

ЧАСТНОЕ ПРАВО И ФИНАНСОВЫЙ РЫНОК

сборник статей

выпуск 2

Вопросы теории

- Условия расчетов по договорам купли-продажи (поставки), аренды, на производство работ и возмездное оказание услуг
- Комиссионная оговорка при залоге
- Правовая природа договора факторинга

Вопросы правоприменения

- Проблема двойной уступки и значение уведомления должника при цессии
- Анализ новых подходов Верховного суда Украины по применению норм законодательства о финансовых услугах (2011–2012 гг.)
- Россия как социальное государство и рынок ценных бумаг
- Договор присоединения как специальный механизм контроля над справедливостью финансовых сделок в России
- «Техническая» эмиссия облигаций
- О некоторых проблемах лизинговых договоров

Иностранный опыт

- The Draft Pledge Provisions of the Russian Civil Code and the Russian Law on Pledge Compared with the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions
- Ценные бумаги, учитываемые записью на счете, – новое имущественное право?
- Interest in Securities under Swedish Law
- Природа плавающего обеспечения
- Путь науки (корпоративного) права

КОМИССОРНАЯ ОГОВОРКА ПРИ ЗАЛОГЕ: ПРОБЛЕМА СОВМЕСТИМОСТИ ПРАВОВЫХ КОНСТРУКЦИЙ*

Д.В. Дождев,
ведущий научный сотрудник
Института государства и права РАН,
доктор юридических наук, профессор

1. Право собственности как конкурентная форма реальной гарантии в контексте евроинтеграции

1. Федеральным законом от 30 декабря 2008 г. № 306-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием порядка обращения взыскания на заложенное имущество» внесены изменения в абз. 1 п. 1 ст. 334 ГК РФ и подп. 1 п. 3 ст. 28.1 Закона РФ от 29 мая 1992 г. № 2872-1 «О залоге»: отныне залогодержатель может оставить предмет залога «за собой», т.е. не получить удовлетворение из стоимости залога в результате его реализации, а непосредственно приобрести на него право собственности. ГК РФ не предусматривал запрета на условие в договоре о залоге, которое бы позволяло кредитору получить заложенную вещь в собственность. В контексте открытого списка форм обеспечения, установленного п. 1 ст. 329 ГК РФ, и утверждения внесудебных способов реализации залога как законной альтернативы судебному порядку обращения взыскания на залог новелла Федерального закона № 306-ФЗ не выглядит революционно. Однако в компаративистской перспективе она органично вписывается в тенденцию развития европейского права последних лет и стимулирует обращение к основам догматики залогового права.

* Статья подготовлена в рамках проекта РГНФ № 13-03-00535.

26 марта 2006 г. Ордонанс № 2006-346 отменил действовавшую в течение двух веков ст. 2078 Кодекса Наполеона, запрещавшую любую оговорку при договоре залога, которая бы давала кредитору право присвоить залог (*loi commissoire*)¹, и ввел в Гражданский кодекс французов новую ст. 2348 о том, что при установлении залога или впоследствии стороны могут договориться о том, что в случае неисполнения долга кредитор становится собственником заложенного имущества².

Отмене запрета на комиссорную оговорку французским законодателем предшествовала Директива ЕС от 6 июня 2002 г. 2002/47/ЕС о механизмах финансового обеспечения (*Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on Financial*

¹ Article 2078

Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage :
sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères.

Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle.

Статья 2078

Кредитор не может в случае неисполнения распоряжаться залогом, за исключением случая, когда он получил судебный приказ, что залог отходит к нему в уплату в соответствии с оценкой, сделанной экспертами, или что он будет продан с торгов.

Любая оговорка, которая уполномочивает кредитора присвоить залог или распорядиться им без соблюдения вышеизложенных формальностей, ничтожна.

² Article 2348

Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.

La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du Code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée.

Статья 2348

Стороны могут договориться — при установлении залога или впоследствии, — что в случае неисполнения обеспечиваемого обязательства кредитор становится собственником заложенного имущества.

Стоимость имущества определяется на день перехода права собственности экспертом, назначенным по соглашению сторон или в судебном порядке, если нет официальной котировки такого имущества на рынке, полученной в соответствии с денежным и финансовым кодексом. Любая оговорка об обратном считается непоставленной.

Если такая стоимость превышает объем обеспеченного долга, сумма, равная разнице, возвращается должнику или, если имеются другие залоговые кредиторы, депонируется.

Collateral Arrangements)¹, которая предписывала ряд нововведений в области финансовых обеспечений для всех государств – членов ЕС. Директива касалась только предпринимательской и банковской сферы, отменяя многие формальности, которые почитались обременительными для развития кредита и привлекательности ценных бумаг (акций и облигаций) в качестве предмета обеспечения. Среди прочих мер она также объявляла получение права собственности альтернативным способом реализации финансового обеспечения (обеспечительных ценных бумаг) наряду с его продажей (ст. 4)². Если Директива 2002 г. оставляла на усмотрение государств-членов допустимость перехода

¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0047&from=EN>

² **Article 4. Enforcement of financial collateral arrangements**

1. Member States shall ensure that on the occurrence of an enforcement event, the collateral taker shall be able to realise in the following manners, any financial collateral provided under, and subject to the terms agreed in, a security financial collateral arrangement:

(a) financial instruments by sale or appropriation and by setting off their value against, or applying their value in discharge of, the relevant financial obligations;

(b) cash by setting off the amount against or applying it in discharge of the relevant financial obligations;

[(c) credit claims, by sale or appropriation and by setting off their value against, or applying their value in discharge of, the relevant financial obligations] (amended by Directive 2009/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009).

