

«Я не оставляю надежд, что когда-нибудь наше гражданское право достигнет уровня ведущих европейских правовых порядков и мы перестанем заниматься попугайством, а сами будем давать им прикурить»

*О сущности стандарта доказывания на примере зарубежных правовых порядков, разнице между «балансом вероятностей» и стандартом «вне разумных сомнений», пользе истребования доказательств, особенностях стандарта доказывания для обеспечительных мер, проблемах недействительности сделок и будущем российской цивилистики мы поговорили с **Артемом Георгиевичем Карапетовым**, д.ю.н., директором Юридического института «М-Логос»*

Андрей Егоров: Добрый день, дорогие друзья! У нас в гостях Артем Георгиевич Карапетов. Здравствуйте, Артем Георгиевич!

Артем Карапетов: Приветствую всех!

А.Е.: С вами как всегда Павел Шефас и я, Андрей Егоров. Мы сегодня будем обсуждать разные вопросы, связанные с частным правом. Но прежде всего давайте обсудим итоги конференции Ассоциации выпускников РШЧП про симбиоз частного права и процесса, которая буквально недавно закончилась. Там было много разных сессий, и Артем Георгиевич принял активное участие в обсуждении вопросов исполнительного производства, а именно аспектов, связанных с залогом из ареста на стадии исполнительного производства. Но, кроме этого, есть еще интерес к вопросу, связанным со стандартами доказывания, такого доклада не получилось. Я прекрасно понимаю Артема Георгиевича, который попросил час, но это было невозможно. Выступление Артема Георгиевича можно найти на Кубанском

юридическом форуме. Видео выложили в открытый доступ.

А у нас на конференции на панели по банкротству Олег Зайцев сказал: «Есть четыре стандарта доказывания. Вообще четвертый стандарт – это и не стандарт никакой». Ему возражал Сергей Будылин: «Олег Романович, Вы все неправильно говорите, неправильно понимаете стандарт доказывания». Я дальше спрашиваю зал, сколько людей понимает, что такое стандарт доказывания? Там пять рук поднимается из семидесяти человек. И я осознаю, что много кто не знает, что это такое. Давайте, Артем Георгиевич, по порядку кратко.

А.К.: Мне нужен час.

Павел Шефас: На Кубанском юридическом форуме Артема Георгиевича слушали два часа. Это было с самого утра, и еще, наверное, полчаса мы задавали вопросы.

А.Е.: Давайте теперь я позадаю, хоть разберусь заодно. Сергей Будылин говорит: «Стандарт доказывания в граж-

данских спорах только один – баланс вероятностей, все остальное актуально только для уголовного права. Не очень здорово, когда по балансу вероятностей в тюрьму сажают человека».

А.К.: То есть два уже.

А.Е.: Один очень жесткий. Это как раз вне разумных сомнений.

П.Ш.: Вне разумных сомнений как стандарт доказывания не используется по гражданским делам даже в Америке, он используется по уголовным делам. В Америке по гражданским делам используется два стандарта: баланс вероятностей и убедительные доказательства. У нас в России это один – баланс вероятности, так же как и в Англии, либо *prima facie*, но это вообще не стандарт.

А.Е.: Я неоднократно высказывался, что у нас проблемы с причинно-след-

ственной связью в гражданском праве были связаны с тем, что у нас ее понимали как для уголовного права – вне всяких сомнений. А у всех судей оставались сомнения. Например, из-за нарушения передо мной Артем Георгиевич заплатил неустойку своему контрагенту. «Здесь нет причинно-следственной связи, поскольку есть сомнения», – говорили суды. Сейчас мы только отходим потихоньку от этой жесткости в доказывании убытков, причинной связи и так далее. Постепенно приходит понимание, что такое баланс вероятностей. Когда меня учили процессу на третьем курсе юридического факультета, мне никто не рассказывал про баланс вероятностей.

А.К.: Это не принято в нашем праве.

А.Е.: Нам нужно доказать, чтобы судья был уверен. А когда он будет уверен – неясно. И как здесь применить

Артем Георгиевич Карапетов

Доктор юридических наук, директор Юридического института «М-Логос».

Родился в Москве 26 марта 1979 года.

В 2001 году окончил Российскую школу частного права со степенью магистра частного права.

В 2002 году защитил кандидатскую, а в 2011 году – докторскую диссертацию.

В 2000 году создал и возглавил юридическую фирму «М-Логос».

В 2003 году учредил и возглавил Юридический институт «М-Логос», специализирующийся на дополнительном профессиональном образовании юристов и реализации научных и просветительских проектов в области права.

По совместительству занимает должности профессора в НИУ ВШЭ и главного редактора «Вестника экономического правосудия РФ».

Осуществляет преподавательскую и научную деятельность.

Автор семи научных монографий и ответственный редактор трех томов комментариев к гражданскому законодательству серии #Глосса.

Автор более тридцати статей в научной периодике по вопросам частного права и теории права.

стандарты? Давайте «кто больше»? У Вас сколько «стандартов»?

А.К.: Друзья, вопрос следующий. Действительно, в практике Верховного Суда в последнее время часто встречается термин «стандарт доказывания». Запустил эту историю, как обычно, Президиум Высшего Арбитражного Суда, употребив этот термин в одном из дел незадолго до ликвидации. Сейчас Верховный Суд часто к нему обращается. Я посмотрел практику нижестоящих судов, там сотни дел с использованием понятия «стандарт доказывания». Мы начинаем потихоньку в этом разбираться. Поэтому меня в свое время эта тема заинтересовала, и я в конце концов решил заняться ей более серьезно.

Детально можете посмотреть в рамках видеозаписи выступления на Кубанском юридическом форуме, которое выложено в *YouTube*, и прочитать в майском номере «Вестника экономического правосудия» за 2019 год статью в виде приложения к номеру. Мы с моим учеником Александром Косаревым, выпускником Высшей школы экономики, подготовили статью с небольшим социологическим исследованием и аналитической проработкой проблемы. Статья не претендует на истину в последней инстанции, это нужно дальше хорошо разрабатывать, обсуждать и т.д.

Что такое стандарт доказывания? В какой степени суд может быть уверен в том, что то, что подлежит доказыванию, было на самом деле? Очевидно, что в истинности устанавливаемого факта можно быть уверенным в большей или меньшей степени. Если мы исходим из того, что одна из сторон несет бремя доказывания, встает вопрос о том, при какой степени уверенности суда в истинности устанавливаемого факта это бремя должно быть снято. Стандарт доказывания означает точку на шкале внутренней субъективной уверенности, после достижения которой судья готов или должен быть готов

признавать совокупность доказательств достаточной для того, чтобы признать факт установленным, перенести бремя опровержения на другую сторону и считать, что бремя доказывания выполнено. То есть при достижении критической степени уверенности суда в истинности факта бремя доказывания снимается, и бремя опровержения перебрасывается на противоположную сторону. Ключевой момент – это степень убежденности суда. Можем ли мы убежденность судьи оценивать в каких-то степенях и говорить, что есть меньшая или большая?

Наше процессуальное право не очень акцентировало внимание на этой теме, говорило о том, что судья должен быть убежден, и тогда он выносит решение на основе установленных фактов. Если судья не убежден, то он считает бремя доказывания невыполненным. Но что бы мы ни думали, что бы мы ни писали в учебниках, при установлении фактов всегда остается та или иная степень сомнений. И стандарт доказывания определяет максимальные, предельные значения сомнений, при которых судья может признать факт доказанным. По крайней мере, если другая сторона ведет себя пассивно, а обремененная сторона представляет доказательства. У суда, оценившего все эти доказательства, остаются определенные сомнения. При какой степени сомнений суд все-таки может признать факт доказанным?

Когда мы начинаем говорить о том, что степень уверенности судьи в истинности фактов может быть меньшей или большей, мы неминуемо переходим в относительное понимание феномена убежденности, уверенности. Тогда рано или поздно встает вопрос о точке перехода, точке бифуркации. И начинается дискуссия о стандарте доказывания. Стандарт доказывания – это точка, за которой сомнения уже можно игнорировать. Ученые спорят многие десятилетия о том, как лучше понимать этот процесс установления фактов. Есть много разных теорий.

Стандарт доказывания – это точка на шкале внутренней уверенности, за которой сомнения уже можно игнорировать

Но в реальной жизни используются в основном два подхода.

Первый подход – континентально-европейский. Он состоит в том, что мы понимаем, что для одних дел необходима одна степень убежденности, для других – другая. По уголовным делам для того чтобы человека посадить на 20 лет в тюрьму, судья или присяжные должны иметь большую уверенность в том, что обстоятельства, являющиеся основанием для привлечения к уголовной ответственности, существовали на самом деле, чем если речь идет о взыскании небольшого штрафа за превышение скорости. Это понятно, но мы это не будем прямо артикулировать, пытаться эти стандарты обозначать и нормировать. Позволим судам самостоятельно подстраивать и применять ту степень убежденности, которую они считают уместной с учетом данного типа спора.

Второй подход – англосаксонский. Он говорит, что надо прямо артикулировать, не скрывать различные стандарты доказывания по разным категориям дел и нормировать, сверху устанавливать, что для одних дел стандарт доказывания должен быть один, для других дел – другой.

А.Е.: Это их стремление к прецедентам? Для всех ситуаций свои правила?

А.К.: Мне показалось, что это во многом следствие большой увлеченности англо-саксонского права вопросами доказывания и доказательств. Я много раз встречал на страницах компаративной литературы, что, например, французские процессуалисты меньше погружены в тему доказывания, а в англосаксонском праве доказательственное право – одна

из ключевых областей. Видимо, это сыграло роль.

Второе. Американцы особенно любят срывать все покрывала с того, что происходит в реальности. Они не любят прикрываться красивыми словами. Это все результат правового реализма. Такое было движение в американской юриспруденции в 20–30-е годы, которое просто уничтожило все эти догматические «фиговые листочки», которыми юристы прикрывают те или иные реальные правовые феномены. Правовой реализм требовал смотреть на вещи цинично, как есть, не скрывать, что думают судьи, это попадало в центр внимания юриспруденции. Правовые реалисты считали, что нельзя что-то изменить к лучшему, если юристы не называют вещи своими именами и не понимают, как право работает в реальности. Поэтому когда в реальности мы видим, что по уголовным делам тот или иной набор доказательств оказывается недостаточным, а этот же набор доказательств по гражданскому делу вполне убеждает судью, значит в реальности судьи требуют разную степень убедительности доказательственной базы, чтобы бремя доказывания считалось выполненным.

Естественно, как только ты начинаешь это признавать и прямо проговаривать, ты выходишь на разные стандарты. Для того чтобы управлять процессом доказывания, складываются некие договоренности в судебном сообществе и в науке, что по уголовным делам стандарт доказывания должен быть выше.

Павел сказал: «Вне разумных сомнений». Это и в Англии, и в США. Это очень высокий стандарт, в рамках него сомнения могут оставаться только на уровне крайне маловероятных стечений обстоятельств. Может быть, на самом деле он

и не убивал, но это должны быть какие-то фантастические вещи, которые можно игнорировать. Да, мы допускаем, что мы осудим невиновного, но если мы будем требовать абсолютной уверенности присяжных или судей, то мы никогда никого не привлечем к уголовной ответственности. К сожалению, возможности познания ограничены. Свидетели могут лгать, ошибаться, бумажки могут быть фальсифицированы, человек может оговорить сам себя. Все это мы понимаем, и судья берет на себя очень тяжелое бремя выносить решение, отправлять человека в тюрьму, в некоторых странах даже на электрический стул, допуская, что, может быть, человек невиновен. Но это сомнение должно быть совсем незначительным. По большинству гражданских дел стандарт доказывания должен быть ниже, потому что классическое гражданское дело – это спор об имуществе. И самое страшное, что может случиться, – деньги окажутся не у того. Цена ошибки в гражданских спорах ниже, чем цена ошибки осуждения невиновного, особенно когда это связано с лишением свободы. Поэтому стандарт доказывания для гражданских дел в Англии называется «баланс вероятностей» – *balance of probabilities*. В Америке он называется немного по-другому – «превалирование доказательств». Но суть одна и та же. Ты как сторона, несущая бремя доказывания, должен доказать, что факт скорее был, чем не был. Если ты представил такие доказательства – бремя с тебя снято, а бремя опровержения переносится на другую сторону.

А.Е.: А если погрузиться в детали, как мы будем это применять? Скорее всего, спор между сторонами разворачивается не по одному обстоятельству.

