

# ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

## ГОСУДАРСТВЕННАЯ РЕГИСТРАЦИЯ ПРАВ НА НЕДВИЖИМОЕ ИМУЩЕСТВО: ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ РЕШЕНИЯ<sup>1</sup> (часть вторая)<sup>2</sup>



Р.С. БЕВЗЕНКО,

кандидат юридических наук

*В статье обсуждаются проблемы построения системы регистрации прав на недвижимое имущество. Исследуются принципы регистрационного режима. Автор затрагивает как теоретические, так и практические вопросы, связанные с правами на недвижимое имущество.*

*Ключевые слова: недвижимое имущество, государственная регистрация, право собственности.*

*The paper deals with the problems of land registration regime in the Russian Federation. The author examines the principles of registration regime, theoretical and practical issues of immovable property.*

*Keywords: immovable property, land registration, ownership.*

---

<sup>1</sup> Исследование осуществлено в рамках программы фундаментальных исследований ГУ-ВШЭ в 2011 г.

<sup>2</sup> Продолжение. Начало см. № 5 за 2011 г.

8) Долгое время распространенным было мнение о том, что *право собственности инвестора* на недвижимое имущество, возводимое за счет сделанных им инвестиций, возникает у него без внесения каких-либо записей в ЕГРП. Это суждение имеет формальную основу в положениях ст. 5 Закона РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»<sup>1</sup> и ст. 6 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений»<sup>2</sup>, декларирующих такие права инвесторов, как «владение, пользование и распоряжение», результатами инвестиционной деятельности. На основе этих, в общем-то, незамысловатых законодательных сентенций некоторыми практикующими юристами делался вывод о том, что коль скоро закон наделяет инвестора правом «владеть, пользоваться и распоряжаться», то речь непременно идет о праве собственности – ведь эта триада правомочий традиционно используется в нашем праве для обозначения именно этого вещного права.

В сочетании с п. 2 ст. 8 ГК РФ (право возникает с момента внесения записи в реестр, если иное не установлено законом, а таковым законом вроде бы как раз и следует признать названные нормы законодательства об инвестициях) получается, что сам по себе факт осуществления инвестиций достаточен для того, чтобы лицо, осуществившее инвестиции, *сразу же стало собственником того недвижимого имущества, в создание либо реконструкцию которого денежные средства были вложены*. А если таких лиц несколько, то между ними возникает долевая собственность на недвижимую вещь, созданную за их счет. Причем, видимо, это «право собственности инвестора» возникает у последнего первоначальным способом<sup>3</sup>.

По всей видимости, именно рассуждения такого рода легли в основу диковинной юридической конструкции –  *долевого участия в строительстве недвижимого имущества*, суть которой заключается в том, что инвесторы финансируют строительство недвижимости пропорционально той доли, которую они хотят получить в данном объекте и которая, как правило, соответствует конкретному помещению в здании.

При определенных условиях в долевом строительстве можно увидеть некий аналог простого товарищества, т.е. объединения имущественных вкладов, усилий, навыков товарищей для достижения общей цели – строительства дома.

<sup>1</sup> Пункт 5 которой гласит: «Инвестор имеет право владеть, пользоваться и распоряжаться объектами и результатами инвестиций...»

<sup>2</sup> В соответствии с абз. 6 которой инвесторы имеют равные права на «владение, пользование и распоряжение объектами капитальных вложений и результатами осуществленных капитальных вложений».

<sup>3</sup> Прямого подтверждения этого в законах нет, но устойчивая практика органов по государственной регистрации прав на недвижимость – лучшее тому доказательство.

Однако это справедливо только для тех случаев, когда товарищи *действительно участвуют в общей деятельности*. На практике же в подавляющем большинстве участники долевого строительства не принимают никакого участия в строительстве дома – они лишь уплачивают лицу, организующему строительство (застройщику), денежные средства, составляющие стоимость соответствующего помещения. В связи с этим довольно скоро было признано, что договорные отношения между застройщиком и инвесторами (дольщиками) – это отношения не товарищеского, а синаллагматического типа, обязательства застройщика и инвестора являются встречными по отношению друг к другу. Вопрос о том, что *именно это за отношения*, всегда вызывал значительные затруднения у судов<sup>1</sup>.

Совершеннейшую абсурдность конструкции участия в долевом строительстве подчеркивает то обстоятельство, что инвесторы, которые вроде бы должны оплатить строительство дома, заключают договор не между собой (и тогда это было бы типичнейшее товарищество), а с застройщиком, причем не один, а столько, сколько было привлечено дольщиков. Обязанностями застройщика же являются завершение строительства и передача в собственность дольщика помещения в возведенном здании. При этом право собственности на переданное имущество возникает у дольщика... первоначальным способом! (Последнее представляется совершенно невозможным в нормальном порядке, ведь у дольщика нет и не может быть прав на земельный участок, на котором возводится здание.)

Однако несмотря на понимание того, что отношения между инвестором и застройщиком – *это отношения по исполнению договора о передаче в собственность инвестора недвижимой вещи*, «вещно-правовая концепция» прав инвесторов на объект строительства сомнению не подвергалась, и именно она, по всей видимости, легла в основу обширнейшей практики судов общей юрисдикции, а также некоторых арбитражных судов, суть которой заключается в возможности *судебной констатации права собственности инвестора на профинансированное им недвижимое имущество*. На практике эта констатация возникшего права собственности инвестора выражается в *удовлетворении иска о признании права собственности инвестора на объект инвестиций*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ср. обширное «Обобщение практики рассмотрения судами Российской Федерации дел по спорам между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства многоквартирных жилых домов» (утв. Судебной коллегией по гражданским делам ВС РФ), а также информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 июля 2000 г. № 56 «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с договорами на участие в строительстве». Впрочем, ни первый, ни второй документы не содержат внятного ответа на интересующий нас вопрос о природе долевого участия.

<sup>2</sup> Ср. довольно типичное дело из ряда подобных судебных споров: Определение Судебной коллегии ВС РФ от 14 декабря 2010 г. № 4-В10-34.

Здесь необходимо небольшое отступление, связанное с процессуальным значением исков о признании права. Процессуальная наука выделяет два вида исков о признании права: (1) правоподтверждающего и (2) конституирующего (правообразующего) характера<sup>1</sup>. Конститутивные иски о признании возможны тогда, когда это прямо допускается законом (известны немногочисленные случаи допущения такого рода исков – это положения ст. 222 и 225 ГК РФ). Правоподтверждающие же иски о признании предъявляются тогда, когда у истца то право, за судебным признанием которого он обратился, к моменту разрешения спора имеется, но ответчик по каким-то причинам отрицает наличие у истца спорного права. Именно для этого и нужен суд – чтобы внести ясность в правоотношения, констатировать, что право действительно принадлежит истцу.

Некоторые сторонники «вещно-правовой концепции» прав инвестора на объект строительства (в основном из числа практикующих юристов), указывая на совокупность нормы п. 2 ст. 8 ГК РФ и упомянутых выше положений инвестиционного законодательства как на случай возникновения права собственности на недвижимость без записи в реестре, полагают, что иск инвестора о признании права собственности на объект, возведенный за его счет, вполне укладывается в описанную процессуальную конструкцию: право собственности на объект недвижимости у инвестора возникло, так как инвестиции осуществлены, следовательно, иск о признании этого права может быть удовлетворен.

Однако уже в первой половине 2000-х гг. «вещно-правовая» концепция прав инвесторов на объект строительства перестала быть господствующей. Это, по всей видимости, связано с некоторыми сомнениями, которые возникли у судов при ее применении. Так, эта концепция совершенно не объясняет, как долевая собственность инвестора на здание (что вроде бы и имеется в виду в так называемом «инвестиционном законодательстве») преобразуется в право собственности на конкретное помещение в договоре (а ведь именно помещение является предметом договора инвестора с застройщиком). Кроме того, на почве этого взгляда совершенно невозможно хоть скольконибудь удовлетворительно разрешить казус с так называемой «двойной продажей» одного и того же помещения двум разным лицам<sup>2</sup>. И наконец, «вещно-

<sup>1</sup> Подробнее ср.: *Гордон В.М.* Иски о признании. Ярославль, 1906. С. 23.