2. Appropriation is possible only if:

(a) this has been agreed by the parties in the security financial collateral arrangement; and

(b) the parties have agreed in the security financial collateral arrangement on the valuation of the financial instruments [and the credit claims] (amended by Directive 2009/44/EC).

[3. Member States which do not allow appropriation on 27 June 2002 are not obliged to recognise it.

If they make use of this option, Member States shall inform the Commission which in turn shall inform the other Member States thereof.] (deleted by Directive 2009/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009).

4. The manners of realising the financial collateral referred to in paragraph 1 shall, subject to the terms agreed in the security financial collateral arrangement, be without any requirement to the effect that:

(a) prior notice of the intention to realise must have been given;

(b) the terms of the realisation be approved by any court, public officer or other person;

(c) the realisation be conducted by public auction or in any other prescribed manner; or

(d) any additional time period must have elapsed.

Изменения и дополнения внесены 6 мая 2009 г. (Directive 2009/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 amending Directive 98/26/EC on settlement finality in payment and securities settlement systems and Directive 2002/47/EC on financial collateral arrangements as regards linked systems and credit claims (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0044&from=EN>)).

обеспечения в собственность залогодержателя (appropriation), учитывая состояние и традиции национальных правовых систем (ст. 4.3), то в 2009 г. Директива ЕС отменила факультативный характер этого положения, превратив ст. 4 Директивы 2002/47/ЕС в требование, безусловное для исполнения государствами-членами.

2. Допустимость обращения предмета обеспечения в собственность кредитора логически следует из возможности использовать в качестве реальной гарантии установление права собственности кредитора на отдельные имущественные объекты должника. Такая функция права собственности известна общему праву (common law). Так, ст. 9 Единого торгового кодекса США (Uniform Commercial Code (UCC)) наряду со специальными правами на имущество должника (liens and preferential rights) включает в единое право реальной гарантии (security interest) и право собственности¹.

В российском праве условное присвоение имущества должника выступает способом обеспечения при купле-продаже акций (сделки РЕПО) и при обеспечительном факторинге (абз. 2 п. 1 ст. 824 ГК РФ), когда предметом обеспечения выступает право требования, принадлежащее должнику (обеспечительная цессия). В этих случаях юриду-технику говорить о праве собственности не приходится, так как предметом обеспечения выступают имущественные объекты, отличные от вещей. Скорее следует говорить об «обладании»². В англо-американском праве строгость такого различия во многих случаях не выдерживается или не имеет догматического значения вследствие слабости научной и понятийной проработки системы общего права.

В Европе задачи унификации способов реальной гарантии на всем пространстве ЕС выдвигают на первый план функциональный подход,

¹ <http://www.law.cornell.edu/ucc/9>

² Ср. англ. "entitlement" в отличие от "ownership", хотя сфера применения последнего термина постоянно расширяется, что грозит утратой определенности его значения. В англоязычном мире вопрос обсуждают только близкие к европейским взглядам шотландские авторы (Gretton G.L. *Ownership and Its Objects* // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht*. 2007. Bd. 71. S. 802 ff.) или специалисты по цивилистической традиции (Giglio F. *Pandectism and the Gaian Classification of things* // *University of Toronto Law Journal*. 2012. Vol. 62. No. 1. P. 1 ff.) (ср.: Berlioz P. *La notion de bien*. *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 2007; Kennedy D. *Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought* // *The American Journal of Comparative Law*. 2010. Vol. 58. P. 811–842).

лишь одно формальное требование — уведомление (что совпадает с положениями ст. 4.4 Директивы 2002/47/ЕС) и одно содержательное — коммерчески оправданная цена.

3. Одним из ведущих факторов ревизии системы вещных прав в области реальных гарантий выступает сложившаяся в Германии практика преимущественного использования неcodифицированной формы обеспечительного переноса права собственности (*Sicherungsübereignung*) на движимые вещи в связи с тем, что в немецком праве утвердился принцип посессорного залога движимых вещей (*Faustpfandprinzip*) (уже в § 40 Имперского закона о несостоятельности (*Reichkonkursordnung*) 1878 г.)¹, тогда как перенос права собственности в пользу кредитора (с особыми оговорками) можно осуществить и без передачи владения (*Besitzkonstitut* (§ 930 BGB))². Обеспечительная передача права собственности ставит немало теоретических и практических задач³, поскольку требует особой защиты должника-залогодателя от возможных злоупотреблений со стороны залогодержателя, признаваемого собственником заложенной вещи. Наряду с обязательственно-правовой защитой, которая усиливает момент личного доверия между сторонами (собственно, фидуциарное отношение)⁴, некоторые авторы признают и вещно-правовую защиту залогодателя, который, таким образом, наделяется «квази-вещными» правами, что ведет к пересмотру принципа закрытого списка вещных

¹ Залог на движимые вещи можно установить только с передачей владения, что лишает должника возможности пользоваться вещью и тем самым снижает его способность погасить долг.

