



Роман Сергеевич Бевзенко

профессор РШЧП, кандидат юридических наук

Дело об ипотеке незарегистрированного здания

Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 14.08.2017 № 306-ЭС17-3016 (2)

1. Российское право недвижимости в настоящее время, увы, представляет собой сумбурное собрание мифов, заблуждений, анекдотичных ситуаций, шуток и побасёнок, а то и откровенных ошибок, допущенных законодателем или правоприменителем (судами, органами по регистрации прав на недвижимость, кадастровыми инженерами) по неведению, грубой небрежности либо намеренно. Достаточно вспомнить комичный «юридический сериал» о том, являются ли те или иные сооружения недвижимостью¹, за которым можно наблюдать бесконечно, как за огнем или течением воды. Равным образом нелепо устроено у нас и правовое регулирование пользования чужими недвижимыми вещами: «арендизация всей страны», навязанная нашему правопорядку, подозреваю, по злему умыслу исполнительской власти (ведь основной публичный собственник недвижимости — это публичные образования), является гнойной раной отечественного права недвижимости, не позволяющей вырастить в нем здоровый юридический организм. В этом смысле договорному или корпоративному праву повезло много больше: интеллектуальная борьба в этих сферах идет между здоровыми концепциями — консервативными или либеральными, — но тем не менее основанными хотя бы на здоровом смысле. В сфере права недвижимости юристам, обладающим здоровым правовым чувством, приходится бороться именно с глупостью, невежеством или подлостью. Но довольно эмоций, переходим к анализу правовой проблемы, которая возникла в комментируемом деле, предварив его краткой теоретической вводной частью.

¹ Подробнее см.: *Бевзенко Р.С.* Земельный участок с постройками на нем // Вестник гражданского права. 2017. № 1. С. 9–36; № 2. С. 84–114.

2. Одной из нерешаемых (с точки зрения действующего закона, а именно ст. 130 ГК РФ) проблем отечественного права недвижимости является вопрос о том, что же представляет собой сооружение той или иной степени готовности, право на которое еще не зарегистрировано. Считается ли такое сооружение вещью до момента регистрации прав на него либо правовой режим вещи, т.е. самостоятельного объекта гражданских прав, возникает у него только после первичной регистрации права на него? Очевидно, не требует отдельного доказывания тот факт, что при последнем подходе именно регистрация права является моментом, вовлекающим сооружение в оборот в качестве объекта права. При первом же подходе сооружение представляет собой оборотоспособный объект — вещь просто в силу факта своего существования; регистрация права на нее является (в описываемой картине мира) не более чем способом «укрепить» право, сделать его видимым (а потому и противопоставимым) третьим лицам.
3. Легко заметить, что ответ на вопрос о том, что представляет собой с точки зрения права постройка, право на которую не зарегистрировано, тесно связан с тем, как мы понимаем государственную регистрацию прав на недвижимое имущество.
 - 1) Если придерживаться взгляда на то, что регистрация в сфере недвижимости является *правоподтверждающей* и призвана лишь раскрывать неопределенному кругу третьих лиц факт совершения тех или иных сделок с недвижимостью и предоставлять возможность публике ознакомиться с их содержанием (на этой идее основана так называемая транскрипционно-инскрипционная система регистрации сделок с недвижимостью, принятая например, во Франции, Италии и некоторых других странах романской правовой традиции), то, разумеется, верный ответ на обозначенный вопрос будет таков: постройка будет считаться вещью с момента ее создания; право собственности на нее возникнет с этого же момента.
 - 2) Если же исходить из другого, основанного на *правопорождающем* эффекте регистрации подхода к записям реестра (он принят в странах с германской правовой традицией, имеющих систему регистрации прав на недвижимость, основанных на принципе обязательной записи права в реестр, — например, Германия, Швейцария, Австрия, Нидерланды и др.), то ответ радикально меняется. Коль скоро именно запись порождает право на недвижимость, то до тех пор, пока в реестр не внесена первая запись о собственности на недвижимость, она как вещь просто не может существовать; иначе вещь до регистрации первого права собственности на нее будет являться... бесхозяйной(!), а это уже противоречит и хозяйственной логике, и здравому правовому чувству, и здравому смыслу.
4. Существенным моментом, который необходимо также всегда держать в голове, сравнивая российское право недвижимости с зарубежными правовыми порядками, является и то, что западная правовая традиция исходит из того, что единственной подлинной недвижимой вещью считается земельный участок; здания или сооружения, возведенные на нем или под ним, рассматриваются как составная часть этого участка. Земельный же участок, будучи идеальной (т.е. существующей благодаря воззрениям людей, а не своим физическим свойствам) юридической конструкцией, возникает только после того, как он оказывается описанным в реестре (кадастре). С учетом того, что в старых европейских юрисдикциях подавляющее большинство земельных участков зарегистрированы (причем это было сделано

столетие — полтора назад, при введении системы регистрации прав на недвижимость), новые объекты недвижимости (т.е. новые земельные участки) могут возникнуть только в результате совершения регистрационных действий по разделу или объединению уже зарегистрированных земельных участков. Если же правопорядок признает в качестве недвижимости «псевдовещи» — помещения, то и они появляются исключительно в результате внесения соответствующих записей в реестр (технически это осуществляется путем открытия отдельной поземельной книги (в российской терминологии — раздела реестра) под каждую квартиру и внесения в нее записи о праве собственности на квартиру).