А.К.: По множеству.

А.Е.: Допустим, есть пять обстоятельств, которые оспариваются. Вы –

истец, я – ответчик. По одним обстоятельствам Вы убедительны, по другим я убедителен. Вот из этих пяти обстоятельств, допустим, четыре доказываете Вы, а одно, например, отсутствие вины, доказываю я. И переходить к доказыванию вины можно только после того, как Вы докажете свои четыре обстоятельства, или, может, я на всякий случай должен параллельно доказывать. Как суд это регулирует? Он может сказать: «Вот здесь пять флажков, как только флажок опускается – значит доказал»?

А.К.: В России не так.

А.Е.: Я в принципе имел в виду. Как должно быть?

А.К.: Хороший вопрос. Должен ли суд, управляя процессом, разбить его на этапы...

А.Е.: И сказать: «Ты доказал».

А.К.: Да. Мы эту тему закрыли, нарушение доказано, к этому не возвращается. Теперь переходим к установлению следующего факта.

А.Е.: Я услышал идею, что стандарт доказывания нужен для перебрасывания бремени доказывания на другую сторону. Стороны должны понять, что оно перебрасывается. Но у нас получается, что сторона узнает, что на нее было переброшено бремя доказывания только после окончания процесса, при получении судебного решения.

А.К.: В России и большинстве стран именно так.

А.Е.: Какой смысл в построении всей этой теории тогда?

А.К.: Смысл простой. Стандарт доказывания применяется по итогам оценки всех доказательств. Судья анализирует весь

комплекс доказательств и понимает, что истец что-то доказывал, а ответчик вел себя пассивно. И судья решает, дошел ли истец до определенного уровня убедительности или не дошел. То есть стандарт доказывания – это та точка, за которой пассивность оппонента будет играть против него. Изначально в российских реалиях, когда не происходит разбиения процесса на последовательные этапы и все обсуждается вместе, ответчик, не зная точно, считает ли судья, что истец выполнил стандарт доказывания, должен включаться в процесс как можно раньше.

А.Е.: На всякий «пожарный» должен доказывать?

А.К.: Но у ответчика не всегда есть такие возможности. Представим себе, Вы обвиняете меня, что я совершил какой-то деликт.

А.Е.: Машину мне поцарапал кто-то...

А.К.: Да. Как я могу доказать, что не я поцарапал? Я сидел в это время дома. Я не могу представить практически никаких доказательств в пользу своей невиновности. И здесь все бремя на истце лежит. Вопрос в том, представил ли истец такое количество и «качество» доказательств, чтобы судья сказал: «Стандарт соблюден. Ответчик, теперь опровергай». Но он этого не скажет.

А.Е.: У нас судья скорее всего скажет: «Ну, хватит, ваше время истекло» или «Суду все ясно» и т.п. И как бы намекнет, что истец доказал.

П.Ш.: Они говорят: «Достаточно». Тогда у меня два вопроса. Первый – зависит ли существование стандартов доказывания от института предварительного решения, который есть в англо-американском праве, а у нас нет? И второй вопрос – по поводу разного стандарта доказывания к разным обстоятельствам.

Насколько я понял из Ваших слов, стандарт доказывания выстраивается исходя из последствий, которые несет решение. Но если последствия в любом случае будут одни, например, взыскание денег, то стандарты доказывания могут различаться?

А.К.: Нет. Это вопрос того, сколько стандартов доказывания. В Англии два: баланс вероятностей в гражданских делах и уголовный стандарт – вне разумных сомнений. В Америке их больше. Они выделяют еще третий стандарт – *clear and convincing evidence* (ясные и убедительные доказательства). Он выше, чем баланс вероятностей, но ниже баланса «вне разумных сомнений». Это примерно 75%. Эти цифры условные, они как ориентиры.

Стандарт «ясные убедительные доказательства» используется по ряду категорий споров. В разных штатах для разных дел могут быть свои договоренности. Такой стандарт часто применяется в делах, связанных с лишением родительских прав. Но никто не сказал, что стандартов должно быть только три. В реальности их может быть четыре, пять и т.д. Это вопрос традиции и договоренностей. Абсолютно не имеет никакого значения, сколько стандартов доказывания в Англии. Мы в России живем, у нас своя голова должна быть. Мы должны решить, стоит ли нам вообще нормировать стандарты или лучше идти по европейскому пути отказа от четкого выделения разных стандартов. То, что так делается в Англии, не значит, что это должны делать мы.

Положительным эффектом нормирования стандартов является возможность управлять судебной практикой, так как стихийная практика влечет появление неправильных подходов. Андрей Владимирович сказал, что у нас де-факто сложился уголовный стандарт доказывания по делам о взыскании упущенной выгоды. Он писал целую статью на эту тему с обзором судебной практики. У нас действи-

тельно до самого недавнего времени сложился абсолютно ненормальный стандарт доказывания по таким делам. Это приводило к тому, что в России упущенная выгода просто не взыскивалась. И чтобы исправить эту ситуацию, нужно было как-то послать судам сигнал: «Ребята, без фанатизма, снижайте требования к убедительности доказательств». Именно это вынуждает высший суд говорить о каких-то стандартах. Если мы приходим к выводу, что нужно их нормировать и обозначать, отнюдь не обязательно останавливаться на двух, как в Англии. Есть США, где три. Какая-нибудь еще страна, где их может быть четыре. Мы сами должны решать для себя, как лучше с этим работать.

А.Е.: Все-таки для чего стандарт доказывания? Только для судьи? То есть Ваша книжка для судей, чтобы они перезагрузились и перестали такие жесткие требования к истцам предъявлять? Или для сторон тоже?

А.К.: Может быть, для того чтобы судья задумался над этим процессом. Ведь иногда ты просто работаешь, не рефлексируешь, как ты обрабатываешь информацию. Мы с Александром в статье описывали много когнитивных ловушек, в которые можно абсолютно невольно попасть, обрабатывая доказательства. И наша задача – поднять дискуссию на эту тему.

Необходимо показать судам, что стандарты доказывания могут быть разные и по отдельным категориям стандарты выше, по другим ниже. Во-вторых, необходимо стимулировать сами стороны правильно вести себя в процессе. Если сторона не понимает, что такое стандарт доказывания, она может проявлять недостаточную доказательственную активность там, где это от нее требуется. Дискуссия о стандартах доказывания позволяет суду сделать процесс исследования доказательств более рациональным, а сторонам – лучше прогнозировать исход дела и управлять своей доказательственной

активностью. Возможно, это в какой-то степени может снизить ошибки.

Здесь надо сделать оговорку. Даже если мы сейчас договоримся, что по гражданским делам стандарт доказывания – баланс вероятностей, это не значит, что мы всегда сможем сказать, соблюден баланс или нет. Есть иные значимые вопросы оценки доказательств.

Во-первых, это доказательственная сила конкретных доказательств. Она каждым судьей оценивается по-разному. Это связано с различиями в оценке достоверности конкретного доказательства. Один судья, послушав свидетеля, посчитает, что это очень убедительные показания, и для него это доказательство будет иметь огромное значение. А у другого судьи представления о достоверности того же доказательства будет совсем иным. Существует еще и субъективное представление судей о каузальной связи этого доказательства с доказываемым фактом. Относимость доказательств и их влияние на повышение внутренней уверенности – это тоже вопрос во многом субъективный. Для одного судьи тот факт, что ты упорно не платил налоги, никак не повлияет на оценку твоей добросовестности по каким-то другим вопросам, другой же примет данное обстоятельство к сведению.

Во-вторых, само исходное представление судьи об изначальной правдоподобности доказываемого факта может существенно различаться с учетом различного жизненного опыта и представлений о мире.

Этот субъективизм никуда не уберешь. Поэтому даже исследования, которые мы проводили, показали, что одни и те же наборы доказательств по одному и тому же модельному спору одними людьми оцениваются, как означающие для них субъективную уверенность в 90%, а для других в 30%. Разброс колоссальный. Поэтому разговор о стандарте доказывания – отнюдь не волшебная пилюля. Выпьешь, и у тебя теперь процессы можно автома-

тизировать, и компьютер будет предсказывать судебные решения. Конечно, нет. Но какие-то ошибки совсем уж глупые исправить можно. Например, мы все знаем, что у нас в реальности по уголовным делам стандарт доказывания ниже, чем по гражданским – вопреки тому, о чем я выше говорил. И это абсолютная аномалия, которую следует, во-первых, признать, а, во-вторых, попытаться устранить теми или иными средствами.

П.Ш.: Можно ли в уголовном деле этот процесс называть доказыванием?

А.К.: Да, это же смешно. Конечно, большой роли разговор о стандарте доказывания здесь не сыграет, но хоть как-то поставить вопрос необходимо. Как же так может быть, что одни и те же доказательства суд по гражданскому делу при взыскании убытков отвергнет, а в уголовном деле и этих доказательств будет слишком много, чтобы посадить человека на 20 лет? Так что если без фанатизма к теме стандартов доказывания относиться, то эту дискуссию можно вести с пользой.

А.Е.: А можем мы договориться, что по умолчанию стандарт доказывания все-таки баланс вероятностей, а если стандарт доказывания иной, то Верховный Суд или закон должен это четко подсветить? Или, может быть, судьям тогда следует объявлять сторонам спора: «В этом процессе о причинении вреда, который вы затеяли, я применяю такой-то стандарт». Всех оповещать вперед, чтобы имели это в виду.

А.К.: Это было бы неплохо.

П.Ш.: Это очень сложный вопрос, от кого должны исходить стандарты доказывания? Может быть, их в законе прописать?

А.К.: Давайте реалистично смотреть. В законе это вряд ли можно написать.

Хотя попытки такие есть. Например, в статье 393 ГК написали, что размер убытков должен устанавливаться с разумной степенью достоверности. А Верховный Суд в постановлении Пленума № 7 и про причинно-следственную связь так написал. Это попытка сказать судьям: «Без фанатизма».

А.Е.: А это и есть баланс вероятностей?

А.К.: Это хороший вопрос. Я долго думал и потом решил, что это неправильно. Нельзя считать, что разумная степень достоверности – это баланс вероятностей. Потому что стандарт доказывания по уголовным делам – это тоже разумная степень достоверности. То есть степень достоверности может быть не всегда равна 51%, чтобы считаться разумной. Для каких-то дел разумная степень достоверности будет более высокая.

А.Е.: То есть в делах об убытках непонятно какой стандарт. Разумная степень достоверности может быть и 60, и 70, и 90%?

А.К.: В некоторых публикациях пишут, что в Америке при доказывании упущенной выгоды и причинно-следственной связи используется стандарт доказывания «ясные и убедительные доказательства», то есть условно 75%.

П.Ш.: Очень интересная связь. Во всех спорах?

А.К.: О взыскании убытков за нарушение договора, как я недавно читал.

Мне кажется, что баланс вероятностей – это базовый стандарт доказывания, потому что от него отсчитывают все остальные, с ним сравниваются пониженные и повышенные стандарты. Суть этого стандарта: «Скорее да, чем нет». Но я бы не сказал, что он должен применяться по всем гражданским спорам.

Мне кажется, он логичен тогда, когда речь идет о гражданско-правовом споре, в котором на кону имущество, деньги, особенно коммерческие. Я не уверен, что именно такой стандарт должен касаться дел об установлении отцовства, лишении родительских прав, каких-то иных споров с неимущественными ставками. Возможно, там нужно по-другому подходить. Но если это спор о возврате займа и нужно доказать, был он предоставлен или нет, здесь на кону деньги. Но даже в этом случае было бы уместно немного повысить требуемый стандарт, чуть выше баланса вероятностей.

П.Ш.: Это пример, который Вы приводили в статье – исследование по договору займа. Можно на этом примере показать?

А.К.: Да, мы проводили такое исследование. Мы пригласили 2000 юристов через специальный портал социологических исследований. На Закон.ру сделали публикацию, привлекли юристов через разные социальные сети, которые проходили это исследование.

Мы взяли известную фабулу, которую уже прокачивали через такие же исследования в Израиле и Швейцарии. Договор займа. Истец говорит: «Я тебе давал заем на 10 млн. рублей» (я Павлу давал заем, например). Иду в суд. Павел говорит, что ничего такого не было. Суд должен решить, был предоставлен заем или нет. Дальше мы представляли людям доказательства: первый набор доказательств, второй, третий и четвертый. И после каждого набора предлагали людям определить, посчитали ли они достаточными эти доказательства, чтобы признать факт доказанным и взыскать долг или нет.