<sup>2</sup> Представим такую ситуацию. Одно помещение было предметом двух инвестиционных договоров, каждый из инвесторов исполнил свою обязанность по уплате застройщику денежной суммы. Здание не было построено до конца, застройщик впал в банкротство. Первый инвестор предъявил иск о признании права собственности на долю в строительстве, соответствующую оплаченному им помещению (и то же сделали все другие участники инвестиционного проекта). Что делать второму инвестору? Может ли он также потребовать признания за собой права собственности на объект незавершенного строительства? Ведь если допустить это, то получится, что долей в объекте будет более чем 100%.

правовая» концепция приводит к совершенно недопустимым (с точки зрения частного права) результатам в случае банкротства застройщика: часть конкурсной массы передается только одной группе кредиторов (инвесторам), причем приоритет этой группы кредиторов не основан на положениях законодательства о банкротстве<sup>1</sup>.

В итоге в практике арбитражных судов стал развиваться иной взгляд на природу прав инвестора. В его основу легло очень простое соображение: инвестор является стороной договора, в силу которого он (инвестор) имеет право требовать от застройщика исполнения обязательства – передачи конкретного помещения, определенного договором. Поэтому у инвестора есть права, которые принадлежат кредитору по обязательству передать индивидуально-определенную вещь: право требовать принудительного исполнения обязательства в натуре либо право требовать возмещения убытков, причиненного неисполнением обязательства. Разумеется, при таком взгляде на отношения застройщика и инвестора последний станет собственником причитающейся ему недвижимости не ранее, чем застройщик исполнит договор, а инвестор регистрирует свое право собственности в органе по государственной регистрации прав на недвижимое имущество (ст. 219 ГК РФ).

Следовательно, при таком – обязательственно-правовом – объяснении прав инвестора не может быть и речи об удовлетворении иска инвестора о признании права собственности на объект инвестиций (так как такого права у инвестора нет, ведь он не стал собственником по правилам ст. 219 ГК РФ) или на долю в объекте незавершенного строительства. И, разумеется, совершенно иным будет подход к удовлетворению требований кредиторов застройщика в деле о банкротстве застройщика: объект строительства остается в конкурсной массе застройщика, а все кредиторы – банки, инвесторы, налоговый орган, подрядчики и пр. – будут удовлетворять свои требования из стоимости, вырученной от продажи этого объекта конкурсным управляющим в ходе конкурсного производства.

Какой из этих двух подходов – вещно-правовой или обязательственный – верный? На мой взгляд, нет никаких сомнений, что второй из них полностью соответствует последним тенденциям развития законодательства об инвестициях в строительство недвижимости. Я имею в виду Федеральный

---

<sup>1</sup> Объект строительства, являясь собственностью инвесторов, изымается из конкурсной массы застройщика. Остальные кредиторы застройщика (подрядчики, налоговый орган, работники, кредиторы по деликтным требованиям) не могут удовлетворяться из стоимости объекта незавершенного строительства (а именно этот объект подчас и является главным и единственным активом застройщика). В особенно пикантную ситуацию попадают банки-залогодержатели, которые кредитовали застройщика под залог прав на земельный участок и объекта, строящегося на нем, ведь право собственности у инвесторов возникает первоначальным способом, следовательно, залогодержатель не может обратиться с иск об обращении взыскания на предмет залога против инвесторов.

закон от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» и новейшие поправки в Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Федеральный закон о банкротстве), которыми были установлены особенности банкротства застройщиков. В первом из упомянутых законодательных актов устанавливается специальная мера защиты прав инвесторов в строительстве многоквартирных домов – законный залог инвесторов на объект, возводимый за их счет, т.е. инвесторы объявляются законодателем кредиторами-залогодержателями. Это законоположение делает совершенно беспочвенными любые рассуждения о праве собственности инвестора на объект строительства, так как отечественное гражданское право не допускает соединения в одном лице собственника и залогодержателя.

Второй из упомянутых актов – поправки в Федеральный закон о банкротстве – еще жестче подчеркивают обязательственную природу требований инвесторов к застройщику, вводя, во-первых, специальные процедуры и условия удовлетворения этих требований, а также устанавливая приоритет данной группы кредиторов перед иными кредиторами.

По всей видимости, именно такие рассуждения и привели к тому, что ВАС РФ сначала в нескольких делах, рассмотренных в порядке надзора в 2011 г., а впоследствии в недавнем Постановлении Пленума (от 11 июля 2011 г. № 54) поддержал именно обязательственную модель отношений инвесторов и застройщиков, разъяснив судам, что положения законодательства об инвестициях не являются основанием для возникновения права собственности инвесторов на объект строительства, право собственности в такой ситуации возникнет у инвестора не ранее государственной регистрации этого права в реестре (абз. 2 п. 4 Постановления). Таким образом, была поставлена точка в споре о том, являются ли положения законов об инвестиционной деятельности случаями исключения из принципа внесения<sup>1</sup>.

9) Довольно любопытными являются примеры исключения из принципа внесения, которые могут быть обнаружены в законодательстве об ипотеке.

Первый пример – это законная ипотека. В соответствии с п. 2 ст. 11 Федерального закона от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» (далее – Федеральный закон об ипотеке) при ипотеке в силу закона ипотека как обременение имущества возникает с момента государственной регистрации *права собственности лица, являющегося залогодателем в силу*

---

<sup>1</sup> Вместе с тем я хотел бы обратить внимание читателей на то обстоятельство, что другой высший суд – ВС РФ, рассматривая в конце 2010 г. дело о признании права собственности инвестора на долю в объекте незавершенного строительства (см. сн. 2 на с.7), склонился к мнению о том, что такое право у инвестора все же есть.

закона, на это имущество. Таким образом, законодатель вроде бы прямо и недвусмысленно дает понять, что законная ипотека возникает в тот момент, когда лицо, которое должно стать залогодателем в силу закона, приобретает право собственности на имущество, обременяемое залогом. Запись о законной ипотеке все же делается в ЕГРП (п. 2 ст. 20 Федерального закона об ипотеке), однако она не имеет конституирующего (правоустанавливающего) характера, так как законная ипотека и так уже считается возникшей с момента внесения в Реестр записи о собственности залогодателя. Впрочем, если такая запись так и не будет внесена, на силе уже возникшей ипотеки это не скажется.

Вместе с тем так называемые «тайные ипотеки» (ипотеки, с которыми участники оборота не могут ознакомиться) долгое время были мишенью острой критики ученых, занимавшихся проблемами залогового права. В итоге даже Франция – последний правопорядок, признававший тайные ипотеки, – от них отказалась. Однако российский законодатель, видимо, не будучи глубоко знакомым с проблематикой, все же легализовал тайные ипотеки, возникающие в силу закона. Причем последние законодательные тенденции свидетельствуют о том, что количество законных ипотек (а следовательно, и тайных ипотек) постоянно возрастает. Вполне возможно, что это результат лоббистской деятельности банковского сообщества, ведь подавляющая часть законных ипотек возникает именно в пользу банков, кредитующих покупку, строительство, ремонт недвижимого имущества.

Понятно, что существование тайной ипотеки резко бьет и по обороту, и по кредиту: реестр перестает быть достоверным – и участники оборота не могут положиться на его данные, принимая решения о покупке недвижимости или о выдаче кредита под залог недвижимости. Видимо, понимая опасность тайных ипотек, суды выработали подход, суть которого заключается в том, что законная ипотека, не зарегистрированная в реестре, не может считаться возникшей даже при наличии фактического состава, который в соответствии с законом достаточен для возникновения законной ипотеки<sup>1</sup>. Возможно и более тонкое решение: законная ипотека возникает без регистрации, но она может быть противопоставлена только тому, кто знает или должен знать о наличии оснований для возникновения законной ипотеки (например, что недвижимость была куплена в кредит). К таким лицам относится в первую очередь сам залогодатель.

