС РФ, в 1998 году возлагая на ответчика бремя доказывания своей добросовестности и спустя два года возлагая уже на истца бремя доказывания недобросовестности ответчика. Ведь очевидно, что не существует тех принципиальных отличий в правовом режиме векселей и иного имущества, которые могли бы оправдать разницу в обсуждении добросовестности приобретателей.