Одна тысяча проходила такой опрос. Вторая тысяча, не зная того, методом случайного распределения попадала на этот же опрос, в котором их просили не сказать «да/нет», а бегунком выставить сте-

пень своей убежденности в истинности факта по каждому набору доказательств. Полученные данные мы наложили друг на друга и получили материал для выводов о том, на каком уровне уверенности большинство людей склоняется к тому, чтобы признать факт доказанным.

Первый набор доказательств – это договор займа с подписью сторон, но экспертиза не смогла подтвердить принадлежность подписи ответчику, потому что подпись слишком простая. Когда подпись в виде одной буквы, эксперт, как правило, не может ничего внятно ответить. Большинство в первой группе участников исследования на этом этапе сказала «нет», доказательств недостаточно.

Второй набор доказательств добавлял к первому выписку по счету о том, что займодавец в день, соответствующий дате на договоре займа, снял 10 миллионов рублей со своего счета. Количество тех, кто готов был удовлетворить иск займодавца, увеличилось, но пока это еще не решающий момент.

В третьем наборе доказательств истец через судебный запрос получил выписку по счету ответчика, который в этот день вечером эту же сумму, копейка в копейку, внес на свой счет. Вот эти три косвенные доказательства были достаточны для большинства, уже больше 60% всех голосовавших в первой группе сказали «да».

Четвертое доказательство сильно картину не изменило. Все, кто решились уже по косвенным, остановились на третьем наборе доказательств. Самых недоверчивых и четвертый набор не убедил. Четвертое доказательство – видеозапись из ресторана, которая показывала, что эти люди сидели там в этот день и один другому передавал пакет. Ответчик отрицал то, что в этом пакете были деньги. Но это уже не имело решающего значения, потому что около 66% решились удовлетворить иск на третьем наборе. И это показывает, как работает процесс наращивания доказательственной базы, когда мы от изначального априорного

представления о правдоподобности доказываемого факта по мере исследования доказательств двигаемся по шкале внутренней уверенности вверх. И где-то есть та точка, в которой мы уверены и можем сказать: «Хватит, я уже поверил». Здесь встает вопрос про баланс вероятностей. Должен ли стандарт доказывания по такому классическому гражданско-правовому спору быть 51%? Почему? Наше исследование показало, что точка перехода для большинства – это где-то 61%.

А.Е.: Я не понял, как посчитали, что именно 61% убежденность? Это от количества людей?

А.К.: Это непростой вопрос, мы мучились с этим. Первая тысяча голосовала «да/нет». Вторая тысяча, случайно попавшая во вторую группу, выставляла степень своей убежденности.

А.Е.: Цифры писали?

А.К.: Да. Мы, наложили эти данные с определенными допущениями, там не все так просто, но примерно 61%. Мы честно не подгоняли. Примерно такие же цифры получили в Израиле и Швейцарии по этому же примерно спору. Правда, они используют другие модели подсчета результатов. Каждый выбирает разные способы обработки полученных данных.

И я думаю, что этот полученный результат абсолютно правильный. Почему? В нашем исследовании мы с Александром пришли к выводу, что не только разность в цене ошибки может определять повышение или понижение стандарта доказывания. По уголовным делам стандарт должен быть выше, потому что цена ошибки выше. Нам страшнее осудить невиновного, чем отпустить виновного. Поэтому мы уходим от симметричного баланса вверх. А иногда можем уйти вниз. Например, по вопросам, связанным с обеспечением, где цена ошибки – арест квартиры.

Если ты ошибочно арестовал, не очень страшно. А если не арестовал – квартира ушла и последствия колоссальны. Поэтому здесь можно понижать стандарт. Но это лишь один из факторов.

Второй фактор, который может влиять на движение оптимального стандарта от баланса вероятностей вверх или вниз – это несимметричность доступа к доказательствам. С Сергеем Будылиным мы это много обсуждали. Он говорит, что этот фактор не должен учитываться в России. Поэтому у него представление о том, что в гражданском процессе может быть только один стандарт – баланс вероятностей, и вопросы доступа к доказательствам учитываться не должны. Но я иного мнения. Если мы добавляем в расчет асимметрию доказательственных возможностей, то количество стандартов неминуемо вырастает.

П.Ш.: Верховный Суд эту асимметрию добавляет.

А.К.: Я истец, я несу бремя доказывания, но у меня доказательственные возможности крайне ограничены. Все доказательства, которые могли бы подтвердить или опровергнуть мою правоту, находятся у ответчика. Такие кейсы бывают часто в корпоративном праве или банкротстве. В такой ситуации возникает вопрос: должен ли суд держать стандарт на условном уровне 51% – баланс вероятностей, понимая, что у истца доступ к доказательствам ограничен, а ответчик мог бы легко опровергнуть эти обвинения и гипотезы, которые выдвигает истец, но при этом бездействует и говорит: «Стандарт доказывания – работай, истец».

В Америке и Англии это неактуальный вопрос, потому что у них есть мощнейший инструмент истребования и раскрытия доказательств. И там каждый будет вынужден представлять доказательства против себя, как минимум, если у него такие доказательства запрашивают. В нашей

Состязательность понимается так, что это война, битва не на жизнь, а на смерть. Это, конечно, должна быть битва, но по вопросам права. А по вопросам факта в гражданском процессе, если у тебя истребовали доказательства, ты должен отдать его суду, даже если они против тебя

стране, к сожалению, это все очень плохо работает. И пока не работает, неужели мы можем вообще это игнорировать?

Суды просто саботируют положение АПК о возможности истребования доказательств у процессуального оппонента. Верховный Суд сказал сейчас в постановлении Пленума № 10 по интеллектуальной собственности, что можно доказательства истребовать. Мне коллеги рассказывают, что приходят в суд, показывают Пленум и им говорят: «Это в интеллектуальной собственности только работает». Якобы это противоречит принципам состязательности процесса. Откуда они этот принцип взяли? Из состязательности разве вытекает, что каждый может лгать и сидеть на доказательствах, скрывать их и по судебному запросу не представлять? То есть состязательность понимается так, что это война, битва не на жизнь, а на смерть. Это, конечно, должна быть битва, но по вопросам права. А по вопросам факта в гражданском процессе, если у тебя истребовали доказательства, ты должен представить их суду, даже если они против тебя. А суд не должен стесняться истребовать. Но в России это пока плохо работает.

В таких условиях не понижать бремя доказывания было бы несправедливо. И наоборот, если истец доказывает то, что находится исключительно в сфере его контроля, ответчику опровергнуть гипотезу истца будет практически невозможно, особенно в наших реалиях. Истец достиг стандарта доказывания 51%. Судья думает, скорее да, чем нет. Но у

истца еще широкий доступ к доказательствам. Он вполне мог бы нарастить доказательственную базу, усилить убедительность и снизить вероятность вынесения неправильного решения. Может быть, рано перебрасывать тогда на ответчика бремя опровержения? Может быть, в такой ситуации нужно поднять стандарт доказывания?

Иначе говоря, загнать суды в простую матрицу все равно не получится. Здесь, видимо, нужна какая-то более дробная градация, которая позволила бы судам где-то использовать более низкий стандарт, где-то чуть повыше. Например, пониженный стандарт можно назвать *prima facie* убедительность. Верховный Суд уже несколько раз так заявил.

П.Ш.: Он связан с невозможностью представлять доказательства?

А.К.: Конечно, Верховный Суд прямо так и пишет. Из-за того что у истца ограничен доступ к доказательствам, а оппонент легко мог бы опровергнуть, применение высокого стандарта не требуется. Надо пониженный стандарт применять. А по каким-то делам Верховный Суд говорит про повышенный стандарт. Вопрос: всегда ли он уместно это делает. Не уверен. На эту тему можно дискутировать.

Например, применение уголовного стандарта в делах об установлении требований контролирующих лиц должника в банкротстве должника – это аномалия. Такого быть не должно. Но это нужно обсуждать отдельно.

П.Ш.: По этим делам стандарт доказывания «вне разумных сомнений»?

А.К.: Да. Верховный Суд уже несколько раз сказал, что, если контролирующее должника лицо в ходе дела о банкротстве должника пытается установить свое требование в реестре на основании договора займа, оно должно доказать заемные отношения и отсутствие у них скрытой корпоративной природы вне разумных сомнений. И Верховный Суд прямо говорит: «Это не просто высокий стандарт «ясные и убедительные доказательства» (75%), а наивысший стандарт». Мне кажется, это просто попытка...

П.Ш.: Отфутболить всех.

А.Е.: Вы уверены, что когда он такое говорит, то имеет в виду именно ту американскую тему со 100%?

А.К.: Не со 100%.

А.Е.: 90%, не важно. Я очень сомневаюсь, думаю, они имеют в виду больше 50%.

А.К.: Нет. Смотрите, Верховный Суд все это описывает в определениях. Он пишет, что есть базовый гражданский стандарт доказывания. Верховный Суд его никак не называет. Далее он указывает, что по делам об установлении требований кредиторов в деле о банкротстве должника должен применяться повышенный стандарт доказывания по отношению к базовому. И Верховный Суд называет его «ясные убедительные доказательства».

А по делам, когда в реестре кредиторов устанавливается контролирующее должника лицо, должен применяться наивысший стандарт – вне разумных сомнений. Вне разумных сомнений сейчас в УПК некоторых европейских стран прописали, например, в Бельгии. И Европейский суд по правам человека в своей практике использует этот стандарт.

П.Ш.: Вне разумных сомнений что?

А.К.: Должен доказываться факт нарушения прав.

П.Ш.: Нарушение Конвенции?

А.К.: Да.

П.Ш.: Но не по всем делам.

А.К.: Если вы просто забудете «вне разумных сомнений» в Консультанте или Гаранте, вы увидите множество позиций ЕСПЧ, в том числе пересказанных в обзорах судебной практики Верховного Суда. Там ЕСПЧ многократно формулирует позицию по применению стандарта вне разумных сомнений.

П.Ш.: Государство должно доказать «вне разумных сомнений», что не было нарушения Конвенции? Все-таки у государства больше объем доказательств.

А.К.: Это зависит от того, на ком бремя доказывания. ЕСПЧ говорит, что он применяет стандарт «вне разумных сомнений». Например, при доказывании факта нарушения Конвенции государством ЕСПЧ требует, чтобы нарушение было доказано вне разумных сомнений. И Верховный Суд по нашим уголовным делам тоже использует понятие «вне разумных сомнений» в нескольких делах. Это правильно, потому что буквально по Конституции и УК получается – вне любых сомнений. Но это же абсурд, как минимум, неоправданно жесткое требование. Естественно, правильнее говорить «вне разумных сомнений».

И Верховный Суд в делах об установлении требований контролирующих должника лиц не в одном деле, а в целой серии дел специально использует термин «вне разумных сомнений». Зачем? Ясно, что здесь это своего рода игра. Надо просто subordinировать этих кредиторов или не subordinировать, и решить вопрос окончательно.

П.Ш.: Олег Романович Зайцев вчера на конференции сказал, что это просто эвфемизм. По сути, Верховный Суд говорит: «Это жесткая субординация, мы никого не пускаем в реестр кредиторов, и этот стандарт доказывания на самом деле никакой не стандарт доказывания – это просто...».

А.К.: Скрытая субординация, через предельное повышение стандарта.

П.Ш.: Вы никогда не дотянитесь до этого стандарта.

А.К.: Насчет «никогда» трудно сказать. Все-таки он тем самым говорит, что можно попробовать. И суды могут иногда сказать, что они посчитали стандарт доказывания соблюденным и, получается, надо признать, что это не совсем жесткая субординация по германской модели.

Хотя мне больше нравится германская модель, как и Олегу Зайцеву. Но это все-таки не совсем так. Из позиции Верховного Суда следует, что могут быть специфические обстоятельства, когда субординация не должна производиться. Но это отдельный вопрос. Мне кажется, его нужно просто решить. Но решение через стандарт доказывания – это попытка скрыться от проблемы.

А.Е.: Насчет *prima facie* стандарта. Не кажется ли Вам, что мы избрали слово «стандарт доказывания», как универсальную таблетку, которая начинает лечить от разных проблем процесса. Надо просто истребовать доказательства другой стороны и перебрасывать бремя доказывания при недобросовестности.

У нас в Пленуме по директорам есть такой случай. Если директор не представляет доказательства, ведет себя недобросовестно, суд может перебросить на него бремя доказывания. Вот вам и решение вопроса – перебросить бремя и заставить его доказывать, что он вел себя добросовестно и разумно.