Однако в любом случае состояние действующего законодательства, регулирующего законную ипотеку, не выдерживает никакой критики – оно нуждается в срочном обновлении.

Второй случай исключения из принципа внесения, который предусмотрен нормами, регулирующими ипотеку, – это уступка ипотеки.

<sup>1</sup> Ср.: постановление ФАС Московского округа от 8 февраля 2006 г. № КГ-А40/13476-05; постановление ФАС Дальневосточного округа от 6 ноября 2007 г. № Ф03-А73/07-1/4427.

В соответствии с положениями ст. 384 ГК РФ при уступке основного обязательства (например, обязательства по возврату кредита) к цессионарию переходят и дополнительные требования (в частности, залог). Однако применение этой нормы может быть затруднено положениями п. 2 ст. 389 ГК РФ, в соответствии с которыми уступка права по сделке, внесенной в реестр, также требует внесения в реестр. Возникает вопрос: с какого момента происходит переход права залогодержателя при уступке обязательства по возврату кредита, обеспеченному ипотекой?

Есть два варианта ответа. Первый: у цессионария права залогодержателя возникнут с момента государственной регистрации уступки. Однако это не соответствует принципиальному положению российского залогового права: *залогодержателем может быть только кредитор по обеспеченному залогом обязательству*. (Легко заметить, что при предлагаемом варианте решения проблемы после подписания соглашения об уступке прав по договору кредита и по ипотеке и до регистрации перехода ипотеки кредитором по обязательству будет цессионарий, а залогодержателем – цедент.) Этот вариант также порождает значительное количество трудных вопросов: как быть в случае, если регистрация уступки ипотеки не состоится? Если до регистрации уступки ипотеки появится необходимость обратиться с иском о взыскании на предмет залога?

Другой вариант ответа таков: нельзя ли увидеть в положениях ст. 384 ГК РФ, устанавливающих особенность перехода прав, вытекающих из обеспечения, исключение из этого принципа, ведь эта норма и есть иной предусмотренный законом случай возникновения права без регистрации? По всей видимости, именно к такому решению склонился ВАС РФ, признавший в недавнем Постановлении Пленума, посвященном залоговому праву, что ипотека переходит к цессионарию с момента совершения уступки по долгу, обеспеченному залогом (п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10).

Однако у этого решения есть и негативные стороны. Реестр, содержащий в себе запись об ипотеке в пользу цедента, более не будет достоверным – он будет вводить третьих лиц в заблуждение относительно действительных прав на недвижимое имущество. Кроме того, цессионарий будет совершенно незаинтересован в том, чтобы привести Реестр в актуальное состояние, *ведь у него и так уже есть права залогодержателя – без внесения записей в ЕГРП*.

Как мне представляется, Суд, выбрав в качестве варианта ответа второй подход, тем не менее смог нивелировать его недостатки. Как указывается в предл. 2 абз. 2 п. 14 Постановления, до государственной регистрации перехода к новому кредитору прав по ипотеке предъявленные им требования, основанные на договоре об ипотеке (например, иск об обращении взыскания на предмет залога), удовлетворению не подлежат. Тем самым создается



мощнейший стимул для нового залогодержателя, не внесенного в ЕГРП, как можно быстрее зарегистрировать изменение принадлежности права залога.

10) Очень интересный случай исключения из принципа внесения – положения п. 3 ст. 552 ГК РФ и п. 1 ст. 35 ЗК РФ, в соответствии с которыми при переходе права собственности на здание, строение, сооружение, находящиеся на чужом земельном участке, к другому лицу *оно приобретает право на использование* соответствующей части земельного участка, занятой зданием, строением, сооружением и необходимой для их использования, *на тех же условиях и в том же объеме, что и прежний их собственник*. Другими словами, покупатель здания, приобретший его от лица, являвшегося арендатором земельного участка, на котором расположено это здание, с момента государственной регистрации права собственности на здание становится арендатором этого земельного участка. Внесения каких-либо записей об этом в ЕГРП не требуется.

Это исключение из принципа внесения может быть объяснено исключительно особенностью российского правопорядка, который допускает квалификацию здания (строения, сооружения) в качестве самостоятельной недвижимой вещи, отличной от земельного участка, на котором такой объект расположен. Потребность в одновременном обращении прав на земельный участок и прав на здание, на нем расположенное, и породила так называемый принцип единства судьбы земельного участка и расположенного на нем здания, реализованный в ст. 1 ЗК РФ (хотя точнее его было бы именовать принципом одновременной передачи права на здание и на земельный участок). При этом, правда, остается непонятным, почему переход права собственности на земельный участок, на котором расположено продаваемое здание (ср. п. 1 ст. 552 ГК РФ, п. 4 ст. 35 ЗК РФ), также не может иметь места как исключение из принципа внесения. Зачем в этом случае отчуждателю и приобретателю здания следует обязательно совершать сделку по отчуждению земельного участка? На мой взгляд, такое законодательное решение (о переходе права собственности на земельный участок надо договариваться, без передачи права на земельный участок такая сделка ничтожна<sup>1</sup>; о переходе права аренды на земельный участок договариваться не надо, это право автоматически переходит к покупателю) нелогично и несправедливо.

Однако практика поставила довольно тонкий вопрос, связанный с применением правил п. 3 ст. 552 ГК РФ и п. 1 ст. 35 ЗК РФ о переходе без записи ограниченных прав на земельный участок. Речь идет о случае, когда у продавца здания имеется право постоянного бессрочного пользования земельным участком, на котором расположено отчуждаемое здание. Это право неспо-

---

<sup>1</sup> См. п. 11 постановления Пленума ВАС РФ от 24 марта 2005 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства».

собно к обороту, следовательно, возникает вопрос: применяется ли в такой ситуации норма о переходе ограниченного права на земельный участок при продаже здания? Кроме того, круг субъектов права постоянного бессрочного пользования действующим законом ограничен (см. ст. 20 ЗК РФ), земельные участки на этом праве предоставляются, в общем-то, довольно экзотическим участникам оборота (вроде государственных учреждений, казенных предприятий, центров исторического наследия президентов Российской Федерации, прекративших осуществление своих полномочий).

Тем не менее высшая судебная инстанция ответила на этот вопрос положительно, согласившись с тем, что к покупателю, даже не являющемуся субъектом, которому земельный участок может быть предоставлен на праве постоянного бессрочного пользования, переходит право бессрочного пользования участком, причем для перехода этого права к покупателю внесения записи в ЕГРП не требуется<sup>1</sup>.

11) Еще одно исключение из принципа внесения в сфере земельного права содержится в ст. 3<sup>1</sup> Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» (далее – Вводный закон к ЗК РФ). Я имею в виду правила о возникновении права собственности на разграниченные земельные участки, принадлежащие публичным образованиям на праве собственности.

Суть проблемы вкратце такова. До 1 июля 2006 г. действовал специальный Федеральный закон, устанавливавший процедуру определения собственников земельных участков, принадлежащих публичным образованиям (разграничение прав на землю), основная идея которого заключалась в том, что земельные участки разграничиваются путем издания акта Правительства РФ о разграничении земельных участков<sup>2</sup>. Однако такая процедура была признана чрезвычайно неэффективной<sup>3</sup>, и соответствующий Федеральный закон был отменен. Взамен во Вводный закон к ЗК РФ были помещены специальные критерии (ст. 3<sup>1</sup>), при помощи которых правоприменитель мог бы определить, кому из публичных собственников принадлежит право на земельный участок.