5. Российская система регистрации прав на недвижимое имущество относится ко второму типу правопорядков: наш реестр представляет собой практически точное заимствование немецкой системы поземельных книг.

Во-первых, он ведется пообъектно, на каждую недвижимую вещь открывается отдельный раздел реестра, в отдельных подразделах которого соответственно фиксируются (1) описание недвижимой вещи, (2) записи о праве собственности на вещь и его переходах, (3) записи об обременениях вещи (сервитутах, ипотеках и проч).

Во-вторых, отечественный Гражданский кодекс исходит из того, что права на недвижимость по общему правилу возникают и прекращаются в результате внесения записей в реестр (п. 2 ст. 8.1, ст. 219 ГК РФ).

6. Собственно, это и есть две важнейшие — и взаимосвязанные! — характеристики отечественной регистрационной системы. Невозможно иметь право собственности на недвижимую вещь без записи о нем в реестре. Равным образом невозможно записать право в реестр, не открыв предварительно раздел под соответствующий объект. Значит, недвижимостью будет лишь то, в отношении чего был открыт раздел реестра.
7. Вторая из обозначенных выше правовых идей выражена в позитивном праве достаточно ясно и недвусмысленно. Пункт 2 ст. 8.1 ГК РФ гласит: «Права на имущество, подлежащие государственной регистрации, возникают, изменяются и прекращаются с момента внесения соответствующей записи в государственный реестр, если иное не установлено законом». В отношении прав на вновь возведенные объекты ст. 219 Кодекса еще более категорична: «Право собственности на здания, сооружения и другое вновь создаваемое недвижимое имущество, подлежащее государственной регистрации, возникает с момента такой регистрации». Эти нормы образуют так называемый принцип внесения, являющийся фундаментом всего отечественного права недвижимости.
8. Однако первая мысль — о том, что недвижимая вещь возникает, поскольку в отношении соответствующего объекта открыт раздел реестра, — увы, в законе прямо не выражена. Так, в ст. 130 ГК РФ недвижимостью объявляются «...земельные участки, участки недр и все, что прочно связано с землей, то есть объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе здания, сооружения, объекты незавершенного строительства». Иными словами, Кодекс скорее описывает недвижимую вещь просто как объект, физически связан-

ный с землей, не привнося в определение недвижимости никакого юридического элемента². При этом в отношении «новой» недвижимости (положения о которой были внесены в ГК лишь в 2016 г.) идея о том, что не существует недвижимости вне реестра, проведена вполне себе последовательно (абз. 3 п. 1 ст. 130 ГК РФ): «К недвижимым вещам относятся жилые и нежилые помещения, а также предназначенные для размещения транспортных средств части зданий или сооружений (машино-места), если границы таких помещений, частей зданий или сооружений описаны в установленном законодательством о государственном кадастровом учете порядке».

9. Однако, увы, все эти довольно несложные сочетания норм оказались не поняты Верховным Судом. В п. 38 постановления Пленума от 23.06.2015 № 25 (далее — постановление № 25) он обсуждает вопрос о том, что же такое недвижимая вещь, и во втором предложении третьего абзаца генерализирует описанное в сноске 2 настоящей статьи заблуждение: «...государственная регистрация права на вещь не является обязательным условием для признания ее объектом недвижимости (пункт 1 статьи 130 ГК РФ)».
10. В качестве обоснования этого тезиса разработчики постановления № 25 приводят два примера: один верный, а другой ошибочный. Верным примером, иллюстрирующим идею о том, что недвижимость как вещь, оборотоспособный объект прав, может существовать и вне реестра, является пример объектов недвижимости, созданных до 30.01.1998 (дата вступления в силу закона, введшего регистрационную систему в России). Действительно, в связи с тем, что ранее возникшие права признаются существующими и без внесения их в реестр, объектам этих прав для того, чтобы признаваться вещами, также вовсе не обязательно фигурировать в качестве разделов реестра.
11. Другой пример, который приводят разработчики постановления № 25, представляет собой странную смесь ошибок и недосказанностей: «Равным образом правомерно возведенное здание или сооружение является объектом недвижимости, в том числе до регистрации на него права собственности лица, в законном владении которого оно находится». Я уже анализировал подробно это высказывание в другом месте³, здесь повторю лишь краткий вывод, к которому я пришел.