А.К.: Если мы говорим на языке доктрины стандартов доказывания, то перебрасывание бремени доказывания на директора означает, что мы уже признали стандарт доказывания соблюденным. В постановлении Пленума ВАС РФ по ответственности директоров написано, что, если ты представил какие-то косвенные доказательства, которые с определенной степенью вероятности предполагают, что нарушение было, а директор свои доказательства не представляет, – на него перебрасывается бремя доказывания. Это означает, что стандарт доказывания соблюден истцом. То есть мне кажется, что терминология в Пленуме не совсем корректная. Не только в Пленуме, но и в ряде других дел. Что значит «перебрасывается бремя доказывания»? Если бремя перебрасывается, значит, истец свое бремя доказывания выполнил. А это значит, что стандарт доказывания для истца пониженный. Его иногда называют стандартом *prima facie*.

Но есть другой вопрос. То же самое можно выразить иначе, уже с истребованием, но без понижения стандарта доказывания. У меня есть косвенные доказательства, их недостаточно для соблюдения обычного стандарта, но я прошу суд истребовать у директора доказательства, которые у него точно есть и которые могли бы подтвердить мою правоту. Я прошу суд содействовать мне в получении доказательств. Я не могу их достать, у меня нет доступа. А ответчик говорит: «Не представлю».

П.Ш.: Суд предложил представить, а он не представил.

А.К.: Да. И в такой ситуации надо делать так. Суд истребовал доказательства, а ответчик их не представил. Такому игнорированию на запрос суда необходимо придать доказательственное значение. Бездействие в ответ на судебный запрос должно рассматриваться как доказатель-

ство наравне с другими доказательствами. Возможно, этого доказательства будет достаточно, чтобы истец пересек флажок стандарта доказывания, и теперь ответчик как хочет, так и опровергает. Это тоже вариант. При этом мы обходимся здесь без понижения стандарта доказывания. Но для того чтобы он заработал, нам нужно совершить решающий рывок в этом вопросе. Суды должны начать спокойно истребовать доказательства у ответчика и не просто штрафовать их за непредставление доказательств, а придавать доказательственное значение этому бездействию.

Но, я боюсь, даже если мы сделаем такой рывок, это не решит всю проблему асимметрии доказательственных возможностей. Почему? Потому что в континентальной модели истребование доказательств – это строго точечная мера. Суд удовлетворяет запрос, если ты указываешь на конкретную бумажку, которую нужно истребовать.

П.Ш.: И еще должен обосновать, что она у него есть.

А.К.: Да. Зачастую у меня нет понимания, какая бумажка может подтвердить мою правоту. Понятно, что доступа к таким доказательствам у меня нет. Как я докажу аффилированность какого-то офшора с кем-то еще, если я даже не знаю, как у них все устроено? Какая бумажка? Что мне запросить? Можно ли такой неконкретный запрос сделать в российских реалиях?

Как мне говорят коллеги-процессуалисты, это невозможно и вроде как не принято. И тогда получается, я опять остаюсь ни с чем. Я пострадал, все доказательства у ответчика, например, моего работодателя, у которого все бумаги, а я с ограниченными доказательственными возможностями. Я представляю какие-то косвенные улики, но этого недостаточно. Что мне делать в такой ситуации?

П.Ш.: Есть замечательная 9-ая статья АПК: «Каждая сторона несет риск наступления последствий совершения или несовершения ими процессуальных действий». Даже можно без истребования доказательств. Если суд предложил представить доказательства, а ответчик их не представил, он несет риск соответствующих последствий.

А.К.: Нет, это не совсем правильно. Павел, я предъявил к Вам иск о том, что Вы совершили какую-то диффамацию или разгласили конфиденциальную информацию, или оскорбили меня.

Судья говорит: «Павел, представьте доказательства обратного. А не представите – будете сами нести риск соответствующих процессуальных последствий». Это неправильно. Бремя доказывания на мне, потому что отрицательный факт не доказывается. И в этой ситуации суд не может от Вас потребовать доказательства обратного и возложить на Вас соответствующие риски. Пока я не представил достаточный объем доказательств, чтобы можно было считать, что стандарт доказывания соблюден, ответчик может безнаказанно бездействовать и просто отрицать: «Этого не было». Ваша позиция, что вы этого не делали. Вы говорите, что не били меня, не ломали мою машину, не царапали мой компьютер, не разглашали конфиденциальную информацию. Вы не должны на каждый поданный к вам иск пытаться собирать кучу доказательств. Истец должен представить хоть что-то достаточно весомое, чтобы всерьез обсуждать, соблюден ли стандарт доказывания.

Формально мы это обсуждать не будем, ответчик должен это прочувствовать. Если он чувствует, что истец уже собрал приличную доказательственную базу, он должен сразу включаться и пытаться приводить свои контрдоказательства. Если он видит, что у истца голословные утверждения и слабые косвенные доказательства, то он может пока не напря-

гаться. Если дальше в деле истец что-то выдвинет, ответчик может заявить об отложении и представить свои доказательства. Но если истец не собирается реально работать, почему ответчик должен на каждый поданный к нему иск тратить огромные силы, время и деньги на доказывание обратного? Здесь модели могут быть разные.

Мне кажется, нам не хватает дискуссий.

Можно выдвинуть какую-то альтернативную концепцию и попытаться ее продвигать. Тема очень интересная. К сожалению, доказательственное право у нас немного не дорабатывает до того уровня, который сейчас требуется. А вопросы очень острые, и спрос на это есть. Мы в «М-Логосе» много круглых столов по актуальным вопросам права проводим, уже около ста. Видеозаписи все висят. Я недавно смотрел, какие записи больше всего просматривали за все это время. Самые просматриваемые с огромным отрывом – это круглые столы про доказательственное право. Их у нас было три или четыре. Так вот количество просмотров с отрывом в три-четыре раза больше, чем у обычных наших дискуссий про гражданское право. То есть реально людей этот вопрос интересует. Хочется разобраться, хочется какую-то логику в этом увидеть и что-то усовершенствовать. Может быть, наша статья дискуссию запустит.

П.Ш.: Это, прежде всего, для практикующих юристов актуально.

А.Е.: В целом да, но это вопрос о том, что в голове у судьи, и здесь как повезет. Как стороны поймут, какой стандарт доказывания судья применяет?

А.К.: Если Верховный Суд дальше свою линию будет гнуть, эта волна дискуссий о стандарте доказывания продолжится. Например, юрист видит 300–400 дел, где суды пишут про стандарт доказывания.

А он не понимает, что это такое. Начет читать, а ученые начнут писать. В этом надо разбираться юристам уже сейчас. Естественно, все зависит от того, как дальше будет развиваться практика Верховный Суд. Если он опять скроется за общими словами про внутреннее убеждение и не будет пытаться препарировать, вскрывать то, что происходит в голове у судьи, тогда эта тема зачахнет.

А.Е.: А давайте посмотрим со стороны судьи. Я в одном из дел попал в такое положение как третейский судья. Агент понес расходы на покупку запчастей и взыскивает их с принципала. Самые главные доказательства, которые он должен принести, – это документ, подтверждающий оплату запчастей, и документ, подтверждающий передачу запчастей принципалу. А он приносит общий рамочный договор о закупках каких-то неиндивидуализированных запчастей. Как судья должен поступить? Даже по балансу вероятностей стандарт не выполнен. Там 20% всего.

А.К.: Отказ в иске.

А.Е.: Не должен ли судья предложить принести дополнительные доказательства? Судья тем самым скажет: «Ты, истец, стандарт баланса вероятностей пока не достиг, так что продолжай работать. Не принесешь дополнительные доказательства – точно откажу». Это будет подсказкой того, что стандарт доказывания не достигнут? Или все-таки это нормальное поведение судьи? Мне кажется, английский судья точно скажет: «Доказывайте, я сомневаюсь».

А.К.: Модель может быть разная. Некоторые коллеги – сторонники такой модели: судья – абсолютный арбитр, то есть абсолютно состязательно идеальный тип. Судья просто слушает, никаких подсказок, сам не участвует, активную роль не выполняет.

А.Е.: Даже вопрос не может задать? Вы оплатили товар? Вы передали?

А.К.: Он никак подсказывать не может. Мне кажется, такой идеальный тип нигде не существует. Второй идеальный тип, противоположный – судья просто выступает как следователь, начинает сам делать запросы, назначать экспертизы. «Я что-то не до конца уверен, а вернемся еще к исследованию доказательств, я тут подумал, давайте последнее заседание проведем и еще посовещаемся».

Мне кажется, ни один из этих идеальных типов невозможен, какая-то должна быть середина. Но к чему нужно быть ближе – к одному типу или другому? Трудно сказать. Мне кажется, это вопрос уже процессуального права. Будь я судья, я бы лично не смог удержаться в режиме полной пассивности: сидеть, слушать и смотреть.

П.Ш.: Вы считаете, это завязано на профессиональный процесс?

А.К.: Отчасти вопрос связан с профессиональным процессом. Когда процесс полупрофессиональный, как у нас, конечно, судье психологически сложнее выступать в качестве абсолютно отстраненного арбитра. Он же понимает, что это простые ИП или простые граждане, ему хочется компенсировать недостаточный профессионализм представителей. Когда же речь идет о споре крупных корпораций с продвинутыми юристами, судье психологически проще несколько отстраниться: в конечном итоге они сами виноваты, если такие неграмотные. То есть проще быть более строгим в этом вопросе и наказывать за ошибки.

Я про себя скажу. Если бы я как судья рассматривал ситуацию, когда истец представляет мне рамочный договор на закупку материалов и накладные и не представляет ни платежек, ни связи этих материалов с конкретным договором, я бы дал ему понять, что мне недостаточ-

но. Я бы спросил: «А не хотите представить платежное поручение?» или «А где доказательства связей этих платежей и этих накладных с договором?». Я бы ему подсказал направление, определил предмет доказывания и направил бы его в нужную сторону. Но это я про себя говорю. Кто-то другой мог бы занять другую позицию.

П.Ш.: Тогда судья озвучивает свою предварительную убежденность и показывает, какое возможно решение.

А.К.: Он ее приоткрывает немного. Он как бы намекает, что представленных доказательств достаточно. Но он себя ничем не связал. Более того, когда он сказал: «Все, уже устали, давайте дальше пойдём», – это не значит, что он признал доказанными эти факты. Это надо понимать. Невозможно продолжать исследовать доказательства до бесконечности, пока ты не убедился в доводах, соответствующих уровню стандарта доказывания. Это абсурд.

Поэтому если судья говорит: «Так, все, переходим к следующей стадии», – это не значит, что он поверил тебе. Более того, все доказательства оцениваются в совокупности. Он оценит твои доказательства в полной мере в свете того, что представит другая сторона, и с учетом тех аргументов, которые представят стороны дальше. В голове судьи вопрос о том, что было на самом деле, может блуждать вплоть до самого конца процесса. Судья может быть до конца не уверен, кто прав, потому что доказательства на грани. И сказать, что этот факт он признал, и теперь идем дальше – это сложно. В этой связи, еще раз говорю, разбить процесс на такие этапы – хорошая тема. Она бы очень помогала участникам споров. На каком-то этапе они уже поняли, что установлено нарушение, дальше они уже могли бы сами договориться по размеру убытков, например. Но как это организовать технически? Насколько это

возможно? Это отдельный вопрос. Я не готов сейчас говорить, надо нам это или не надо.

П.Ш.: Вчера на конференции предлагалось организовать это через возрождение института рассмотрения в разных судебных заседаниях оснований и предмета иска. Сначала устанавливаем, было ли нарушение, а потом спорим по размеру. Об этом говорил Михаил Зиновьевич Шварц.

А.К.: Да. Я несколько раз это с процессуалистами обсуждал. В АПК даже есть нормы, которые намекают на что-то такое. Но с этими нормами не все в порядке.

А.Е.: Да, там как-то очень криво сказано.

А.К.: Там про судебные заседания. И нигде не написано, что по результатам отдельного судебного заседания выносится решение суда, а оно уже имеет обязывающую силу, вернуться назад по этому вопросу уже нельзя. Поэтому эту стадийность нужно, видимо, законодательно закреплять. Но нужно ли это делать? И какие могут быть подводные камни? Это отдельно надо разбираться. Я в это не полез. Уверенное суждение не готов высказать.