Однако сразу же возникла следующая проблема. Прежнее законодательство о разграничении земельных участков исходило из того, что право собственности на участок возникает у публичного образования с момента

<sup>1</sup> См. п. 12 постановления Пленума ВАС РФ от 24 марта 2005 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства»; постановления Президиума ВАС РФ от 23 марта 2010 г. № 11401/09; от 11 мая 2010 г. № 82/09.

<sup>2</sup> Федеральный закон от 17 июля 2001 г. № 101-ФЗ «О разграничении государственной собственности на землю».

<sup>3</sup> Так, по некоторым подсчетам, для того чтобы разграничить все земельные участки в Российской Федерации теми темпами, которыми осуществлялась подготовка и издание актов Правительства, потребовалось бы более 30 лет.

государственной регистрации права собственности в ЕГРП; в ст. 3<sup>1</sup> Вводного закона к ЗК РФ такого правила нет, напротив, законодатель употребляет слова «в целях разграничения государственной собственности на землю *к собственности такого-то публичного образования* (Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципальных образований) *относятся такие-то земельные участки*». Спрашивается: возникло ли у публичного образования право собственности на такой земельный участок сразу же после вступления в силу ст. 3<sup>1</sup> Вводного закона к ЗК РФ (т.е. с 1 июля 2006 г.) или же эта норма является предпосылкой для возникновения права собственности на земельный участок, в то время как само оно возникнет только в том случае, если запись о праве собственности соответствующего публичного образования на земельный участок будет внесена в ЕГРП?

Судебная практика ответила на этот вопрос следующим образом. Предметом рассмотрения в Президиуме ВАС РФ стал следующий спор между муниципальным образованием и Российской Федерацией. Российская Федерация зарегистрировала право собственности на земельный участок до вступления в силу правил ст. 3<sup>1</sup> Вводного закона к ЗК РФ. Однако в соответствии с данными правилами земельный участок должен был быть отнесен не к федеральной, а к муниципальной собственности. Муниципальное образование обратилось в суд с иском о признании своего права на участок. Суды трех инстанций отказали в иске о признании права, указав, что собственником участка в соответствии с записями ЕГРП является Российская Федерация, а Вводный закон к ЗК РФ был дополнен ст. 3<sup>1</sup>. Президиум ВАС не согласился с такой позицией, признав, что само по себе вступление в силу правил, содержащихся в ст. 3<sup>1</sup> Вводного закона к ЗК РФ, означает, что с 1 июля 2006 г. спорный участок поступил в собственность муниципального образования и внесения в ЕГРП каких-либо записей об этом не требовалось. Следовательно, истец правильно избрал способ защиты своего права собственности на участок – иск о признании права собственности к лицу, которое, не являясь собственником участка, тем не менее записано в ЕГРП в качестве его собственника<sup>1</sup>.

Подобный подход высшей судебной инстанции представляется вполне оправданным. Правила о разграничении прав публичных образований на принадлежащие им земельные участки по своей направленности схожи с нормами ст. 6 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее – Федеральный закон о регистрации) о ранее возникших правах. В самом деле, земельные участки, в отношении которых применяются правила о разграничении, *всегда принадлежали публичному собственнику*; единственная неясность заключалась в том, что субъект этого права – Российская

<sup>1</sup> Постановление Президиума ВАС от 19 июля 2011 г. № 2178/11.

Федерация, субъект Российской Федерации, муниципальное образование – был неопределен. Правила о разграничении призваны лишь выявить соответствующее публичное образование.

Следует помнить о том, что исключения из принципа внесения устанавливаются в обороте не столько ради его упрощения, сколько ради исключения случаев появления бесхозной недвижимости; при этом важно не допустить ущемления интересов неограниченного круга третьих лиц, которые обращаются к данным ЕГРП с целью получить информацию о правах на недвижимое имущество.

Следовательно, лицо, которое вступило в отношения с тем, кто в противоречии с правилами ст. 3<sup>1</sup> Вводного закона к ЗК РФ был внесен в ЕГРП в качестве собственника земельного участка (например, как в деле, рассмотренном Президиумом ВАС РФ, – Российская Федерация), должно быть защищено принципом достоверности реестра (т.е. участок не может быть изъят у покупателя, положившегося на данные ЕГРП; арендатор, плативший арендную плату Российской Федерации, не может быть понужден к уплате арендных платежей повторно; залогодержатель сохраняет право залога и т.п.).

12) Непростым для практики оказался вопрос о том, в какой момент возникает *право на недвижимое имущество, установленное решением суда*.

Нет никаких сомнений в том, что право, подтвержденное судебным актом, вступившим в законную силу, должно быть внесено в ЕГРП. Собственно, регулированию особенностей государственной регистрации таких прав посвящена целая статья Федерального закона о регистрации (ст. 28)<sup>1</sup>. Однако она не дает прямого ответа на вопрос о том, с какого момента лицо, чье право на недвижимое имущество подтверждается вступившим в законную силу судебным актом, является обладателем этого права.

Кажется, первый вариант ответа на этот вопрос, который приходит на ум, – с момента вступления в силу соответствующего судебного акта – тесно связан с представлениями о законной силе судебного решения, свойством общеобязательности судебного акта. Однако более внимательное изучение проблемы показывает, что такой ответ ошибочен.

Необходимо помнить о том, что признание судом лица обладателем права на недвижимое имущества возможно в двух случаях. Первый из них таков: лицо уже является обладателем права на недвижимость, но ответчик отрицает или сомневается в наличии у истца этого права. Для того чтобы внести ясность в отношения сторон спора, необходимо судебное подтверждение наличия

---

<sup>1</sup> Некоторые положения которой являются настолько нелепыми, что это вызвало необходимость специальных разъяснений высшей судебной инстанции (см. информационное письмо Президиума ВАС РФ от 21 июля 2009 г. № 132 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами статей 20 и 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»»).

либо отсутствия у истца спорного права<sup>1</sup>. Это доктринальное положение процессуальной науки в настоящее время подтверждается и правовой позицией высших судов<sup>2</sup>. Следовательно, по делам такого рода (к числу которых можно отнести споры о признании права собственности на недвижимое имущество, виндикационные иски, негаторные иски, иски о признании последствий недействительности сделки, об исключении имущества из описи и из-под ареста) судебный акт на самом деле не добавляет ничего нового в права на недвижимую вещь, которые и так в момент разрешения спора принадлежали истцу (в противном случае иск просто не мог быть удовлетворен!).

Существует и другой вид исков о признании – правоустановительные (конституирующие) иски. По такого рода искам истец не обладает правом, о признании которого он просит, но итогом разрешения спора является возникновение (признание) права собственности за истцом. По сути, суд *создает своим решением право для истца*. Закон относит к числу такого рода решений о признании права (а) решение по спору о признании права собственности на самовольную постройку (ст. 222 ГК РФ), а также (б) решение по делу о признании права собственности на бесхозяйное недвижимое имущество (ст. 225 ГК РФ)<sup>3</sup>. Однако считать, что в двух обозначенных случаях принцип внесения не действует (и право собственности на недвижимое имущество принадлежит истцу с момента вступления в силу судебного акта), нет решительно никаких оснований – ни *de lege lata*, ни *de lege ferenda*.

5. Итак, целесообразно подвести некоторый итог рассмотрения ситуаций, составляющих исключение из принципа внесения.

Во-первых, сами по себе отступления от принципа внесения не представляют собой чего-то сверхъестественного и экстраординарного: эти исключения могут быть объяснены либо невозможностью «юридической паузы» между прекращением прав одного лица и возникновением прав другого лица (правопреемство при наследовании, реорганизации, уступке требования, обеспеченного ипотекой, приобретение права собственности по давности владения), либо патернализмом со стороны государства, отступающего от принципа внесения для цели создания упрощенной системы защиты интересов отдельных категорий участников гражданского оборота (супружеская собственность; право собственности на имущество в кооперативе; законная ипотека в пользу банка, кредитующего покупку недвижимости; право собствен-

<sup>1</sup> См.: Гордон В.М. Указ. соч. С. 23 и далее.