Прежде всего бросается в глаза то, что в этом предложении авторами текста постановления употреблено выражение «в законном владении которого оно находится». Почему же Верховный Суд не говорит, что она (недвижимость) находится *в собственности* у лица, возведшего ее (или собственника участка)? Ответ, видимо, такой: здание, которое полностью построено (введено в эксплуатацию), по мнению ВС РФ, является *объектом недвижимости* (разработчики постановления не назы-

² Это, кстати, дало повод Верховному Суду еще в 2005 г. ошибочно заявить о том, что для существования земельного участка как объекта гражданских прав нет необходимости устанавливать его границы, так как «в этих правовых нормах [ст. 130 ГК РФ] нет установления о том, что земельный участок не может считаться объектом недвижимости, если не описаны и не удостоверены в установленном порядке его границы» (определение ВС РФ от 06.12.2005 № 4-В05-42).

³ См.: *Бевзенко Р.С.* Земельный участок с постройками на нем // Вестник гражданского права. 2017. № 2. С. 90 и далее.

вают такое здание *вещью*, что, на мой взгляд, принципиально, — об этом речь пойдет далее), который находится в *законном владении* какого-то лица. Но не в собственности (!), подчеркну это еще раз. Если же на секунду предположить, что такое здание является *вещью*, то, выходит, с точки зрения ВС РФ, эта вещь должна быть... бесхозной! Ведь сам же Суд ведет речь о правовом режиме объекта «до регистрации права собственности». Если бы ВС РФ считал, что право собственности на вновь построенную вещь возникает без (т.е. до) регистрации, то он бы недвусмысленно высказался по этому поводу, употребив выражение «в собственности которого она находится». Но он так не написал и, на мой взгляд, не мог написать.

Принцип внесения, закрепленный в п. 2 ст. 8.1 и ст. 219 ГК РФ, является абсолютно фундаментальным и неоспоримым краеугольным камнем отечественного права недвижимости; отрицание его поставило бы под удар логичность и связь колоссального количества норм, регулирующих многочисленные вопросы права недвижимости. Предполагать саму возможность такого «интерпретационного хулиганства» в отношении нашего крайне консервативного по своему духу и настрою Верховного Суда я отказываюсь.

12. Как тогда следует понимать выражение «является объектом недвижимости»? Возможно, Верховный Суд различает понятия «недвижимая вещь» и «объект недвижимости». Первое из них, безусловно, обозначает вещь как объект гражданских прав; второе же, по всей видимости, обозначает нечто, прикрепленное физически к земельному участку, противопоставляемое движимости. В этом смысле «объект недвижимости» — это «не движимая вещь». Если это действительно так, то тогда в п. 38 постановления № 25 появляется хотя бы какой-то смысл: здание построенное, но не зарегистрированное, самостоятельной вещью не является и потому не может быть в чьей-либо собственности; но оно представляет собой объект недвижимости (в том смысле, что оно — не движимость), а точнее, составную часть земельного участка. И потому оно находится в законном владении собственника земельного участка. Если же собственник участка хочет юридически отделить здание от участка, превратив первое в самостоятельную вещь, то он должен зарегистрировать право собственности на него. В итоге получается, кажется, довольно логичное и непротиворечивое толкование п. 38 постановления № 25.
13. Если это действительно так, то для чего было разработчикам постановления гордиться огород с тем, что регистрация не является необходимым элементом правового режима недвижимой вещи? Это остается для меня одной из неразгаданных загадок этого постановления... Так или иначе, слова сказаны (точнее, написаны в тексте постановления), и теперь данные правовые позиции надо применять на практике. Именно с этим и столкнулись суды в комментируемом деле.
14. Фабула его довольно проста. В обеспечение исполнения обязательств по кредитным соглашениям между должником и банком заключены договоры ипотеки, по условиям одного из которых в пользу банка заложено право аренды земельного участка. На земельном участке должником среди прочего возведена гостиница, которую банк, ссылаясь на возникновение залога как в силу договоров об ипотеке, так и в силу закона (п. 1 ст. 64 Федерального закона от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»; далее — Закон об ипотеке), просил обременить

нить в свою пользу. Суды первой и апелляционной инстанций иск о регистрации ипотеки удовлетворили, полагая, что «гостиница возводится должником для комплексного использования принадлежащего ему на праве собственности нежилого здания, является принадлежностью главной вещи». Однако окружной суд указал, что «на момент рассмотрения настоящего обособленного спора гостиница не введена в эксплуатацию, право собственности за должником на объект незавершенного строительства не зарегистрировано, в связи с чем гостиница не является объектом гражданских прав и, соответственно, не может быть предметом залога». Тройка судей Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ (далее — Коллегия) постановление окружного суда отменила, оставив в силе акты первой и апелляционной инстанций, предложив, правда, иное правовое обоснование этого решения.