² См.: *Wolf M.* Sachenrecht. 22. Aufl. C.H. Beck, 2006. S. 358 ff.; *Schwab K.H., Prütting H.* Sachenrecht. C.H. Beck, 2006. S. 518 ff.; *Bülow P.* Recht der Kreditsicherheiten: Sachen und Rechte, Personen. 8. Aufl. C.F. Müller, 2012. S. 484 ff.

³ Теория фидуциарных сделок была разработана Ю. Коллером и Ф. Регельсбергером (*Koller J.* Studien über Mentalreservation und Simulation // *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.* 1878. Bd. 16. S. 91; *Regelsberger F.* Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession // *Archiv für die civilistische Praxis.* 1880. Bd. 63. Heft 2. S. 157–207; *Idem.* Pandekten. Bd. I. Duncker & Humblot, 1893. S. 518 ff.; см. также: *Kohler J.* Pfandrechtliche Forschungen. Gustav Fischer, 1882). Лучшими работами по *Treuhand* остаются: *Siebert W.* Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis — ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem. N.G. Elwert, 1933; *Coing H.* Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäft. C.H. Beck, 1973.

⁴ *Henssler M.* Treuhandgeschäft — Dogmatik und Wirklichkeit // *Archiv für die civilistische Praxis.* 1996. Bd. 196. Heft 1/2. S. 36 ff.

прав (*numerus clausus*)¹. Фидуциарный характер обеспечительного переноса права собственности актуализирует вопрос рецепции континентальными правовыми порядками траста общего права, который также может выступать в качестве способа реальной гарантии². Французский Закон 2006 г. о введении фидуции (*fiducie*) в ГК Франции поддерживает связанные с этим унификационные ожидания³.

4. Другим суррогатным способом реальной гарантии выступает оговорка о сохранении права собственности за продавцом до полной уплаты цены покупателем (*Eigentumsvorbehalt*), которая, собственно, не наделяет кредитора (продавца) каким-либо правом на вещь должника — товар просто не поступает в собственность покупателя до исполнения обязанности уплатить цену (*Eigentumsvorbehalt* (§ 449 BGB)). Эта конструкция известна и российскому ГК (ст. 491), однако она не выходит за рамки принципов обязательственного права применительно к отношениям между сторонами синаллагматического (взаимообязывающего) договора. В Германии же на стороне покупателя до уплаты цены признается особое вещное «право ожидания» (*Anwartschaftsrecht*), неизвестное *BGB*. Договорная техника немецкого права определяется наличием абстрактного вещного договора (который и ставится под условие), что ведет к трактовке всей конструкции в вещно-правовом ключе и к нарушениям принципов всей правовой системы.

Во всех названных случаях на стороне кредитора возникает преимущественное право на получение права собственности (которое само является вещным правом с абсолютным действием — правом преимущественной покупки или правом ожидания (*Anwartschaftsrecht*)) или право собственности (пусть временное и условное). Так, в Германии, несмотря на ожидания залогодателя, акт отчуждения вещи со стороны залогодержателя в пользу третьего лица будет иметь полную силу (§ 137 BGB). Однако право ожидания залогодателя будет иметь преимущество

¹ *Wiegand W.* Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht Archiv für die civilistische Praxis. 1990. Bd. 190. Heft 1/2. S. 112 ff.

² О проблемах рецепции траста в континентальных юрисдикциях см.: *Дождев Д. В.* Международная модель траста и унитарная концепция права собственности // Человек и его время: Жизнь и работа Августа Рубанова / Сост. и отв. ред. О. А. Хазова. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 251 слл.

³ См.: *Дождев Д. В.* Изменения во Французском гражданском кодексе. Закон о фидуции // Российский ежегодник сравнительного права (2007, № 1). С. 546 слл.

перед осведомленным приобретателем залога, право преимущественной покупки (право выкупа) при продаже с правом выкупа — перед любым, даже неосведомленным, приобретателем вопреки нормам о добросовестном приобретении.

Право собственности как средство обеспечения существенно отличается от законодательно предусмотренного права собственности как основы гражданского оборота. В случае исполнения или прекращения основного обязательства право собственности должно быть возвращено должнику-залогодателю. Это означает, что кредитор-залогодержатель, несмотря на формальное право собственности, не может в своих интересах и по своему усмотрению осуществлять целый ряд распорядительных полномочий и несет ответственность перед залогодателем — бывшим и возможным будущим собственником вещи. Права должника-залогодателя не ограничиваются личным требованием к залогодержателю, но могут получить и абсолютное действие, приобретая тем самым значение вещного права. Право собственности в обеспечительных целях оказывается «связанным» так, что на стороне залогодателя нельзя не признать определенные вещные правомочия (некоторые немецкие авторы, как мы видели, говорят о «квази-вещном» праве).

2. Комиссорная оговорка в современных европейских законодательствах

5. В нашу задачу не входит рассмотрение этих псевдообеспечительных форм, как и проблем европейской интеграции в области частного права. Важно отметить, что нередко эти проблемы, которые имеют вполне определенные исторические причины, воспринимаются с догматической точки зрения, а функциональные установки, связанные с давлением бизнес-сообщества и региональных (наднациональных) бюрократических структур, выдаются за современные тенденции развития классических правовых институтов. Представляется, что в целом метания, имитирующие подлинный поиск в правовой сфере, установки на отрицание традиционного залога связаны с процедурой его реализации, которая остается дорогостоящей и неэффективной. Нетвердость в вопросах догматики, чье заслуженное место в ряду вершин гуманитарного знания уже позабыто в связи с недостаточной проработкой исторической стороны вопроса, затрудняет concentra-

цию на технических и иных вторичных деталях, дезориентируя усилия по совершенствованию законодательно признанных форм. Надлежащее внимание к сфере реализации подменяется пропагандой неких всемогущих заменителей веками наработанных конструкций, которые основаны на научной и культурной традиции европейских обществ. Упрощенные и невежественные подходы получают незаслуженный ореол новизны.