П.Ш.: Еще один вопрос в завершение дискуссии про стандарты доказывания. Верховный Суд не так давно высказался на тему применения обеспечительных мер при предъявлении исков к контролирующим должника лицам о субсидиарной ответственности. Здесь тоже вопрос стандарта доказывания?

А.К.: Конечно. Обеспечительные меры – это самый интересный вопрос с точки зрения стандарта доказывания. Мы в статье писали, что здесь в ряде случаев стандарт может быть ниже баланса вероятностей. Почему?

Потому что, во-первых, и самое главное, цена ошибки здесь несимметричная. И асимметрия сдвигается в другую сторону по сравнению с уголовными делами. Если судья необоснованно заподозрил ответчика в том, что он может вывести актив из-под взыскания, и арестовал квартиру, самое страшное последствие ошибки – ответчик не сможет продать квартиру в течение определенного срока. Да, иногда это может быть для него как-то проблематично, но в большинстве случаев особых убытков от ошибочного ареста он не получит. А вот если он не арестует по ошибке и активы уйдут – для истца это фактически означает, что он просудился бессмысленно.

П.Ш.: Но самым лакомым объектом ареста для всех заявителей являются деньги на счетах у контролирующих лиц. И если такой арест будет наложен, цена ошибки такая, что ответчик будет фактически парализован в своей деятельности. А дела у нас рассматриваются очень долго.

А.К.: Я бы так рассуждал: смотря, какая сумма и какие активы у ответчика. Если ответчик – это сотрудник компании, белый воротничок с одним счетом, арест этого счета может оставить его без средств к существованию. То есть здесь цена ошибки приличная. А если это богатый человек, один из собственников компании, у него свой бизнес-джет, явно, что он от ареста счета, на котором 20 миллионов, он не умрет от голода. А если вдруг не арестовать, он, будучи богатым человеком, имеет много возможностей вывести эти активы в офшоры, исчезнуть и уехать на Кипр. Цена ошибочного отказа в аресте колоссальна. Поэтому стандарт доказывания должен быть ниже. И истцу достаточно представить *prima facie* доказательства – хотя бы какие-то небольшие подозрения в отношении того, что ответчик может вывести активы из-под

взыскания. Понятно также, что фактор бесперспективности иска не может не учитываться при наложении ареста. Если подается какой-то абсолютно *prima facie* необоснованный фривольный иск, это тоже должно учитываться при принятии решения об аресте.

Отдельная история – уголовные меры пресечения: домашние аресты, заключение под стражу. Там тоже стандарт доказывания должен разбираться. Но никто этим не занимается. Но, может быть, что-то начнет меняться. И здесь тоже надо взвешивать вероятность того, что человек скроется. Должно также учитываться, какой состав ему вменяется, тяжесть меры пресечения, то обстоятельство, что процесс может длиться годами.

П.Ш.: Верховный Суд уже сказал, сколько стоит один день в СИЗО.

А.К.: 300 рублей?

П.Ш.: Да, 300 рублей. Цена ошибки невелика.

А.Е.: Можно заработать...

А.К.: Это катастрофа. Мне кажется, что здесь, конечно, стандарт доказывания должен быть высоким, особенно если обвинение требует содержания под стражей на время рассмотрения дела. А если домашний арест, уже, может быть, цена ошибки не так высока. А подписку о невыезде по умолчанию практически по любому уголовному делу можно давать.

П.Ш.: В любом случае хорошо, что с этой практикой Верховного Суда цена применения обеспечительных мер изменилась. Поэтому я думаю, что по каждому спору должно решаться отдельно.

А.К.: Можно выделить модельные ситуации. Например, арест квартиры гражданина – одно. Арест всего бизнеса работающего предприятия – совсем другое.

Потому что это может совсем уничтожить бизнес.

Здесь в каком-то смысле правы европейцы, которые говорят, что это все очень гибко. И даже если мы выведем три или четыре стандарта, мы все равно будем подстраиваться и учитывать цену ошибки в каждом конкретном деле. Возможно, не стоит вообще какие-то стандарты вводить, просто разумная степень достоверности – гибкий универсальный стандарт. В одних случаях это будет условные 20% уверенности, в каких-то и 90%.

Но минус этого варианта и драматизм ситуации в том, что стихийно может сложиться неоптимальный стандарт. Именно это мы и видим по ряду категорий споров. А для неправильного формирования стандартов есть целый ряд причин, в том числе психологических и политических. И когда ты попытаешься изменить эту стихийную социальную практику, тебе придется говорить о том, как должно быть, и как-то это назвать. Нужно определить социальные идеалы, которые нужно обозначить, и сравнивать то, что происходит, с этим идеалами. И хочешь не хочешь, начинаешь переходить на англосаксонский язык конкретных стандартов. В этом вся сложность истории. С одной стороны, английская градация на несколько стандартов – это все равно не гибко. Но зато хоть какие-то ориентиры. Как судам сказать, что по этим делам должно быть меньше убежденности, чем по этим? Надо это как-то обозначить. Поэтому вопрос стоит в том, насколько высший суд хочет управлять этими процессами. Если он удаляется, говорит, что это исключительная власть судей в установлении фактов и вмешиваться в это нельзя, – это одна позиция. И тогда это европейский, гибкий, универсальный стандарт «разумной степени достоверности». А если высший суд хочет управлять процессом, надо градировать стандарты. Но и в этом есть свои минусы. Теряется гибкость.

Универсальная проблема, которая всех замучила — это «что такое сделка?». Где граница семантики этого понятия? Мне кажется, в нашем праве не хватает ясности по этим вопросам, недостаточно литературы по поводу того, каковы должны быть критерии выделения сделок как юридических фактов и отделения их от других феноменов

А.Е.: Артем Георгиевич, давайте про частное право поговорим. У нас по частному праву будет в августе конференция, которую мы холим и лелеем. Конференция будет посвящена вопросам недействительности сделок. Понятно, что за день очень сложно разобрать все аспекты. У Вас тема связана с обманом и угрозой. Можно про это поговорить. Но я бы Вам такой вопрос задал: какие три самые любимые проблемы сделок? Может, те проблемы, которые Вы в результате написания Глоссы заметили. И какие три самых неправильных решения в вопросах сделок, которые надо поменять?

А.К.: Универсальная проблема, которая всех замучила — это «что такое сделка?». Где граница семантики этого понятия? Признание долга, решения собраний, голосования на решениях собраний и т.п. Мне кажется, в нашем праве не хватает некоторой ясности по этим вопросам, недостаточно литературы по поводу того, каковы должны быть критерии выделения сделок как юридических фактов и отделения их от других феноменов.

Например, очень острая тема — утрата секундарного права на отказ от договора в связи с тем, что ты своим поведением создал у другой стороны разумное основание полагать, что ты этим правом пользоваться не будешь. Например, получив право на отказ от долгосрочного договора в связи с каким-то разовым нарушением, ты им не воспользовался,

а продолжил взаимодействовать с контрагентом.

А.Е.: Может быть, не просто продолжил взаимодействовать, а предложил перезаключить договор на более длительный срок, предложил ремонт сделать — ведет себя так, как будто ему все нравится.

А.К.: А потом он вдруг вспоминает: «А помнишь, в 2013 году ты нарушил...». Очевидно, что нужно защищать разумные ожидания арендатора в Вашем примере. Вопрос в следующем: ты утратил право в связи с отказом от права в конклюдентной форме или ты не утратил право, но оно блокируется по эстоппелю через злоупотребление правом?

А.Е.: Вы хотите ответ на этот вопрос?

А.К.: Я не хочу ответ. Я хотел бы разобраться.

А.Е.: Я читал диссертацию, самую, наверное, сильную в этом году в РШЧП. Там на двухстах страницах показывают...

А.К.: Что это самый сложный вопрос.

А.Е.: ...что немцы близко не смогли подойти. Есть те, кто считает это сделкой, есть те, кто считает, что это просто поведение.

А.К.: Есть такие вопросы в праве, которые обсуждают 100 лет, а потом они ре-

шаются. У нас же много в догматике того, что сейчас мы признаем как очевидное, но когда-то это был сложнейший вопрос. Решение таких вопросов – наша с вами задача. Конечно, можно сказать так: если немцы с англичанами спорят о соотношении *waiver* и *estoppel*, то уж что мы можем сказать?..

А.Е.: А что нам это даст? Назовем это сделкой. Как только сделкой назовем, придется допустить оспаривание, например, со ссылкой на существенное заблуждение. Как только не назовем, суд посмотрит и скажет: «Нехорошо ты себя вел, конечно, поэтому ты это право потерял».

А.К.: Тут вопрос о том, как легко можно потерять право. Вы привели очень очевидный пример, но могут быть менее очевидные ситуации. И классическая концепция такая: если ты недвусмысленно, явно выражаешь отказ от права, так, чтобы это не вызывало никаких сомнений, ты теряешь право в силу свободы воли. Когда это не настолько ярко выражено, ты можешь терять право де-факто, но только для этого требуется что-то еще, какие-то дополнительные факторы. Например, разумное доверие другого лица и какие-то издержки, которые оно понесло, полагаясь на это доверие. И только в этом случае ты также теряешь это право, но не в силу автономии воли, а в силу мотива защиты доверия контрагента, и работает эстоппель (у немцев – *venire contra factum proprium*).

А.Е.: Тоже надо проверять.

А.К.: Это тоже надо проверять. И вопрос, который меня мучает: может ли возникнуть у человека разумное доверие, если из поведения другой стороны очевидно не следует, что он не хочет этим правом пользоваться? Если очевидно следует, то тогда это конклюдентный отказ от права в силу сделки. Есть ли там место для этого эстоппеля?

Если посмотреть все кейсы Верховного Суда об эстоппеле, суды не обсуждают разумное доверие. Они обсуждают непоследовательность поведения: вот ты вначале так себя вел, а потом попытался поменять позицию.

А.Е.: Это называется «незнание деталей иностранного института, который заимствуешь». Немцы четко пишут, что само по себе непоследовательное поведение не является недобросовестным. Они говорят, что всегда можно быть умнее, чем вчера, менять свою точку зрения. Это ненаказуемо. Они начинают комментировать, что такое «само по себе не является»: вот, мол, если было обоснованное доверие другой стороны...

А.К.: Немцы так провозглашают, но, когда кейсы начинают рассматриваться, этот фактор доверия в одних делах выходит на первый план, в других – они вообще его игнорируют. И сказать, что это неотъемлемый фактор в реальных кейсах о применении эстоппеля у них, – нельзя.

А.Е.: Поэтому они и придумали слово «господствующая судебная практика». Мало ли что там в практике вылезает. Они это давно поняли. И то, что в каком-то деле кто-то что-то решил, не разобравшись, не следует брать во внимание. Важен глобальный взгляд догматики. А он пишется в комментариях.

А.К.: Вопрос сложный. Для юриста практика, наверное, первостепенное значение имеет доминирующая судебная практика. Ему нужен прогноз судебного исхода. Ученые-теоретики могут критически относиться к этой практике.

А.Е.: Значит, первая проблема – само понятие сделки...

А.К.: Где оно заканчивается и каковы критерии.

Вторая проблема – тема условных сделок и много разных вопросов, которые в этой области возникают.

П.Ш.: Вопросов много, а статья одна – 157 Гражданского кодекса.

А.К.: Статья одна. Во многих странах тоже одна, максимум две. В некоторых странах есть две статьи: об условных сделках и об условных обязательствах. У французов раньше было много статей про условные обязательства. Сейчас уменьшили.

А.Е.: Потому что их нет. Даже французы поняли.

А.К.: Нет, у них остались правила об условных обязательствах. Если мы будем сейчас с Андреем Владимировичем спорить, то будет очередная (и не первая, и не вторая наша) «битва народов».

П.Ш.: Когда я поступал РШЧП, у меня был реферат по условным сделкам. Я отправил реферат в Уральский филиал и в Москву. В Москве проверял Андрей Михайлович Ширвиндт, и он написал, что тема очень актуальная, и поставил 19 баллов из 20. В Екатеринбурге написали, что тема абсолютно неактуальная и поставили 15 баллов.

А.К.: Тема реально очень актуальная. Каждый раз, как пытаюсь изучать, все время всплывают новые ракурсы, которые я не учитывал раньше, просто не замечал какую-то проблему. Эта тема мне нравится.

Третья проблема – это недействительность сделок. Есть составы недействительности, которые мне особо нравятся. Это как-то на эмоциональном уровне, невозможно рационально объяснить, почему тебе эта тема нравится, а эта не нравится.