<sup>2</sup> Пункт 59 постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав».

<sup>3</sup> Иные случаи, когда закон допускал бы вынесение правоустановительного решения по иску о признании, мне неизвестны.

ности на разграниченные земельные участки, принадлежащие публичным образованиям)<sup>1</sup>. При этом, однако, законодатель забывает о том, что расхождение записи в Реестре с действительной принадлежностью права собственности не может (и не должно!) нарушать интересы неограниченного круга других лиц, которые обращаются к Реестру за получением сведений о принадлежности недвижимого имущества.

Во-вторых, совершенно очевидно, что отечественный законодатель не в полной мере осознает то значение, которое имеет п. 2 ст. 8 ГК РФ, и возможность установления исключения из правил, предусмотренных в нем. Это проявляется, в частности, в многочисленных случаях, которые можно обозначить как *ложные исключения из принципа внесения* (возникновение права хозяйственного ведения и оперативного управления, приобретение права собственности при аренде с правом выкупа, переход доли при продаже доли в общей собственности, инвестиционные сделки и пр.), когда исключение из принципа внесения основано на дефекте законодательного текста.

## 5. Проблема легалитета реестра. Сочетание нотариального удостоверения сделок и изменения записей в реестре. Глубина юридической экспертизы

1. *Начало легалитета* применительно к регистрационному режиму означает, что заявление лица, обратившегося в регистрирующий орган за регистрацией прав на недвижимое имущество, и представленные им документы, являющиеся основанием регистрации права на недвижимое имущество, подлежат оценке регистрирующим органом с точки зрения их соответствия действующему законодательству. Следовательно, принятие решения о регистрации означает, что регистрирующий орган нашел представленные документы надлежащими и усмотрел наличие фактического состава, который является основанием для регистрации права на недвижимость.

Однако переоценивать значение легалитета ЕГРП и усматривать в факте положительного решения регистрирующего органа по вопросу о возможно-

<sup>1</sup> Разработчики реформы регистрационной системы в Шотландии указывают, что идея прав, существующих и переходящих без всякой записи в Реестре (*overriding interest*), является общепризнанной и реализована во многих юрисдикциях (см.: Scottish Law Commission. Report on Land Registration. Vol. 1. Edinburgh, 2010. P. 67 ([http://www.scotland.gov.uk/download\\_file/view/186](http://www.scotland.gov.uk/download_file/view/186))). Объяснение, которое дается правам, не включаемым в Реестр, но существующим без всякой записи, заключается в том, что вносить записи о таких правах в Реестр непрактично (*impracticable*), а лица, заинтересованные в установлении действительного юридического состояния земельного участка, могут получить информацию об *overriding interests* из других источников (*aliunde*). Однако при этом общепризнанным является и стремление сокращать количество *overriding interests* (Law Commission and HM Land Registry. Land Registration For the 21<sup>st</sup> Century: A Consultative Document. P. 15, 55–56 (<http://www1.landregistry.gov.uk/upload/documents/lc254.pdf>)).

сти государственной регистрации соответствующего права неопровержимое доказательство наличия этого права не следует.

Сам по себе факт государственной регистрации не влечет автоматического признания документов, рассмотренных регистрирующим органом, соответствующими действующему законодательству.

Поэтому для того чтобы однозначно говорить о полном легалитете регистрационного режима, необходимо установить, подлежат ли представляемые для регистрации документы исследованию на предмет их соответствия закону и по каким критериям регистрирующий орган оценивает это соответствие.

В соответствии со ст. 13 Федерального закона о регистрации правовая экспертиза является необходимой стадией процедуры государственной регистрации. К сожалению, ни указанный Федеральный закон, ни ведомственные нормативные акты не раскрывают значение этого термина. Содержание правовой экспертизы косвенно может быть выведено из анализа п. 3 ст. 9 Федерального закона о регистрации, в соответствии с которым регистрирующий орган имеет право проверять действительность поданных заявителем документов и наличие соответствующих прав у изготовивших их органов власти.

Проверка действительности документов означает, что регистрирующий орган должен установить, не имеют ли юридические факты-основания каких-либо пороков, отвечающих признакам недействительности сделок (порок формы, воли и волеизъявления, субъекта или объекта). Однако в ст. 20 Федерального закона о регистрации основанием для отказа в регистрации называется лишь дефект содержания или формы сделки. Таким образом, регистрирующий орган не должен вдаваться в проблемы дееспособности, если он не имеет каких-либо сведений о ее ограничении. Кроме того, регистрирующий орган не вправе исследовать наличие, действительность волеизъявления лиц, обратившихся за государственной регистрацией прав, наличие у органов юридических лиц, совершающих те или иные сделки с недвижимым имуществом, полномочий на совершение сделки и т.п.

Получается, что *легалитет российского регистрационного режима – только внешний, он не касается элементов, которые неизбежно являются скрытыми от регистрирующего органа (наличие воли, полномочий на совершение сделки).*

С одной стороны, такое положение дел следует приветствовать, так как оно облегчает процедуру регистрации прав. С другой стороны, недоразвитый легалитет может привести к тому, что зарегистрированным вполне может оказаться право, которое основано на недействительной сделке, следовательно, будет нарушена центральная идея регистрационной системы – соответствие записей реестра действительной принадлежности недвижимого имущества.

Что следует предпринять в этой связи? Очевидно, что возложение функций проверки наличия и действительности всех элементов состава, явля-

ющихся основанием для регистрации права (в первую очередь – сделок), во-первых, значительно усложнит и замедлит функционирование регистрационного режима, во-вторых, придаст регистрирующему органу не свойственную ему функцию исследования фактических обстоятельств совершения сделок с недвижимостью<sup>1</sup>.

Внешний легалитет регистрационной системы может быть с успехом сформирован на основе тех положительных качеств, которые присущи *нотариальному удостоверению сделок*. В частности, речь идет о том, что нотариус, удостоверяя сделку, отвечает не только за ее содержание, но и за проверку дееспособности лиц, ее совершающих, наличие у них соответствующих полномочий. Поэтому, на наш взгляд, имеются перспективы самого широкого применения нотариальной формы сделки с недвижимостью. Нотариальная форма должна совершенно заменить не оправдавшую себя государственную регистрацию сделок с недвижимостью. Нотариус, удостоверяя сделку, отвечает и за внутренний, и за внешний легалитет записи, внесенной в реестр на основании сделки.

2. Обычно возражения, выдвигаемые против возвращения отечественного нотариата в систему институтов, опосредующих оборот недвижимости<sup>2</sup>, заключаются в следующем.

Во-первых, это существенно повышает материальные издержки сторон, так как нотариальные пошлины и прочие сборы высоки. Эти издержки не компенсируются повышением уверенности сторон сделки в том, что у них не будет проблем во взаимоотношениях с регистрирующим органом на этапе регистрации перехода права и после него – в отношениях друг с другом и с третьими лицами. Кроме того, условия ответственности нотариусов в случае признания недействительными удостоверенных ими сделок таковы, что они не обеспечивают действительного возмещения ущерба, причиненного при совершении такого нотариального действия.

Во-вторых, зачастую указывают на то, что установление обязательной нотариальной формы сделок с недвижимостью повлечет за собой повышение организационных издержек: с организационной точки зрения установление обязательной нотариальной формы сделок с недвижимостью лишь усложняет процедуру перехода права, но не может облегчить ее.

В-третьих, встречается довод о том, что современный российский нотариат состоит либо из коррумпированных, либо из некомпетентных нотариусов,

---

<sup>1</sup> В проекте Ветчинного устава предполагалось установить, что ветчинное установление может отказать в регистрации только тогда, когда акты, представленные к регистрации, являются «очевидно противозаконными» (§ 240).