6. С далеко идущими выводами из допущения приобретения залога кредитором в собственность во Франции и в России следует повременить уже потому, что запрет *lex commissoria* сохраняется в большинстве европейских стран: в Германии (§ 1149 (ипотека), 1229 (заклад) BGB), Австрии (предл. 2 § 1371 ABGB), Швейцарии (абз. 2 ст. 816 ZGB), Италии (ст. 2744 CC), Испании (ст. 1859 CC), Нидерландах (ст. 3-268(5) BW). Австрийский кодекс с 1811 г. относит такое соглашение к дополнительным условиям договора о залоге, которые противоречат его природе¹. Германский, швейцарский законы более сдержанны: они устанавливают, что удовлетворение кредитора достигается путем продажи залога (§ 1228(1) BGB²; ст. 816 (1¹) ZGB), но не путем приобретения права собственности

¹ § 1371

Alle der Natur des Pfand- und Darlehensvertrages entgegen stehende Bedingungen und Nebenverträge sind ungültig. Dahin gehören die Verabredungen: daß nach der Verfallzeit der Schuldforderung das Pfandstück dem Gläubiger zufalle; daß er es nach Willkühr, oder in einem schon in voraus bestimmten Preise veräußern, oder für sich behalten könne; daß der Schuldner das Pfand niemahls einlösen, oder ein liegendes Gut keinem Andern verschreiben, oder daß der Gläubiger nach der Verfallzeit die Veräußerung des Pfandes nicht verlangen dürfe.

§ 1371

Любые условия и дополнительные соглашения, противоречащие природе договора о залоге и договора займа, недействительны. Сюда относятся следующие оговорки: что после наступления момента истребования долга предмет залога отходит к кредитору; что кредитор отчуждает залог по своему усмотрению или по заранее определенной цене или может оставить его за собой; что должник не может освободить залог или отписать предмет залога никому другому или что кредитор после наступления момента истребования долга не может осуществить отчуждение залога.

² § 1228. Befriedigung durch Pfandverkauf

(1) Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf.

<...>

§ 1228. Удовлетворение путем продажи предмета залога

(1) Удовлетворение залогодержателя из стоимости залога осуществляется путем продажи.

<...>

на залог. Они объявляют соглашение сторон об этом ничтожным (§ 1229 BGB¹; ст. 816(1)², 894(4) ZGB³).

¹ § 1229. Verbot der Verfallvereinbarung

Eine vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig.

§ 1229. Запрет на соглашение о сроке платежа

Соглашение, заключенное до вступления в силу права на продажу залога, согласно которому залогодержателю в случае неудовлетворения или несвоевременного удовлетворения, должно перейти или должно быть перенесено право собственности на вещь, ничтожно.

Применительно к ипотеке § 1149 запрещает залогодателя предоставлять кредитору право требовать передачи участка в собственность или отчуждения участка, но только до наступления срока исполнения, что трактуется как допустимость соглашения о присвоении кредитором предмета залога с наступлением срока взыскания. Но и в этом случае кредитора ограничивает норма § 138, запрещающая кабальную сделку.

§ 1149 Unzulässige Befriedigungsabreden

Der Eigentümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken.

§ 1149. Недопустимые соглашения об удовлетворении

До наступления срока исполнения собственник не может предоставить кредитору право требовать в удовлетворение передачи права собственности на участок или осуществлять отчуждение участка иным способом, нежели путем принудительного обращения взыскания.

² Art. 816

VII. Befriedigung aus dem Pfande

<...>

¹² Die Abrede, wonach das Grundpfand dem Gläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, als Eigentum zufallen soll, ist ungültig.

<...>

Статья 816

VII. Удовлетворение за счет залога

<...>

Оговорка, в силу которой заложенный земельный участок должен перейти в собственность кредитору в случае неудовлетворения, ничтожна.

<...>

³ Art. 894

4. Verfallsvertrag

Jede Abrede, wonach die Pfandsache dem Gläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, als Eigentum zufallen soll, ist ungültig.

Статья 894

4. Договор с оговоркой о переходе права собственности

Любая оговорка, в силу которой заложенная вещь должна перейти в собственность кредитора в случае неудовлетворения, ничтожна.

Голландский кодекс (ст. 3-268) предусматривает лишь два способа обращения взыскания на имущество, обремененное ипотекой: публичная продажа уполномоченным нотариусом и частная продажа по решению окружного суда на основании обращения кредитора или залогодателя. Любой иной способ исключается независимо от воли сторон¹.

В итальянском Гражданском кодексе запрет ст. 2744 распространяется на комиссорную оговорку при залоге и ипотеке; ст. 1963 устанавливает запрет на оговорку при антихрезисе — залоге с правом кредитора извлекать плоды от вещи, направляя их на погашение долга (в Кодексе 1865 г. запрет касался только залога и антихрезиса; след этого запрета сохранился в особой ст. 1963 действующего Кодекса 1942 г.). Комиссорная оговорка запрещена и в том случае, если она сделана после заключения договора о залоге или ипотеке.