Мне нравится тема, связанная с пороками воли. Там тоже всплывает много живых историй и кейсов, и хотя это все

очень актуально, к сожалению, в нашей судебной практике материалов очень мало.

А.Е.: У меня в этой связи вопрос: как Вы относитесь к разъяснению Верховного Суда о том, что когда угроза или насилие исходят от третьего лица, необходимо знание стороны сделки о том, что в ее пользу кто-то угрожал другой стороне?

А.К.: Сложный вопрос. По этому вопросу правопорядки все разошлись. С обменом понятно. В обмене обычно считается, что если тебя обмануло третье лицо, а не контрагент и его представители, то это твои проблемы, если контрагент не знал, что ты действуешь под влиянием обмана. По общему правилу добросовестность контрагента не позволяет оспаривать сделки, как совершенные под влиянием обмана. Можно пытаться по заблуждению, но обмана нет. И когда речь заходит об угрозе, некоторые правопорядки решают так же.

А.Е.: Кто?

А.К.: Не помню. У Кетца есть обзор по этому поводу, в последнем издании. Это можно посмотреть и в *DCFR* в кратком обзоре по всем правопорядкам.

А.Е.: Я думал, ни у кого такого нет.

А.К.: Есть страны, в которых как с обменом решается. А есть правопорядки, которые говорят, что угроза – это настолько серьезный порок воли, что жертва угрозы защищается, даже когда контрагент добросовестный.

А.Е.: Когда читал немцев, мне почему-то казалось, что последнее решение – единое достижение гуманистической мысли, после эпохи Просвещения.

А.К.: Это сложный вопрос – вопрос ценностей. Потому что у первого контр-

агента интерес понятный – он добросовестный, он не угрожал и не нанимал никого, чтобы угрожать. А второй контрагент – жертва угроз. Причем это серьезная история, уголовная обычно. Кого защитить?

Разрушить договор во имя защиты свободы воли, попранной настолько грубо, или все-таки защитить разумное доверие контрагента, который никак не знал, что другая сторона находится под влиянием угроз.

Верховный Суд встал на сторону симметричного подхода к обману и угрозе. Если ты сам не обманывал, твои представители не обманывали, ты не знал, что контрагент обманут, ты добросовестен и сделка сохраняется. То же самое с угрозой. Вопрос очень тонкий. Давайте применим теорию стандартов доказывания. Представим, что меня пытали, моих родственников прессовали, меня заставляли заключить какую-то сделку, продать какой-то мой бизнес. Я продал этот бизнес Павлу по очень недорогой цене. Потом я избавился от давления со стороны товарищей, которые угрожали, и подаю иск об оспаривании сделки. Я говорю: «Павел, но это же Ваши люди мне угрожали?» Павел говорит: «Нет. Я вообще понятия не имел». И никаких доказательств того, что это были люди Павла, у меня нет. Моя версия событий: Вы мне предложили продать, я не захотел, тогда Вы сказали: «Ладно, разберемся иначе».

Как это в России бывает сплошь и рядом – отжимают бизнес именно так. Сейчас уже без утюгов обходится.

А.Е.: Ну, не утюги, а уголовные дела.

А.К.: Меня в СИЗО «закрыли», и всякие недвусмысленные сигналы мне поступают от авторитетных людей. Я подписываю документы, продаю бизнес, меня выпускают. Дальше меня берут под защиту, я уже не боюсь, что со мной что-то будет. Или я уезжаю за границу, что более веро-

ятно, и из-за границы подаю иск об оспаривании этой сделки. И я утверждаю, что это по Вашему научению необоснованное уголовное дело возбуждали и пресовали меня. Ваша версия – кто-то, может быть, Вас и прессовал, но это не я. Может быть, Вас кто-то третий заставил продать бизнес. Может быть, Вас хотели выдать из страны. Вот такое бывает? Наверное, бывает. Какая версия более правдоподобная? Баланс вероятностей. Никаких доказательств адекватных нет. Это вопрос априорной вероятности – изначальной правдоподобности двух историй, до анализа каких-либо доказательств. Какая версия Вам кажется более реалистической?

А.Е.: Я в немецкой парадигме. Даже если Павлу так повезло, что Артема Георгиевича «закрыли» в КПЗ, заставляли продать свой бизнес первому встречному, и им оказался Павел, на нем будет лежать этот риск. Сделку надо оспаривать.

А.К.: Негативный интерес я Павлу должен возместить?

А.Е.: Нет.

А.К.: Вообще нет?

А.Е.: Нет. Ничего не надо ему возмещать.

А.К.: А вот я не знаю...

А.Е.: Какой негативный интерес?

А.К.: Давайте смотреть симметрично. У нас миллион таких ситуаций, когда я без всякой моей вины ввергаю другую сторону в расходы, и я должен их возмещать. Возьмем представителя, который не знает о том, что у него прекратились полномочия. Представим ситуацию, когда добросовестный представитель не знал, что представляемый умер за день до со-

вершения сделки. Как немцы решают эту ситуацию?

А.Е.: Это его проблемы. Он ввязался.

А.К.: Но он не знал.

А.Е.: Он ввязался. Он риски на себя принял. А в ситуации, когда Вас в тюрьму закрыли, Артем Георгиевич, Вы не приняли на себя риски никакие.

А.К.: Риск в том, что я пошел в бизнес в России.

Я прихожу к тому, что расходы какие-то могут быть. Но сейчас вопрос об оспаривании сделок. У Андрея Владимировича позиция, что надо действовать из этических соображений.

А.Е.: Есть два защищаемых интереса: интерес добросовестного контрагента и интерес стороны, которой угрожали. Очевидно, что надо защитить того, кому угрожали. Я вообще не вижу варианта, как можно по-другому решить. Я теперь, после Ваших слов, полезу проверять, какие это гениальные страны, где придерживаются позиции, что такую сделку под влиянием угрозы оспаривать не надо. Не дай Бог, Франция.

А.К.: Я не помню, меняли ли французы что-то в рамках реформы по этому поводу.

А.Е.: Но это вообще немыслимо. И главное, в ходе реформы нашего Гражданского кодекса это вообще не обсуждалось, принципиально. А что говорит Верховный Суд: «Разработчики ГК, вы обман третьего лица переписали у иностранцев, а в угрозу вы это вписать забыли. Вы не додумали. А мы те же подходы применим». Вот как так можно? За кого принимают тех, кто это писал? Разработчики ни в коем случае не хотели этого делать. То есть к нам относились так же, как к тем, кто пишет другие законы.

А.К.: Мне кажется, что они решили сделать симметрично и просто не подумали. Вот если бы они посмотрели компаративный опыт и увидели бы эту проблему, они бы, возможно, так не сделали.

А.Е.: Инструкция для всех. А сейчас практически никаких эффективных оспариваний не будет. Те, кто угрожает, следы не оставляют. Наняли дядю. Дядя пригрозил, машину поджог, Артем Георгиевич испугался, пошел и продал все.

А.К.: Надо понимать, что есть и другая сторона вопроса. Мы рисуем себе историю однозначную, что ты был жертвой угроз. А всегда ли можно легко доказать, что есть каузальная связь между этими угрозами и тем, что ты продал? Ведь можно некоторые факты так красиво обрисовать, что они будут казаться, что связь есть.

А.Е.: Не имеет значения. Это вопрос причинности. И это уже другая проблема. Немцы говорят, что вообще вся жизнь из угроз состоит.

Я прихожу к своему работодателю и говорю: «Я увольняюсь. Пойду работать к конкуренту, если ты мне зарплату не поднимешь». Угроза? А это еще делается в отпускной сезон, когда у работодателя последняя надежда на меня. Угроза? Да. Но странно, если он мне поднимет зарплату, а потом через год оспорит, скажет, что был под угрозами. То есть всегда есть какие-то угрозы разумные.

А.К.: Где угроза, а где переговоры?

А.Е.: Конечно. Это интересно. Но это совсем другой аспект.

А.К.: Я сейчас не про это говорил. Я про причины в другом смысле. В жизни предпринимателя много всяких проблем может быть: у него могут поджигать машины, ему могут реально какие-то по-

ступать угрозы. Но эти угрозы могут быть не связаны с той сделкой, которую он заключил.

Представим, что ты бизнесмен, у тебя есть разные бизнесы. Один из них основной, другие – периферийные, например, какие-то ресторанные сети. Тебя какая-то группировка запрессовала по основному активу. Тебя заставляют под угрозой возбуждения уголовных дел продать свой бизнес. Он продает и сразу сбегает за границу. Когда он сбегает, он вынужден быстро продавать все остальные бизнесы. Но не потому, что его заставляли эти бизнесы продавать, а из-за того, что он уезжает за границу. Продать нужно быстро. И естественно он продает по очень низкой цене, потому что нужно продать быстро. Более того, покупатели живут в тех же реалиях и догадываются, что происходит, потому что бизнес обычно так быстро и дешево не продается. Вот эти сделки под угрозой совершены?

Тебя эту сделку не заставляли совершать, но ты находился под прессингом. Ты бы эту сделку не заключил, если бы не был вынужден уезжать. И здесь не такой простой вопрос. К сожалению, нам, ученым, очень трудно абстрактно выдумывать эти кейсы на основе каких-то газетных материалов. Хочется реальных живых кейсов. Но из-за особенности нашего правосудия таких дел нет. Хотя мы видим, что вокруг нас все это происходит с утра до вечера в России. Но эти статьи про пороки воли самые мертвые из всех составов недействительности. Никто не верит, что можно будет доказать. Видимо, опять из-за проблем с доказательственным правом, либо вообще бояться конфликтовать. Но как разрабатывать эти цивилистические проблемы, если нет кейсов?

А.Е.: Кейсов полно в общей юрисдикции. Они только сейчас стали подниматься. Арбитражная система, увы, ориентирована на письменные доказательства,

со свидетелями не работает. Но жизнь потихоньку будет налаживаться.

А.К.: Почему у Верховного Суда я не видел ни одного дела Гражданской коллегии по этим составам?

А.Е.: Не поднимают, да.

А.К.: Парадоксальные вещи, друзья. Гражданская коллегия должна решать вопросы нарушения договоров между гражданами, но разбор проблемы вины в гражданско-правовой ответственности в определениях не найти. Я вообще не могу найти ни одного кейса.

Что такое вина? Арбитражные суды не заморачиваются по этому вопросу, только если в деликтах. А деликтов до последнего времени было очень мало в арбитражной практике. Проблема отсутствия конкретных материалов судебной практики затрудняет научное осмысление. И может быть, порождает ошибки, которые происходят на стадии обобщения.

А.Е.: Хорошо. Это три любимых. А три ошибки кодекса? Что поправить?

А.К.: У меня есть несколько. Опять же, это субъективно: у кого-то одно, у кого-то другое. У меня это статья 395 ГК.

А.Е.: Я имел в виду часть сделок. Но давайте. Нет проблем.

А.К.: Не понимаю, как с этим жить. Нужно поднимать ответственность! Беспредел творится. Потому что выгодно не платить по долгам.

П.Ш.: Вчера еще более вопиющий пример применения 395-ой приводился на конференции. Андрей Панов рассказывал про то, как суды отказывают в приведении в исполнение решений арбитражей на основании публичного порядка, и в одном деле суд посчитал на-

рушением публичного порядка взыскание неустойки, в два раза превышающей ключевую ставку.

А.К.: Это нарушение публичного порядка?! Хотя еще Высший Арбитражный Суд говорил, что максимальное снижение неустойки – это двукратная ставка. И Верховный Суд оставил это разъяснение в силе.

Обратите внимание: в постановлении Пленума ВС РФ 2016 года № 7 почти все перенесли из постановления Пленума ВАС № 81 о неустойке и соответствующие пункты постановления № 81 отменили. Но некоторые пункты постановления № 81 Верховный Суд не перенес, но оставил в силе. И один из таких пунктов – это правило о том, что порог снижения неустойки ниже двух ключевых ставок быть не может. То есть ниже двукратной ключевой ставки по общему правилу, за исключением каких-то исключительных случаев, снизить нельзя. Как же это может быть основанием для нарушения публичного порядка? Это беспредел.