15. Коллегия начинает свои рассуждения с констатации того, что арендатор земельного участка, передавший права по договору аренды в залог, вправе без согласия залогодержателя возводить на арендованном участке строения, которые в силу законодательного предписания попадают в залог (п. 1 ст. 65 Закона об ипотеке). Однако препятствие для возникновения залога Коллегия видит в п. 1 ст. 5 Закона об ипотеке, в соответствии с которым ипотека может быть установлена только в отношении недвижимого имущества, права на которое зарегистрированы в установленном законом порядке. Однако, констатирует Коллегия, в рассматриваемом деле «...на момент обращения с заявлением о признании установленных требований обеспеченными гостиницей, права на нее зарегистрированы не были, то есть формально она не была введена в оборот как объект недвижимого имущества (введена после заключения договора ипотеки)».
16. Легко заметить, что это совершенно не укладывается в ту концепцию, о которой я писал выше: о том, что недвижимость является вещью с момента создания, а регистрация не имеет никакого значения для целей признания недвижимости объектом оборота. Коллегия явно придерживается другого подхода: она пытается выкрутиться из тисков той прямолинейной идеи, которая вроде бы была заложена в п. 38 постановления № 25: «Вместе с тем, во избежание негативных последствий пропуска срока на предъявление кредиторами требований (абзац третий пункта 1 статьи 142 Закона о банкротстве) и реализации статуса залогового кредитора (пункт 4 статьи 138 Закона о банкротстве), суд вправе признать требования кредитора обеспеченными залогом на незарегистрированный объект, в отношении которого представлены достаточные доказательства соответствия его признакам объекта недвижимого имущества (без учета регистрации) (курсив наш. — Р.Б.)».
17. При этом Коллегия довольно откровенно демонстрирует источник, которым она вдохновлялась в своих рассуждениях: это аналогия ч. 5 ст. 13 Федерального закона от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации», согласно которому застройщик обязан зарегистрировать право собственности на объект незавершенного строительства при возникновении оснований для обращения взыскания на предмет залога. При уклонении застройщика от государственной регистрации права собственности на объект незавершенного строительства государственная регистрация права собственности на такой объект осуществляется на основании решения суда,

принятого по иску участника долевого строительства об обращении взыскания на предмет залога. Коллегия завершает свои рассуждения политико-правовым доводом: «Данный подход согласуется с целью конкурсного производства, направленной на удовлетворение требований кредиторов за счет имущества должника».

18. Итак, совершенно очевидно, что все попытки разработчиков постановления № 25 (если таковые действительно предпринимались) внедрить зачем-то в отечественное право недвижимости идею о том, что недвижимая вещь существует вне какой-либо связи с государственной регистрацией прав на нее, не поддержаны самим же Верховным Судом. В разбираемом деле Коллегия, по сути, подтвердила, что недвижимость как вещь появляется по общему правилу только после открытия раздела реестра и первичной регистрации права собственности на вещь. Этот подход является верным и заслуживает всяческой поддержки.
19. К сожалению, Коллегия уклонилась от ответа на вопрос о том, что же представляет собой здание, возведенное арендатором на арендованном участке до регистрации права на него (в случае если здание было возведено собственником, то ответ довольно простой — здание будет составной частью земельного участка). Разумеется, такое здание не может быть суммой «сложенных вместе строительных материалов», этот нелепый подход судебная практика отвергла еще давно⁴. Единственный возможный вариант квалификации — здание следует рассматривать как составную часть права строительной аренды. Именно поэтому у арендатора есть право произвести горизонтальное разделение: юридически «отсоединить» здание от строительной аренды, зарегистрировав свое первичное право собственности на него.
20. Понятно, что к такому разделению подталкивает сама конструкция строительной аренды, ведь земельный участок обычно предоставляется для строительства на довольно краткий срок (двух- или трехлетний). Представим себе, что земельный участок предоставлялся бы собственником сразу для строительства и последующей эксплуатации здания сроком, скажем, на 199 лет (нормальный срок эксплуатации современных зданий). В этом случае нет никаких проблем с тем, чтобы здание весь этот срок пребывало в качестве составной части права аренды земельного участка и оборачивалось путем оборота этого права. При таком подходе строительная аренда фактически превратилась бы по сути в утраченное нашим правом в 1948 г. право застройки, что было бы в высшей степени желательно.

⁴ См.: постановления Президиума ВАС РФ от 26.10.1999 № 3655/99; от 22.01.2013 № 10545/12.