7. Основание этого запрета разнообразно трактуется в итальянской научной литературе: одни авторы говорят о необходимости защиты должника, который в случае, когда стоимость заложенного имущества превышает сумму долга, несет неоправданные потери²; другие — о необходимости исключить возможное давление на должника со стороны кредитора, способного угрожать должнику невыгодными последствиями утраты права собственности на заложенное имущество³. Бьянка видел в запрете попытку предупредить преобладание такой формы реальной гарантии, которая, будучи допущена, вытеснит все остальные, что приведет к негативным социальным последствиям⁴.

¹ Articul 268 [Boek 3]

<...>

5. De hypotheekhouder kan niet op andere wijze zijn verhaal op het verbonden goed uitoefenen. Een daartoe strekkend beding is neitig.

Статья 268 [Книга 3]

<...>

5. Ипотечный кредитор не может иным способом получить удовлетворение из заложенного имущества. Любое соглашение об обратном ничтожно.

² Rescigno G. Manuale di diritto privato italiano. Dott. Eugenio Jovene, 1977. P. 611; Luminoso F. La vendita con riscatto // Commentario al codice civile / A cura di P. Schlesinger. Giuffrè, 1987. P. 242 s.; Realmente A. Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi // Il Foro Italiano. 1989. Vol. I. P. 1440.

³ Martorano P. Cauzione e pegno irregolare // Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. 1960. Vol. 58. P. 115; Rubino A. La compravendita // Trattato di diritto civile e commerciale / A cura di A. Cicu, F. Messineo. Vol. XXIII. Giuffrè, 1971. P. 1027.

⁴ Bianca C.M. Divieto del patto commissorio. Giuffrè, 1957. P. 216 ss.

Наиболее адекватное объяснение видится в распространенном мнении, которое усматривает в запрете реализации принципа равенства кредиторов (*par condicio creditorum*), так как залоговый кредитор, имеющий право на приобретение заложенного имущества в собственность, получает удовлетворение, соответственно уменьшая конкурсную массу, т.е. в ущерб другим кредиторам¹. Это объяснение имеет смысл с экономической точки зрения, только если стоимость залога превышает сумму долга. В юридико-техническом смысле изъятие из конкурсной массы происходит и при реализации залога с торгов в обычном порядке. Подлинное нарушение прав других кредиторов следует усматривать в том, что залоговый кредитор, получивший в силу комиссорной оговорки право на упрощенное взыскание, практически не несет никаких рисков: его заем должнику представляет собой не временное уменьшение своего имущества в обмен на обязательство и ожидание возврата займа, а обмен, при котором увеличение конкурсной массы должника за счет заемных средств сопровождается пропорциональным (или даже избыточным) уменьшением имущества должника — пусть будущим, но неизбежным. Исполнение обязательства (уплата долга) при таком обеспечении представляет собой выкуп должником собственной вещи, которая хотя и не стала еще собственностью кредитора, но неминуемо попадет в его руки в случае неисполнения. Залог с комиссорной оговоркой по сути представляет собой куплю-продажу под отлагательным условием.

Это соображение подтверждается самым широким действием обсуждаемой статьи². Императивный запрет комиссорной оговорки ведет к недействительности купли-продажи с правом выкупа, предварительного договора купли-продажи, опционного соглашения, безотзывного поручения на безотчетное отчуждение, обеспечительного переноса права собственности, в том числе сделок РЕПО, финансового лизинга,

¹ *Andrioli G.* Divieto del patto commissorio // *Commentario al codice civile* / A cura di A. Scialoja, G. Branca, Artt. 2740–2899. Zanichelli, 1966. P. 53; *Stolfi G.* Promessa di vendita e patto commissorio // *Il Foro Padovano*. 1957. Vol. I. P. 767; *Barbier P.* La responsabilità patrimoniale *Commentario al codice civile* / A cura di P. Schlesinger. Giuffrè, 1991. P. 222 ss.; *Gazzoni P.* Manuale di diritto privato. Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. P. 1062.

² *Rubino A.* Op. cit. P. 1027–1028; *Canessa A.* Vendita con patto di riscatto e patto commissorio // *Giustizia civile*. Giuffrè, 1989. P. 2426–2427; *Anelli F.* L'alienazione in funzione di garanzia. Giuffrè, 1996. P. 11–45.

а также иных суррогатных способов обеспечения, развитых в немецком и в общем праве¹.

Кассационный суд Италии в Решении от 7 сентября 2009 г. № 19288 подтвердил определение Совместного заседания коллегий Кассационного суда (*Sezioni Unite*) от 3 июня 1983 г. № 3800, в котором проведено четкое разграничение купли-продажи под отменительным условием или с оговоркой об обратном выкупе и сходных сделок, заключаемых с целью гарантии обязательства, что представляет собой обход закона в смысле ст. 1344 ГК Италии:

«Купля-продажа с оговоркой об отмене или об обратном выкупе, даже если она предусматривает действительный перенос права собственности на имущество, ничтожна, если она заключена с целью установления гарантии (а не с целью обмена), в рамках которой уплата денежной суммы со стороны покупателя представляет собой не уплату покупной цены, но исполнение договора займа, а перенос права собственности на имущество служит лишь для создания положения временной гарантии, способного изменяться в зависимости от того, исполнит ли должник обязательство вернуть полученную сумму, ввиду того, что такая купля-продажа, поскольку отличается гарантийным основанием, свойственным займу с комиссорной оговоркой, а не основанием обмена, свойственным купле-продаже, хотя и не подпадает непосредственно под запрет комиссорной оговорки по ст. 2744 ГК Италии, представляет собой средство обхода этой императивной нормы и поэтому воплощает незаконное основание, что делает применимой ко всему договору санкции ст. 1344 ГК Италии»².