<sup>2</sup> В которой он присутствовал до вступления в силу части первой ГК РФ.



либо из тех и других одновременно. В связи с этим считается, что нотариально удостоверить сложноструктурированную сделку с недвижимостью, включающую в себя условия, ковенанты, заверения и гарантии, будет очень непросто в силу невысокой профессиональной грамотности нотариусов и их неготовности воспринимать передовые юридические идеи. Именно такая картина может быть сегодня обнаружена в сфере нотариального удостоверения сделок по продаже долей участия в обществах с ограниченной ответственностью<sup>1</sup>.

Со справедливостью почти всех упреков в адрес современного российского нотариата (высокая стоимость услуг, коррумпированность части нотариального корпуса, удручающе низкий профессиональный уровень нотариусов, сложность привлечения нотариуса к ответственности, организационный хаос в нотариальных конторах) невозможно не согласиться. Но эти упреки не основаны на особенностях нотариата как института в целом, а целиком и полностью связаны с текущим состоянием дел в российском нотариате. Поэтому мне кажется методологически неверным отвергать саму идею возвращения нотариального удостоверения сделок с недвижимостью лишь на основании этих аргументов (разве что возражающий оппонент исходит из предпосылки, что такое положение вещей будет иметь место в отечественном нотариате всегда)<sup>2</sup>. Отвечать на вопрос о необходимости и полезности нотариальной формы сделок с недвижимостью нужно, имея в виду возможность либо невозможность нотариата обеспечить решение тех проблем легалитета реестра, которые были обозначены выше (проверка «внешней» и «внутренней» законности сделки, являющейся основанием для внесения записи в реестр).

Действительно, материальные издержки нотариального удостоверения высоки. Однако, во-первых, это регулируемые издержки, и законодателю вполне под силу установить их на более или менее справедливом уровне<sup>3</sup>. Во-вторых, обязательным условием возвращения нотариата в сферу оборота недвижимости должно стать изменение оснований для привлечения нотариуса к ответственности (например, отказ от принципа виновной ответственности), увеличение размера обязательного страхования нотариуса (с его возможной дифференциацией в зависимости от места нахождения нотариальной конторы).

---

<sup>1</sup> Квинтэссенцию возражений против введения обязательной нотариальной формы сделок с недвижимостью см.: *Пискунова М.* Нужно ли сделкам с недвижимостью нотариальное удостоверение? // *эж-Юрист.* 2003. № 26.

<sup>2</sup> С тем же основанием можно говорить: некоторые члены законодательных органов невежественны, следовательно, законы должны принимать не они, а кто-то другой; некоторые судьи не обладают качественными юридическими знаниями, следовательно, споры должны решаться не в суде. Этот ряд можно продолжать бесконечно долго.

<sup>3</sup> Удалось же законодателю преодолеть пресловутое нотариальное лобби и установить весьма невысокую пошлину за удостоверение договора ипотеки!

Введение обязательной нотариальной формы сделок с недвижимостью должно неизбежно повлечь снижение числа судебных споров, связанных с признанием недействительными сделок с недвижимостью<sup>1</sup>, а также повышение гарантий заинтересованной стороны в возмещении имущественных потерь, причиненных оспариванием сделки.

Я также убежден и в том, что введение обязательной нотариальной формы сделок с недвижимостью при повышении ответственности нотариуса за действительность сделки также неизбежно повлечет за собой совершенствование законодательства о регистрации актов гражданского состояния в части создания реестра лиц, состоящих в браке (для целей выявления общей супружеской собственности на имущество), законодательства о нотариате – в части создания единого реестра нотариальных действий (в отношении установления фактов выдачи доверенностей, свидетельств о праве на недвижимое имущество, перешедшее в порядке наследования, и пр.). То есть предлагаемое решение может стать своеобразным «локомотивом», который, будучи подталкиваемым заинтересованной группой – нотариусами, способен осуществить настоящий прорыв в деле совершенствования отечественного законодательства, связанного с оборотом недвижимости.

Организационные издержки, которые могут лечь на участников оборота при введении обязательной нотариальной формы сделок с недвижимостью, также могут быть легко нивелированы при умелом «встраивании» нотариата в регистрационный процесс. Так, вполне мыслимо наделение нотариусов обязанностью не просто удостоверять сделки с недвижимостью, но и готовить и подавать от имени своих клиентов заявления в регистрирующий орган о внесении записи в ЕГРП<sup>2</sup>.

В случае введения обязательного нотариального удостоверения сделок с недвижимостью имеет смысл пересмотреть задачи и порядок осуществления правовой экспертизы данных сделок, осуществляемой регистрирующим органом. Оче-

---

<sup>1</sup> Кстати, именно эта тенденция обозначилась в практике арбитражных судов после введения правила об обязательном нотариальном удостоверении передачи доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью. Судя по статистике арбитражных судов, количество дел, связанных с оспариванием принадлежности долей, резко снизилось: в настоящее время таких споров единицы.

<sup>2</sup> В некоторых развитых правовых системах (например, Нидерланды) нотариусы не только готовят и направляют заявление о совершении регистрационной записи, но и, имея доступ к данным Реестра, формируют предварительное регистрационное дело в электронной форме, помещая в Реестр файлы, содержащие правоустанавливающие документы (ср.: *Stolk P.A. E-conveyancing using Public Key Infrastructures in the Netherlands* ([http://www.eurosdnr.net/km\\_pub/no48/workshops\\_docs/edelivery\\_frankfurt\\_feb\\_05/5\\_2c\\_Paper\\_Stolk.pdf](http://www.eurosdnr.net/km_pub/no48/workshops_docs/edelivery_frankfurt_feb_05/5_2c_Paper_Stolk.pdf)); *Vos J. The Digitalization of Land Registration in the Netherlands: Paving the Road for Cross-border Practices* ([http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosPeru/JACQUES%20VOS-%20THE\\_DIGITALIZATION\\_OF\\_LAND\\_REGISTRATION\\_IN\\_THE\\_NETHERLANDS\\_-\\_pavin\\_the\\_road\\_for\\_cross\\_border\\_practices\\_\\_2.pdf](http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosPeru/JACQUES%20VOS-%20THE_DIGITALIZATION_OF_LAND_REGISTRATION_IN_THE_NETHERLANDS_-_pavin_the_road_for_cross_border_practices__2.pdf)).

видно, что коль скоро риск несоответствия сделки закону возложен на нотариуса, регистрирующий орган должен проверять не содержание сделки, а факт ее нотариального удостоверения, а также наличие или отсутствие обстоятельств, препятствующих внесению записи в Реестр (например, наличие арестов)<sup>1</sup>.

Кроме того, нотариус, будучи незаинтересованным лицом, может вовлекаться в процесс расчетов по сделке путем зачисления покупателем денежных средств на депозитный счет нотариуса и их перечисления нотариусом продавцу после государственной регистрации перехода права собственности к покупателю<sup>2</sup>.

И наконец, самый справедливый (на мой взгляд) упрек, предъявляемый нотариальному сообществу, – это юридическая консервативность нотариусов, иногда имеющая основание в отсутствии глубоких познаний в области права, иногда – в банальном следовании букве инструкций и рекомендаций и нежелании разобраться в вопросе, а иногда связанная с тем, что нотариус несет материальную ответственность за свои действия и правовые «эксперименты» могут вылиться в иск о возмещении вреда, причиненного незаконным нотариальным действием. Однако оборот усложняется и структура сделок с недвижимостью (особенно нежилой) усложняется вместе с ним. Как совместить эти тенденции и нотариальный консерватизм?

На мой взгляд, здесь законодатель вполне мог бы прибегнуть к тому же приему, который был им избран при введении обязательного нотариального удостоверения сделок с долями в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью. Я имею в виду положения абз. 3 п. 11 ст. 21 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», который вводит разграничение между обязательством передать долю (которое устанавливается договором, заключаемым в простой письменной форме) и собственно сделкой по передаче доли (которая и подлежит нотариальному удостоверению)<sup>3</sup>. По всей видимости, нечто похожее вполне имеет право на существование и в обороте недвижимости.