Приведение в исполнение решений международных коммерческих арбитражей и третейских судов, которые до недавнего времени существовали, это все какая-то странная тема. Я много раз видел такие решения, и там просто смешно. Но вопрос – почему так написали. Иногда потому, что так сказали написать. Но иногда дело в ином. Иногда судья чувствует, что это жульничество. А так как российский арбитражный процесс работает без эффективного доказательного права, доказательств в деле нет. А ты скромный судья, ты не можешь обвинять, как английский судья, и написать: «Я посмотрел в глаза Березовского, я ему не верю». Наш судья может так написать? Нет. А он видит жуликов. И он не знает, что сделать. Но не может написать: «Это жулики». Доказательств нет однозначных. Истребовать он не может, опереться ни на что не может. И в итоге мы видим такие

решения, в которых нелепые аргументы обосновывают возможно справедливое решение.

А.Е.: А что еще в ГК не нравится?

А.К.: Мне не нравится статья 168 ГК в новой редакции. Ее, конечно, судебная практика обезвредила.

А.Е.: Но лучше привести ее в соответствие...

А.К.: Здравому смыслу. Надо было написать то, что было в изначальном проекте. У нас с Вами расхождение только по одному вопросу было – что выбрать: запреты или императивные нормы.

А.Е.: Императивные нормы опасно писать. Есть императивные нормы, которые не влекут недействительность.

А.К.: Нет, там достаточно фразы, которая была в проекте: «Если иные последствия не вытекают из закона или из существа».

А.Е.: Раньше, до реформы, такая же фраза была. Она не работала.

А.К.: А потому что там было написано: «Если иное не указано в законе». А нужно было указать: «Если оно не указано в законе или не вытекает из существа и целей нарушенной нормы». Такая фраза, кстати, есть во многих странах мира, которые не используют немецкий «запрет закона». Но это детали. А общее правило оспоримости, конечно, совсем никуда не годится.

А.Е.: А зачем Вы стали в Глоссе искать случаи, чтобы хоть когда-нибудь пункт первый сработал? Зачем пытаться спасти дохлую кошку?

А.К.: Наша задача была показать, что и вот здесь нет оспоримости, и вот здесь

нет, и вот здесь нет. Ну а где есть? В моей картине мира – нигде. У меня не получилось найти ни одного примера, где реально может применяться оспоримость.

А.Е.: А статьи 10+168 ГК, где ВС РФ сказал, что может применяться и пункт 1, и пункт 2 статьи 168?

А.К.: А это очень интересный вопрос. Непоименованный состав недействительности. Верховный Суд в постановлении № 25 допустил, что сочетание 10+168 может давать не только ничтожность, но и оспоримость.

А.Е.: Это же жесточайшее внутреннее противоречие.

А.К.: Давайте подумаем. Вопрос: как надо? Есть составы оспоримости. Даниил Олегович Тузов, который в Глоссе писал про оспоримость, исходит из того, что оспоримость должна быть прямо указана в законе. По умолчанию если порок – это ничтожность. Я с этим согласен. Но получают парадоксальные вещи.

Есть пороки, которые не покрыты конкретными составами. Внеконкурсное оспаривание, оспаривание сделок с недобросовестным интервентом, иные непоименованные пороки сделок. И надо придумать какой-то субсидиарный способ убийства таких порочных сделок, когда специальные составы отсутствуют. Придумали 10+168. Могли использовать 169, но по историческим причинам от этого отказались. Я согласен, что, как правило, этот рецепт должен давать ничтожность. Но всегда ли? Меня этот вопрос мучает. Андрей Владимирович, помните, когда шла реформа ГК, в рабочей группе, в которой Вы работали, предлагалось в кабальность добавит неопытность, слабоволие, легкомыслие? Классический пример – поручительство совершеннолетней дочери за своего папу-бизнесмена, которая не могла папе отказать, поскольку была у него на иждивении?

А.Е.: У нас в проекте обзора ВАС РФ был пример, когда страховая компания навязала фермеру франшизу 90%: он должен был отдавать 90% выручки. Его просто бессовестно обсчитали, воспользовавшись тем, что он не знает, что такое франшиза.

А.К.: Но это предложение не прошло. А если злоупотребление доверием? Например, доверительные отношения врача с пациентом, которыми врач воспользовался при заключении сделки. Это же фактически порок воли. И это, и эксплуатация неопытности – это пороки воли, которые случайно не оказались в статье 179. А там оспаривание. Получается, есть «пороковольные» пороки, которых нет в статье 179, и суды вынуждены идти в 10+168, а это дает ничтожность.

У меня ломается базовый органик цивилиста – равное решается по-разному: в одном случае порока воли – оспаривание, в другом – ничтожность, в одном – исковая давность год, в другом – три года. Так не должно быть. И у меня такая идея. Если есть непоименованный порок, но он по своей логике близок поименованному пороку, по которому закон устанавливает оспоримость, то должна быть оспоримость. Но как это обосновать? Можно через объединение статьи 10 с пунктом 1 статьи 168. Другой вариант – применение по аналогии поименованного составов недействительности или его расширительное толкование. А как еще?

Еще вопрос с внеконкурсным оспариванием. Произошел вывод активов из-под взыскания в исполнительном производстве с намерением причинить вред кредитору. Обращаться с обязательным иском об оспаривании этой сделки кредитор не должен. Хоть это и называется по нашей практике внеконкурсное «оспаривание», де-факто это ничтожность (т.е. недействительность сама по себе, без оспаривания). Дальше должник впадает в банкротство и выясняется, что

та же сделка причиняет вред не только одному кредитору, но всем, и дальше она в банкротстве оказывается оспори-мой. Если сделка была ничтожной, как она может ожить после возбуждения дела о банкротстве? Ведь в банкротстве сделки именно оспариваются, и сделка становится недействительной преобразовательным судебным решением.

Олег Зайцев на это говорит, что проблема в самом разделении сделок на оспоримые и ничтожные, которого не должно быть. Я такие смелые выводы делать не готов, в Германии и во многих других странах такое разделение есть. Различия между оспоримыми и ничтожными сделками есть. И сроки оспаривания разные, и правила разные. Значит, в сделках в ущерб кредиторам надо что-то исправить: либо считать их ничтожными в банкротстве, либо считать, что внеконкурсное оспаривание – это именно оспаривание.

А.Е.: А если два кредитора у должника? Сначала один оспорил – проиграл. Второй оспорил – выиграл.

А.К.: Зачастую кредиторы синхронно понимают, что должник не платит, и идут в суды. И должник, пытаясь скрыть свой единственный актив – подмосковную дачу, совершает сделку с ней и причиняет вред всем кредиторам. Может так получиться, что в одном суде кредитор сможет добиться признания этого отчуждения либо мнимым, либо недействительным на основании 10+168, а другой кредитор аналогичный иск проигрывает.

А.Е.: Конкурсное оспаривание хорошо тем, что оно однократное. Надо исследовать, как за рубежом внеконкурсное оспаривание работает.

А.К.: Ксения Усачева пишет, что внеконкурсное оспаривание – это не совсем оспаривание. Это институт, не вполне связанный с недействительностью сделки.

Может быть, нам необходимо развивать относительную ничтожность. Может быть, право кредитора обратиться за взысканием на имущество необязательно сопровождать признанием недействительной самой сделки по отчуждению этого имущества. Но в нашей догматике такого пока нет. И без очень хорошей проработки внедрять концепцию относительной ничтожности и соответственно относительной собственности пока рано.

А.Е.: Пока мы вряд ли готовы. А что по поводу пункта 5 статьи 166 ГК?

А.К.: Я бы его убрал. Эстоппель по ничтожности в большинстве случаев – это ошибка. Хотя такая ситуация, когда этот институт может быть применен справедливо, и может быть. Дмитрий Федоров в своей бакалаврской работе показал, что у немцев, швейцарцев и австрийцев такое есть, но это исключительные ситуации, когда пороки связаны с пороками формы. Я с этим согласен. Можно придумывать и другие ситуации, когда пункт 5 спасет по справедливости даже не в случаях порока формы. Хотя исключительные случаи можно решить и с помощью статьи 10 ГК. Появление пункта 5 статьи 166 ГК подтолкнуло судебную практику, но суды начинают применять эту норму неправильно и местами слишком широко, например, в тех ситуациях, когда императивность нормы предопределена публичными интересами.

До сих пор у меня не заканчивается внутренняя мысленная дискуссия по поводу пункта 2 статьи 174 ГК – сделки с явным ущербом при заключении договора директором или обычным представителем. Эта норма не совсем нормальная. Мы с Александром Савельевым в книжке по свободе договора писали, что содержание договора может быть настолько аномальным, что суд может презюмировать наличие какого-то порока, не устанавливая какого именно. Но высшие суды ввели в своих разъ-

Эстоппель по ничтожности — это ошибка

яснениях формальный критерий двукратного отличия от рыночного уровня, если не будет доказано экономическое обоснование такого отклонения. Я вижу в практике дела, когда на основании этой нормы рушат нормальные сделки, потому что все строится на экспертизе оценщика. А экспертиза — это русская рулетка, истец принесет одну экспертизу, ответчик — другую.

Но иногда эта норма становится просто незаменимым спасителем в ситуации жуликов-директоров, которые получают откаты и воруют у своих компаний, сговор не доказать, сделку с заинтересованностью не доказать, и сделка не крупная. Александр Кузнецов скажет, что есть иск об убытках к директору. Но мы в российских реалиях понимаем, что получить решение можно, но исполнить его почти невозможно. А актив ушел. И очевидно, что все жулики. И пункт 2 статьи 174 ГК дает спасение. Так же как пункт 5 статьи 166 ГК — норма дурацкая, но в каких-то ситуациях помогает.

Но если по пункту 5 статьи 166 ГК мы с Андреем Владимировичем согласны, что его надо убрать, то по поводу пункта 2 статьи 174 ГК есть вопрос — чего в ней больше — зла или добра. Вопрос о норме в том виде, в какой ее суды применяют: если отклонение от рыночной цены в 2 раза, то надо доказать экономическую обоснованность. Я считаю, что двухразовый порок — это ошибка. Но это вопрос не закона, а судебной практики.

А.Е.: Это вопрос о половине стакана. У Вас он полупуст. А у меня он полуполный. Возможно, Вы не помните, с чего «началась торговля». Изначально при разработке Пленума была идея об аномальности превышения цены в 20%, потом в 30%, и мы смогли выговорить дву-

кратное превышение цены как признак аномальности.

Олег Зайцев говорил: «Квартира ценой 10 миллионов продана за 7 миллионов — заметна ли разница?» Заметна. Если бы не написали про двукратное превышение, то есть вероятность, что суды бы и разницу в 20% считали существенным отклонением от рыночной цены.

А.К.: Давайте подумаем, в чем проблема критерия двукратного превышения. Естественно, это презумпция. Но, может быть, спасением было бы указание Верховного Суда, что критерий двукратного отличия от рыночной цены надо применять осторожно, с учетом условности оценок, например, если отсутствует рынок аналогов.

В квартирах, например, отличие цены на 50% уже показывает, что здесь что-то не то. А для Lextorium или «М-Логоса», для услуг уникального специалиста, патентов, дебиторских задолженностей рынка абсолютных аналогов нет. Например, пригласили лектора, заплатили ему крупную сумму, а потом оспаривают со ссылкой на то, что час лекции кандидата наук в России в среднем стоит 300 рублей. Поэтому надо ввести в разъяснения фактор уникальности предмета сделки, при котором критерий двукратного отличия от рыночной цены будет неприменим. А если актив типичный, то фактором подозрительности может быть отклонение и менее чем на 100%. И тогда, возможно, получится найти баланс: не рушить нормальные сделки и ловить жуликов.

А.Е.: Это был первый шаг. Он не предполагал прекращения процесса умственной работы. Мы пока отсекали возможность оспаривания сделок с отличием

от рыночной цены менее чем в 2 раза без специального доказывания. Я понимаю, что многие судьи взяли этот двукратный критерий под козырек как главный ориентир.

А.К.: Как со снижением неустойки до ключевой ставки.

Есть еще интересный вопрос. Меня в последнее время начинает смущать, что сделка без согласия третьего лица оспорима.

А.Е.: Крашенинников Евгений Алексеевич на первой конференции Центра частного права после принятия ГК встал, взял слово в реплике и спрашивает: «Вы чего решили, что сделка без согласия оспорима? Она же ничтожна! Вы что натворили!». Жалко, что записи не осталось. Евгений Алексеевич кулаком грозил за это дело. У нас большинство группы голосовало за оспоримость. Я не голосовал. У меня позиции, скорее, не было. Но от меня в пункте 2 статьи 173.1 ГК фраза о том, что помимо оспоримости могут быть две другие реакции правопорядка на отсутствие согласия: ничтожность или относительная недействительность сделки. Но презюмируется оспоримость, соглашусь с Вами. А почему? Потому что люди держали в уме крупные сделки и сделки с заинтересованностью, составляющие 90% всех сделок, на которые требуется согласие. Считали, что ничтожность для них прописывать нельзя. Это, возможно, проблема излишнего обобщения – норму-то пытались сделать для всех случаев.