¹ См., например: *Mattiangeli A.* La Cassazione ancora sul divieto di patto commissorio // *Rivista del Notariato*. 2001. Fasc. 2. P. 459 («la vendita con patto di riscatto, in particolare, e le alienazioni in genere finalizzate a garantire un credito vantato dall'acquirente nel confronto dell'alienante; il mandato irrevocabile ad alienare senza obbligo di rendiconto; il patto di opzione; il contratto preliminare di compravendita; il riporto; il *sale and lease back*, in cui il negozio di finanziamento è un *leasing* finanziario»).

² Cass., sez. II, 7 settembre 2009, n. 19288: «La vendita con patto di riscatto o di retrovendita, anche quando sia previsto il trasferimento effettivo del bene, è nulla se stipulata per una causa di garanzia (piuttosto che per una causa di scambio) nell'ambito della quale il versamento del denaro, da parte del compratore, non costituisca pagamento del prezzo ma esecuzione di un mutuo ed il trasferimento del bene serva solo per costituire una posizione di garanzia provvisoria capace di evolversi a seconda che il debitore adempia o non l'obbligo di restituire le somme ricevute, atteso che la predetta vendita, in quanto caratterizzata dalla causa di garanzia propria del mutuo con patto commissorio, piuttosto che dalla causa di scambio propria della vendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio vietato dall'art. 2744 cod. civ., costituisce un mezzo per eludere tale norma imperativa ed esprime perciò una causa illecita che rende applicabile all'intero contratto la sanzione dell'art. 1344 cod. civ.».

3. Запрет *lex commissoria* при Константине Великом

8. Все европейские гражданские кодексы, объявляющие ничтожным условие договора о залоге (поставленное сразу или впоследствии) и нуллифицирующие самовольные распорядительные сделки залогодержателя, начиная с Прусского земского уложения (I, XX, 33) вдохновляются запретом *lex commissoria* эдиктом (указом) Константина 320 г. или 326 г.¹ Эдикт Константина объявляет подобную оговорку ничтожной на будущее и отменяет все уже заключенные с обратной силой².

CTh. 3.2.1 [= Brev. 3.2.1]:

Const. A. Ad populum.

Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim, re amissa, iubemus recipere, quod dederunt.

Dat. prid. kal. Febr. Serdic(ae), Constantino A. VII. et Constantio C. cons.

Константин Август к народу.

Поскольку среди прочих уловок особенно возросла жестокость комиссионной оговорки, решено лишить ее силы и навсегда упразднить о ней всякую память. Итак, если кто-либо заключит такой контракт, к нему относится эта санкция, которая отменяет вместе с прежними также и нынешние и запрещает будущие. Кредиторам же по утрате вещи приказываем получить обратно то, что они дали.

Дано за день до февральских календ (31 января) в Сердике в 7-е консульство Константина Августа и славного Констанция.

¹ Моммзен считает возможной любую из этих дат: "Pari iure referri potest ad a. 320 et ad a. 326" (см.: Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes / T. Mommsen, P.M. Meyer (eds.). Vol. I, p. 2. Weidmann, 1905. P. 131 (ad loc.)). Более поздняя датировка дана в Кодексе Юстиниана (C. 8.34.3, pr. – 1), где текст воспроизводится дословно. Однако указание на 7-е консульство Константина (326 г.) в Бревиарии и в Кодексе Юстиниана может быть ошибкой вместо 6-го консульства (320 г.), когда коллегой императора был не Констанций (как говорится в Кодексе Юстиниана), а Константин. Другие фрагменты из этого постановления, приведенные в Кодексе Феодосия, дают более раннюю датировку: CTh. 8.16.1 (320 Ian. 31) ("Dat. prid. kal. Feb. Serdicae, p(ro)p(osita) kal. April. Romae Constantino A. VI et Constantino C. cons."); CTh. 11.7.3 (320 Ian. 31) ("Dat. prid. kal. Febr. Serdic(ae), Constantino A. VI. et Constantio C. cons.")).

² Неясно, отменяет ли эдикт Константина, подобно законодательствам Нового времени, внешне-правовые следствия отчуждения залога кредитором третьему лицу (в тексте речь идет только об отмене права собственности самого кредитора). Этим вопросом задается уже Г. Дербург (Dernburg H. Das Pfandrecht. Bd. 2. Hirzel, 1864. S. 276).

По мнению Дернбурга¹, злоупотребления, о которых говорится в эдикте, были связаны с несоразмерностью стоимости залога и суммой долга, так что должник нес неоправданные потери (помимо штрафа за неисполнение). Это побуждало должников заключать новые займы накануне срока исполнения, что существенно удорожало кредит и вело к нарушениям ограничений, установленных против ростовщичества.