На мой взгляд, желаемая модель участия нотариуса в обороте недвижимости должна основываться на следующих принципах. Во-первых, нотариальному удостоверению подлежит сделка, непосредственно направленная на передачу вещного права на недвижимость. Во-вторых, этой сделке может

<sup>1</sup> Хотя открытие нотариусам доступа к ЕГРП, установление возможности мгновенной передачи регистратору заявления о совершении регистрационного действия и прилагаемых документов очевидно исключит саму возможность нотариального удостоверения сделки с недвижимостью, в отношении которой имеется арест.

<sup>2</sup> Современная отечественная практика расчетов по сделкам с недвижимостью через банковскую ячейку вызывает лишь грустную улыбку своей брутальной пещерностью.

<sup>3</sup> Подробнее см.: *Зайцев О.Р.* Новая редакция Закона об ООО и антирейдерский закон – работа над ошибками // Закон. 2009. № 11. С. 173–175.

(но не должна!) предшествовать обязательственная сделка, в которой стороны устанавливают обязательство передать право собственности на недвижимое имущество, и такая сделка не подлежит нотариальному удостоверению<sup>1</sup>. В-третьих, нотариус, удостоверяя сделку, направленную на передачу вещного права на недвижимое имущество, проверяет данные ЕГРП: является ли отчуждатель собственником имущества, имеются ли какие-либо обстоятельства, препятствующие отчуждению вещи (например, аресты). В-четвертых, нотариус, удостоверив сделку, направленную на передачу вещного права на недвижимость, составляет от имени своих клиентов заявление о государственной регистрации перехода права на недвижимость и передает его вместе с иными документами (удостоверенным им договором) регистратору (желательно по каналам электронной связи). В-пятых, получив от регистрирующего органа информацию о внесении записи в Реестр и соответствующие свидетельства, нотариус выдает их своим клиентам. В этот же момент нотариус должен завершить расчеты, перечислив предварительно внесенную покупателем (его банком) на депозитный счет нотариуса денежную сумму продавцу. Описанная модель взаимодействия регистрирующего органа, нотариуса, сторон сделки представляется той, к которой следует стремиться отечественному законодателю в ходе предстоящей реформы ГК РФ<sup>2</sup>. Таким образом была бы создана цельная система правовых предписаний, создающих полный легалитет регистрационного режима и направленных на защиту интересов как лиц, участвующих в совершении сделок с недвижимостью, так и третьих лиц, для которых соответствие закону данных регистрации может презюмироваться.

2. Одной из самых актуальных сегодня проблем легалитета реестра является определение *пределов проверки юридического содержания документов, представленных на регистрацию (пределы глубины юридической экспертизы, осуществляемой регистрирующим органом)*.

Вопрос о глубине юридической экспертизы возникает в следующих ситуациях: вправе ли орган по регистрации отказать в совершении регистраци-

<sup>1</sup> Разумеется, при таком подходе требует разрешения вопрос о том, действительна ли сделка, направленная на передачу вещного права на недвижимое имущество, при недействительности обязательственной сделки. На мой взгляд, ответ на этот вопрос должен быть отрицательным (за исключением случаев, когда обязательственная сделка была совершена под влиянием обмана, заблуждения или принуждения). Хотя, конечно, это очень сложная проблема (проблема взаимной связи обязательственной и распорядительной сделок), которой посвящено значительное количество литературы (преимущественно на немецком языке) и которая требует самостоятельного исследования.

<sup>2</sup> Судя по материалам, опубликованным рабочими группами по подготовке новой редакции части первой ГК РФ, законодателю предлагается простое введение обязательной нотариальной формы сделок, «влекущих возникновение, изменение или прекращение прав, которые подлежат государственной регистрации» (ст. 81 проекта новой редакции части первой ГК РФ ([http://www.privlaw.ru/index.php?section\\_id=100](http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=100))).

онного действия, если сделка, являющаяся основанием для перехода права, ничтожна? А если эта сделка оспорима? Или основанием возникновения права на недвижимое имущество является ненормативный акт государственного (муниципального) органа, но он, по мнению органа по регистрации, не соответствует закону (хотя он и не оспорен в судебном порядке)?

Разрешение этой проблемы существенно затруднено тем, что ни ГК РФ, ни Федеральный закон о регистрации никаких ясных предписаний на этот счет не содержат. Попытаемся сформулировать ответ на вопрос о праве регистрирующего органа отказать в государственной регистрации в каждой из трех описанных ситуаций.

1) *Ничтожность сделки.* Федеральным законом о регистрации (ст. 20) установлено следующее основание для отказа в государственной регистрации прав на недвижимое имущество: «документы, представленные на государственную регистрацию прав, по форме или содержанию противоречат закону». Ничтожность сделки вследствие несоблюдения формы возможна в ситуации, когда сделка должна быть совершена в нотариальной форме, но форма не была соблюдена (ст. 165 ГК РФ). Другой случай – несоблюдение простой письменной формы сделки, в случае если закон обуславливает действительность сделки соблюдением этой формы, например в виде составления единого письменного документа (п. 2 ст. 162, 550 ГК РФ).

Намного сложнее вопрос о ничтожности сделки, связанной с ее содержанием. Здесь, разумеется, речь может идти в первую очередь о таком составе недействительности сделки, как противоречие сделки закону (ст. 168 ГК РФ). Именно соответствие содержания сделки закону и проверяется в ходе юридической экспертизы. Как следует поступить регистрирующему органу, выявившему, что имеются основания для констатации ничтожности сделки в соответствии со ст. 168 ГК РФ? Отказ в государственной регистрации в таком случае будет соответствовать букве Федерального закона о регистрации. А вот вопрос о его соответствии ГК РФ довольно сложный. С одной стороны, известно правило о том, что ничтожная сделка недействительна независимо от признания ее таковой судом, что она не порождает тех правовых последствий, на которые рассчитывали стороны (ст. 166, 167 ГК РФ). В свете этих положений ГК РФ норма Федерального закона о регистрации, позволяющая регистрирующему органу самостоятельно квалифицировать сделку как недействительную и отказать в регистрации, вполне ему (ГК РФ) соответствует.

Однако следует помнить и еще об одном положении ст. 166 ГК РФ: оно не допускает возможность применения *административным органом* последствий недействительности ничтожной сделки; из абз. 2 п. 2 ст. 166 ГК РФ вытекает, что они применяются только судом. А что есть отказ в государственной регистрации права со ссылкой на ничтожность сделки, как не применение административным органом последствий ничтожности сделки?

Долгое время практика Президиума ВАС РФ исходила из того, что регистрирующий орган вправе отказать в совершении регистрационного действия, в случае если он установит, что сделка, на основании которой было подано заявление, является ничтожной<sup>1</sup>. Однако некоторое время назад эта практика была отчасти скорректирована. Я имею в виду дело, в котором Президиум ВАС РФ ограничил право регистрирующего органа проверять наличие у арендатора, выкупающего недвижимое имущество в порядке так называемой «малой приватизации»<sup>2</sup>, права на выкуп<sup>3</sup>. Особый интерес это дело имеет и потому, что сделки, совершенные государственным (муниципальным) органом с лицом, не имеющим права на выкуп, самим же ВАС РФ квалифицируются как *ничтожные*<sup>4</sup>. Обосновывая свою позицию, высшая судебная инстанция сослалась на то, что определение наличия или отсутствия оснований для заключения договора купли-продажи с арендатором является прерогативой органа по управлению государственным (муниципальным) имуществом, но не регистрирующего органа. Таким образом, правовая позиция Президиума ВАС РФ по этому делу оставляет органу по регистрации по сути лишь право контролировать *соответствие закону условий, помещенных в текст договора, но не законность сделки в целом*.