Тем не менее, основа для иных решений в норме тоже заложена. Там сказано, что можно по смыслу выводить ничтожность или то, что сделка не действует в отношении третьих лиц. Например, мне кажется, что кодекс потом ошибся, что сделка по переводу долга без согласия кредитора ничтожна. Нужна была относительная недействительность (подвешенная ничтожность).

А.К.: Согласитесь, что в реформе ГК есть несколько подобных ошибок с излишней индукцией. Мы начали торопиться создавать общие правила. Создали общие правила для согласия третьего лица, а потом появилась проблема отзыва согласия.

А.Е.: А это Верховный Суд сделал. Непонятно зачем. В проекте ГК было, что можно отозвать в любой момент, однако это было неточно, и хорошо, что по замечанию ГПУ это положение сняли из кодекса. А потом Андрей Громов в 2014 году написал большую статью в «Арбитражной практике», в которой показал немецкий опыт, что все зависит от того, какие согласия отзываются: бизнес-согласия вообще нельзя отозвать, а согласие жены на продажу квартиры можно, и никакие убытки жена не будет возмещать.

А.К.: Верховный Суд сейчас закрепил такой интересный критерий применительно к аренде – если согласие было закреплено в договоре, то отзыв согласия недопустим, поскольку это одностороннее изменение договора.

А.Е.: Это очень поверхностное решение, на мой взгляд.

А.К.: То же самое с выдачей полномочия. Если полномочие закреплено в договоре, оно не перестало быть выдачей полномочия, которое можно отозвать в одностороннем порядке. Но логику Верховного Суда я понимаю. В ситуации с арендой согласие действительно отозвать нельзя, потому что это подрывает разумное доверие арендатора.

А.Е.: Они хотели сказать, что это не согласие, а условие договора. Но это подмена понятий.

А.К.: А представим, что в брачном договоре будет написано, что жена дает

согласие мужу на распоряжение общим имуществом. И теперь она не может это согласие отозвать, потому что оно написано в договоре?

А.Е.: Это опасность слишком простых решений вопроса, которые потом оказываются нерабочими.

А.К.: Это проблема ошибки индукции. Мне кажется, что кодификация – это опасная штука. Сейчас я все больше понимаю, какие молодцы французы и швейцарцы: в законе общие слова, какие-то лозунги и дальше судебная практика все развивает. Попытка создавать общую часть и решать в ней много деталей на незрелой почве, когда нет разработанной доктрины и массивной судебной практики, создает большой риск ошибок. Если и надо что-то обобщать, то только то, что однозначно: например, то, что касается всех согласий третьих лиц, или всех сделок, или всех обязательств. Очень много получается ошибочных индукций, которые дают сбой при применении обратной дедукции к конкретному кейсу. Оказывается, это просто не продумали, и никто это не обсуждал, когда Пленум принимался или реформа ГК шла. Естественно, без обобщений не обойдешься, но делать их нужно максимально осторожно: case by case, по аналогии и когда накопится много кейсов, доктрины, диссертаций, тогда можно обобщение делать.

Вот, например, если сейчас включить в ГК правила об эстоппеле, я представляю, что получится, попасть точно невозможно, слишком тонкая тема. Поэтому пусть пока практика живет, суды экспериментируют, коллеги пишут статьи, диссертации, и на каком-то этапе, может быть, не в нашей жизни, следующие поколения дойдут до понимания, как можно в трех-четырёх пунктах изложить эту концепцию.

А.Е.: Я читаю Ваши посты в связи с конкурсом *Conditio juris*, который

был проведен не так давно «Вестником экономического правосудия» и «М-Логосом», и понимаю, что вроде как у Вас по вопросу будущего российской цивилистики оптимизм есть.

А.К.: У меня эмоции как на качелях. Иногда думаю, что все плохо. А иногда почитаю какие-нибудь замечательные работы и уже на подъеме. Но конкурсом *Conditio juris* я вдохновлен.

Мы с Владимиром Багаевым прочитали на двоих 120 или 130 статей за недели две и выбрали шорт-лист из 15 статей. Пришлось некоторые хорошие работы отрезать, потому что большое жюри сказало, что так много не прочтает. Когда перечитывал по второму разу, честно скажу, я понимал, что моя кандидатская по сравнению с работами победителей конкурса – это детский сад. Работы, которые раньше защищались в качестве кандидатских, сейчас в качестве магистерских тройку получают. Так что в целом цивилистика прогрессирует. Другие области права деградируют или стоят на месте. Цивилистка за счет энтузиазма людей, некоторых научных школ, деятельности Высшего Арбитражного Суда и каких-то иных факторов все-таки живет, и прогресс есть.

В «Журнале РШЧП», «Вестнике экономического правосудия» и «Вестнике гражданского права» выходят такие статьи, которые показывают очевидный рост уровня понимания гражданского права. Например, в свое время я писал книжку, и в разделе компаративного анализа я пишу про Германию и ссылаюсь только на англоязычные источники, описывающие немецкое право. И тогда это считалось уже круто, потому что компаративистики не было вообще в догматической литературе. Сейчас уже если кто-то будет писать компаративное исследование по англоязычным источникам, над ним посмеются. В наше время надо знать немецкий и французский. Я, бедный человек, не знаю. Но молодые уже методоло-

гически более подкованы. Вся беда в том, что талантов много, методологически они сильны и сильнее нас, но нет институциональных условий для развития науки.

П.Ш.: Постепенно благодаря этим компаративным исследованиям мы приходим к тому, что было у нас в XIX веке.

А.К.: Да, согласен. Я, когда изучал работу Якуба Бисултанова, победителя конкурса, вспомнил, как я читал Петражицкого и удивлялся, как он свободно с немцами полемизирует, на равных. Якуб свободно дискутирует с Циммерманом, даже немного свысока, мол, некоторые товарищи тут заблуждаются. Хорошая наглость, смелость и умение ориентироваться в литературе – это то, что нам нужно. Да, мы приближаемся. Еще одно поколение, и мы будем на уровне нашего дореволюционного права. Беда в том, что они опубликовали свои работы в «Журнале РШЧП», в нашем «Вестнике», сборнике Ширвиндта и Щербакова, но что дальше? Как им работать в науке, если за это не платят? Нет научных центров, в которых можно было бы работать и снимать квартиру в Москве, иногда ходить в кафе и просто прилично жить и при этом писать научные работы. К сожалению, наши базовые научные центры в силу ряда причин не становятся прибежищем молодых талантливых энергичных ученых.

П.Ш.: Может быть, проблема в отсутствии системы частного образования?

А.К.: В Америке двигателем науки являются большие богатые вузы и их юридические факультеты – из-за частного образования и большого финансирования.

П.Ш.: Миллионные эндаументы.

А.К.: Даже многомиллиардные эндаументы Гарварда, Йеля. Европейские вузы получают финансирование от государства, европейские молодые ученые

получают деньги небольшие, особенно если ты не стал профессором уровня Циммерманна, но в принципе на эти деньги можно жить, на велосипеде кататься в свою квартиру, из квартиры на работу. Прочитал 3 часа лекции в неделю, а дальше занимаешься научной работой. У нас, чтобы те же деньги зарабатывать, какой-нибудь ассистент кафедры должен 30 часов в неделю читать лекции и вести семинары, и еще где-то подрабатывать в судах. И конечно, интенсивность научной работы падает. В итоге, к сожалению, беда в том, что молодых, умных, талантливых, умнее нас с точки зрения потенциала много, но они куда-то разбредаются.

А.Е.: Они только сейчас начали появляться. Они, скорее всего, не разбегутся. Я не думаю, что Дмитрий Федоров или Якуб Бисултанов уйдут в бизнес или еще куда-нибудь. Вот Андрей Громов, видимо, «завяз» уже.

А.К.: Но он пишет.

А.Е.: А, с другой стороны, он, действительно, продолжает писать, его тянет к науке. Это потребность души. А значит, они не уйдут.

А.К.: Вот если соберется такая критическая масса, хотя бы 30 молодых ученых – это уже будет колоссальный шаг вперед. И они нас оставят позади. Потому что методологически они круче нас намного, по крайней мере меня с английским языком. Если они еще будут много писать, работать, не лениться и держать в голове главную цель – сделать право более справедливым и разумным, а не заниматься игрой в бисер. И если они будут держать это в голове и работать на страну и на ее развитие, как бы громко это ни звучало, а не просто на то, чтобы разобраться ради интереса, как там у французов в XIX веке. Это, конечно, замечательно, но приоритеты в России

**Беда в том, что талантов много, методологически
они сильны и сильнее нас, но нет институциональных
условий для развития науки**

сейчас немного иные. И если это все вместе будет работать, то мы дальше будем двигаться.

Я не оставляю надежд, что когда-нибудь на определенном этапе наше гражданское право достигнет уровня ведущих европейских правовых порядков и мы перестанем заниматься популайством, мы сами будем писать и давать им прикурить. Но для этого нужно несколько поколений преемственного развития частного права. И в этом плане я испытываю оптимизм, но мне кажется, что мы все должны работать на то, чтобы создавать условия для молодежи. Как это сделать, я пока точно не знаю: конкурсы, какие-то гранты, надо что-то придумывать. Потому что государственная система не обеспечивает молодым ученым эту возможность. Бюрократия побеждает все, даже в самых либеральных вузах.

А.Е.: Надо набрать 30 человек и их поддержать.

А.К.: Если бы государство давало грант хотя бы несколько миллионов.

А.Е.: Я очень надеюсь, что Ассоциация выпускников РШЧП заработает денег и у нее будет возможность держать в штате соответствующих исследователей. Или будет создана какая-то частная структура или прогосударственная, как Центр сравнительных исследований.

А.К.: Беда частного бизнеса в том, что у него короткий горизонт.

А.Е.: Мы не хотим ни от кого денег. Мы будем конференции проводить, «Жур-

нал» издавать и зарабатывать в Ассоциацию. Через 10 лет это даст свои плоды.

А.К.: Вы думаете, этого будет достаточно, чтобы прокормить персонал?

А.Е.: Этого будет достаточно, чтобы держать 10 человек в штате, которые будут заниматься наукой.

А.К. Это очень оптимистичный взгляд.

А.Е.: Я уверен. 10 лет. Это не проблема. А потихоньку частный бизнес будет все больше и больше стремиться к получению научных заключений. Чем меньше единообразия судебной практики, тем больше бизнес стремится к научным заключениям.

А.К.: Это парадоксально.

А.Е.: А в заключениях они, кстати, хотят посмотреть, что во Франции и в Германии. Они этого хотят уже сейчас. А через 10 лет еще больше будут хотеть. А молодые ребята это все спокойно смогут сделать. Поэтому можно будет нормально систему выстроить. Главное, под крыло брать и держать.

А.К.: Но близко бизнес к себе подпускать нельзя, а то они душу вынут и заставят тебя писать то, что им хочется. Бизнес тоже должен финансировать науку. Но результат должен быть не тот, который им выгоден, а который объективен.

А.Е.: Ничего бизнес науке не должен. Наука должна сама зарабатывать. Раз-

берется она. Я на это надеюсь. Давайте на этой ноте закончим.

Как Артем Георгиевич сказал, есть столпы развития правовой науки, к ним, я надеюсь, относятся и «Вестник экономического правосудия», и «Журнал РШЧП». Я надеюсь, что в «Журнал РШЧП» будут попадать статьи, которые будут радовать Артема Георгиевича и других читателей. Журнал выходит не только в электронном виде, но и в печатном, раз в полгода. Том получается большой, меня уже поругали, что он толстый, но ничего, в ме-

тро не поездишь с ним, а дома на полке очень удобно – открыть, полистать, найти нужную статью. Поэтому подписывайтесь, годовым подписчикам печатный том достается бесплатно. Два раза в год выходит такой сборник. Очень надеюсь, что работу уже упоминавшегося Д. Федорова мы тоже опубликуем силами Ассоциации, чтобы эта идея получила известность. В этом и смысл нашей деятельности. Всем счастливо!

А.К.: До свидания!

19 июня 2019 года

*Беседовали: Андрей Егоров,
главный редактор «Журнала РШЧП»*

*Павел Шефас,
шеф-редактор «Журнала РШЧП»*