В том же эдикте содержались и другие положения, направленные на защиту должников от эксцессов принудительного взыскания (карцер, кандалы) (CTh. 11.7.3 de exactionibus), а также отмена санкций, установленных законом Юлия и Папия (lex Iulia et Papia Poppea de maritandis ordinibus) против холостяков.

Постановление Константина о запрете *lex commissoria* было воспринято Юстинианом и в неизменном виде включено в Кодекс 534 г.

C. 8.34.3.pr.—1:

Const. A. Ad pop.

Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri.

<a. 326 d. II k. Febr. Serdicae Constantino A. VII et Constantio C. cons.>

1. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.

Единственное отличие от текста Бревиария, сохранившего первоначальный текст эдикта Константина, в том, что в идиому “*lex commissoria*” здесь добавлено слово “*pignus*” («залог»): “*commissoriae <pignorum> legis*” («комиссионной оговорки о залогах»). В науке существует уверенность, что это слово добавлено именно юстиниановскими компиляторами².

Запрет звучит как введенный Константином, хотя в рамках Юстиниановой кодификации он не получает обратной силы, но лишь воспроизводит основания, указанные в эдикте 320 г.; тем самым запрет вводится именно на будущее и относится к попыткам реализации такой оговорки (пусть даже заключенной в прошлом). Дернбург обращает

¹ Dernburg H. Op. cit. S. 274.

² Ibid. S. 275; Frezza P. Le garanzie delle obbligazioni, II: Le garanzie reali. CEDAM, 1963. P. 226 (nt. 4).

внимание на то, что в структуре Кодекса Феодосия эдикт Константина следует сразу за изложением договора купли-продажи, при котором также возможна комиссионная оговорка (об уплате цены), хотя Константин говорит исключительно об обеспечении заемных обязательств. В рамках Юстиниановой кодификации запрет *lex commissoria* выступает как самостоятельная фигура, и комиссорная оговорка относится только к залогу.

В «Сентенциях» Павла такая оговорка еще обсуждается как действующий институт; Кодекс Феодосия, напротив, посвящает ей специальный титул «*De commissoria rescindenda*» («Об отмене комиссионной оговорки»). Эта негативная формулировка сохраняется и в Кодексе Юстиниана¹.

9. Появление в Кодексе Юстиниана специального указания на отмену комиссорной оговорки именно при залоге ставит вопрос о пределах действия и институциональных причинах запрета *lex commissoria* в эдикте Константина.

Запрет *lex commissoria* мог иметь самый общий характер и выступать, таким образом, выражением дальнейшего развития залогового права, означать окончательный переход к единому способу реализации залога — продаже на торгах. Такая трактовка предполагает, что прежде кредитор мог присвоить залог независимо от формы реальной гарантии. Однако в классическом римском праве *lex commissoria* для залога не засвидетельствована², и ни один известный текст, относящийся к фидуции, не упоминает эту оговорку. Римский фидуциарный залог традиционно реконструируется как обеспечительный перенос права собственности, однако, если запрет Константина относится именно к фидуции (или охватывает ее вместе с обычным залогом), ясно, что фидуциарный кредитор не становился собственником. Упрощенные представления о фидуции стимулируются древневосточными и эллинистическими формами³. Возможно, именно эллинистические

¹ Весь титул Кодекса Юстиниана (529 г.) 8.34 «*De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoris rescindenda*» содержит еще всего два постановления: Александра Севера 222 г. и Диоклетиана 293 г.

² Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. I. C.H. Beck, 1971. S. 470 (Anm. 5).

³ Rabel E. Nachgeformte Rechtsgeschäfte: Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injunctio und vom Pfandrecht // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1906. Bd. 27. S. 290–335; 1907. Bd. 28. S. 311–379; Idem. Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders. Von Veit, 1909; см. также: Schwarz A.B. Sicherungsüberei-

порядки, в зависимости от которых находятся поздние компиляции, такие как собственно «Сентенции» Павла, и вызвали отрицательную реакцию Константина. С другой стороны, конструкция залога в эпоху ранней постклассики могла испытать и влияние римской фидуции, когда строгое различие торжественных и неформальных сделок стало ослабевать. Запрет Константина мог восстанавливать и консервировать классический порядок, при котором кредитор не мог присваивать залог.

Вопрос тесно связан с гипотетическим «реальным» залогом, который якобы представлял собой наделение кредитора неким условным правом собственности, так что в случае неисполнения обязательства кредитор становился полным собственником вещи, но терял всякое право на взыскание недостачи (*reliquum*), как не было и речи о праве залогодателя на возмещение излишков выручки (*superfluum*), раз не было никакой продажи залога (иногда такой вид залога совершенно необоснованно именуют «чисто обеспечительным» залогом (*Bewahrungspfand*)).

В случае своевременного исполнения обязательства кредитор был обязан вернуть вещь должнику. В этом сказывался условный характер его права на вещь. Сомнительная сама по себе, такая конструкция предполагает также определенные права залогодателя на вещь, т.е. право собственности кредитора на залог обременялось неким вещным правом должника, которое отпадало при «реализации» (окончательном присвоении) залога (*Pfandverfall*).