2) *Оспоримость сделки*. Правомерность отказа в государственной регистрации права на основании сделки, в отношении которой имеются основания для признания ее недействительной в судебном порядке (оспоримая сделка), вызывает еще большие сомнения. Это связано с положением ст. 166 ГК РФ, в соответствии с п. 1 которой оспоримая сделка является недействительной с момента признания ее таковой судом. Следовательно, если судебного решения о признании оспоримой сделки недействительной не состоялось, то такая сделка не является недействительной ни для сторон самой сделки, ни для третьих лиц. Таким образом, регистрирующий орган не вправе, ссылаясь на недействительность такой сделки (например, на то, что сделка крупная или с заинтересованностью), отказать в регистрации перехода

<sup>1</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 2 марта 2004 г. № 13238/03.

<sup>2</sup> В соответствии с Федеральным законом от 22 июля 2008 г. № 159-ФЗ «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или в муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

<sup>3</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 25 июля 2011 г. № 1018/11.

<sup>4</sup> См. п. 11 информационного письма Президиума ВАС РФ от 5 ноября 2009 г. № 134 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или в муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»».

права. Данное положение подтверждается многочисленными примерами из судебной практики<sup>1</sup>.

Однако утверждать, что такой подход является общепризнанным и единообразным, увы, нельзя. Президиум ВАС РФ, рассматривая дело об оспаривании отказа регистрирующего органа в регистрации перехода права на имущество, обремененное ипотекой в отсутствие согласия залогодержателя, признал отказ законным<sup>2</sup>. Этот подход полностью противоречит описанной выше позиции, ведь сделка по продаже предмета ипотеки без согласия залогодержателя является *оспоримой*. По всей видимости, в данном деле Суд исходил из того, что критерий, по которому может быть оспорена сделка по распоряжению предметом ипотеки, совершенная без согласия залогодержателя, настолько явный и потому очевиден для регистрирующего органа (ведь орган по регистрации знает о наличии ипотеки и устанавливает отсутствие согласия залогодержателя в документах, поданных на регистрацию), что последовательно проводить идею о возможности регистрации на основании оспоримой сделки просто нецелесообразно с точки зрения издержек, которые залогодержатель впоследствии должен будет понести для защиты своих интересов. Намного проще не допустить перехода права на вещь третьему лицу (даже и с учетом сохранения ипотеки).

Таким образом, однозначного ответа на вопрос о том, является ли оспоримость сделки основанием для отказа во внесении записи в ЕГРП, до настоящего времени нет.

3) *Несоответствие закону ненормативного акта государственного (муниципального) органа*. Эта ситуация еще более сложная, так как в доктрине отсутствует хоть сколько-нибудь разработанная концепция деления недействительных ненормативных правовых актов государственных органов на те, которые не имеют юридической силы сами по себе, без решения суда (например, вынесены с очевидным нарушением компетенции), и те, которые утрачивают юридическое значение, только если в отношении них состоялось судебное решение о признании ненормативного акта недействительным<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> См.: п. 7 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», утв. Президиумом ФАС Уральского округа (27 апреля 2007 г.); постановление ФАС Северо-Западного округа от 14 июня 2011 г. № Ф07-3696/11; постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 25 сентября 2007 г. № Ф08-5972/07.

<sup>2</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 12 июля 2011 г. № 902/11.

<sup>3</sup> См. абз. 2 п. 23 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10 «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге».

<sup>4</sup> Аналогичное деление есть в отношении сделок (ничтожные и оспоримые) и решений общих собраний участников хозяйственных обществ (см. п. 24 постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 9 декабря 1999 г. № 90/14 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»»; п. 26 постановления Пленума ВАС РФ от 18 ноября 2003 г. № 19 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах»).

На мой взгляд, разделение актов государственных органов на «ничтожные» и «оспоримые» позволит судам проводить параллель между ними и недействительными сделками с точки зрения последствий наличия порока в акте (сделке) для цели совершения регистрационного действия.

Еще больше запутывают суды положения ГК РФ, который, с одной стороны, устанавливает такой способ защиты гражданских прав, как «неприменение судом акта государственного органа, противоречащего закону» (ст. 12), а с другой – в ст. 13 устанавливает, что «ненормативный акт государственного органа или органа местного самоуправления, а в случаях, предусмотренных законом, также нормативный акт, не соответствующие закону или иным правовым актам и нарушающие гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, могут быть признаны судом недействительными».

Сам Федеральный закон о регистрации, между прочим, в абз. 5 ст. 20 содержит правило о том, что в государственной регистрации может быть отказано, если «акт государственного органа или акт органа местного самоуправления о предоставлении прав на недвижимое имущество признан недействительным с момента его издания в соответствии с законодательством, действовавшим в месте его издания на момент издания». Некоторые суды, полагая, что перечень оснований для отказа в регистрации носит закрытый характер, считают, что регистрирующий орган ни при каких обстоятельствах не вправе вдаваться в оценку законности актов административных органов – это исключительная прерогатива суда. Отказ в регистрационном действии в таких случаях признается не соответствующим закону<sup>1</sup>.

Однако практика свидетельствует о том, что подобный подход не проводится жестко. В частности, имеются дела, в которых отказ регистрирующего органа в совершении регистрационного действия поддерживался судами, если в ходе разбирательства было установлено, что акт государственного (муниципального) органа действительно противоречит закону<sup>2</sup>. Кроме того, следует помнить и то, что у регистрирующего органа в арсенале оснований для отказа в совершении регистрационного действия на основании акта государственного органа, который, по мнению регистратора, не соответствует закону, есть и такие основания, как: «документы, представленные на регистрацию по форме или содержанию не соответствуют требованиям действующего законодательства»; «лицо, выдавшее правоустанавливающий документ, не уполномочено распоряжаться правом на данный объект недвижимого имущества» и т.п. Все они также задействуются регистрирующими органами при отка-

<sup>1</sup> Постановление ФАС Уральского округа от 22 июля 2004 г. № Ф09-2267/04ГК; от 21 июня 2011 г. № Ф09-3260/11.

<sup>2</sup> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 19 марта 2009 г. № Ф04-1587/2009.



зе в регистрации права на основании незаконного, по их мнению, акта органа исполнительной власти.

Таким образом, проблема выявления органом по регистрации наличия либо отсутствия юридической силы у актов (в широком смысле этого термина – у сделок, актов государственных органов) до настоящего времени не решена ни в доктрине, ни в судебной практике. По всей видимости, он должен быть одинаковым для всех видов актов и основываться на идее об их ничтожности (оспоримости). При этом также должна учитываться возможность регистрационного органа в некоторых случаях непосредственно (т.е. исходя из данных ЕГРП) устанавливать нарушение закона при совершении акта и отказывать в совершении регистрационного действия.

### 6. Открытость реестра

Принцип *открытости реестровых данных* не представляет, как правило, каких-либо сложностей для правоприменения<sup>1</sup>. Направленность этого принципа регистрационного режима на интересы неограниченного круга третьих лиц вполне очевидна и не требует специальных доказательств. Именно наличие свободного доступа публики к данным реестра подчеркивает, что регистрация прав на недвижимость организуется не ради собственников недвижимости, не ради государства и его фискальных интересов, не ради сторон сделок с недвижимостью, а именно ради неограниченного круга третьих лиц<sup>2</sup>.

*Окончание следует...*

---

<sup>1</sup> См. подробный комментарий к соответствующим нормам Федерального закона о регистрации: Киндеева Е.А., Пискунова М.Г. Недвижимость: права и сделки. М., 2004. С. 256–267.

<sup>2</sup> Нельзя не обратить внимание на те позитивные изменения, которые произошли в течение 2010–2011 гг. в этой сфере. Я имею в виду прежде всего организацию электронного сервиса получения информации из ЕГРП в виде выписки, заверенной электронной подписью, через портал Росреестра.