Некоторые сторонники такой реконструкции исторического развития залогового права рассматривают особую оговорку при залоге, которая управомочивала кредитора на отчуждение (*pactum de vendendo*), как свидетельство о существовании прежней схемы, отмечающее переходный период от *Pfandverfall* — удовлетворения за счет (и только) самой вещи к реализации залога на торгах — удовлетворению из стоимости заложенной вещи¹. Такую реконструкцию

ningung und Zwangsvollstreckung in den Papyri // Aegyptus. Rivista Italiana di Egittologia e di Papirologia. 1937. Vol. 17. Fasc. 3. P. 241–272.

¹ Manigk A. Fiducia // RE. Bd. 6. Hbd. 12. J.B. Metzler'sche Buchhandlung. 1909. Sp. 2287 ff.; Rabel E. Grundzüge des römischen Privatrechts, in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft // J. Kohler (Hg.). 7. Aufl. Duncker & Humblot, 1915. Bd. I. S. 399–540; Idem. Real Securities in Roman Law. Reflections on a Recent Study by the Late Dean Wigmore // Seminar (Jurist). 1943. Vol. I. P. 32–47.

отвергают А. Бурдесе и П. Фрецца¹. Они отмечают, что гипотеза немецких ученых не подтверждается источниками. Когда наш древнейший информатор Марк Порций Катон приводит древнее правило, по которому все движимое имущество арендатора земельного участка (*invecta et illata* (ввезенное и внесенное)), по обычаю служившее обеспечением внесения арендной платы, отходило к собственнику-арендодателю (*domini esto*) в случае, если арендатор пытался вынести его с участка (*Cato. De agr.* 146.5), то речь шла о праве на захват залога (*pignoris capio*), хорошо засвидетельствованное уже в республиканскую эпоху (D. 13.7.30 (Alf.); 47.2.56; C. 8.13.3; *Cato. De agr.* 146.5; 149.7; 150.7)². Самые ранние юридические тексты предусматривают, что кредитор должен был реализовать залог на торгах (D. 47,10,15,32 (Сервий Сульпиций)).

10. По мнению итальянских ученых, *lex commissoria* применялась именно при фидуции, что прекращало доверительные личные (обязательственные) отношения между сторонами и снимало с фидуциарного кредитора прежние ограничения по распоряжению залогом, так что кредитор получал право собственности на залог именно в силу этой оговорки, сделанной при торжественном акте отчуждения — манципации (*lex mancipi*)³. Они опираются на рубрику в Дигестах Юстиниана (D. 18.3.2 sqq.) и «Сентенциях» Павла (*Paul. Sent.* 2.13.6), что указывает на традиционный институт. В этом отношении *lex commissoria* сближается по функции с *pactum de vendendo* (*Pomp.* 35 ad Sab. (D. 13.7.8.4)), который уполномочивал кредитора на отчуждение залога⁴. Если подлинное положение фидуциарного кредитора было

¹ Burdese A. *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*. Giappichelli, 1949. P. 37 ss.; Frezza P. *Op. cit.* P. 9 ss.

² Frezza P. I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio // Studi in onore di Emilio Betti. Vol. II. Giuffrè, 1962. P. 433 ss.; Wesener G. *Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht* // Festschrift Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag. H. Böhlau Nachfolger, 1958. S. 105 ff. Большинство немецких романистов усматривают здесь присвоение вещей арендатора собственником, несмотря на то что это могли бы быть и *res mancipi*, оборот которых требовал особых ритуальных форм (*Lubtow U. von. Catos leges venditioni et locationi dictae* // *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, III. Ossolineum, 1957. P. 310 sqq.; Kaser M. *Studien zum römischen Pfandrecht I* // *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. 1976. Vol. 44. P. 248). Критику позиции Фреццы см. также: Wagner H. *Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung*. N.G. Elwert, 1968. S. 63.

³ Burdese A. *Op. cit.* P. 10; Frezza P. *Le garanzie delle obbligazioni*, II: *Le garanzie reali*. P. 42.

⁴ Frezza P. *Le garanzie delle obbligazioni*, II: *Le garanzie reali*. P. 43, 225.

далеко от полной собственности, поскольку на стороне фидуцианта сохранялись существенные вещные правомочия, а сам он нуждался в специальном дозволении для реализации залога, то *lex commissoria* разрывала личную связь между сторонами (*fides*), утверждая кредитора в качестве полноправного хозяина вещи. Так, именно в материи фидуциарного залога Помпоний раскрывает нетехнический характер глагола “*pertinere*” («принадлежать»), когда личное и вещное строго юридически не различаются.

Pomp. 35 ad Sab. (D. 50.16.181): Verbum illud “*pertinere*” latissime patet: nam et eis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sint, et eis, quas iure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri dominii: pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint.

Помпоний в 35-й книге «Комментариев к Сабину»:

Этот глагол «принадлежать» применяется весьма широко: ведь он подходит и для указания на истребование тех вещей, которые относятся к нашей собственности, и тех, которыми мы владеем на каком-либо праве, хотя и они не относятся к нашей собственности; мы говорим, что нам принадлежат даже те вещи, которые еще не находятся ни в том, ни в другом положении, но только могут еще оказаться.

Изменение в правовом положении фидуциарного кредитора вследствие действия *lex commissoria* вполне сопоставимо с приобретением, а вся конструкция залога, который строится на ожидании кредитором права собственности на заложенную вещь, — с договором купли-продажи с условием выкупа, когда за продавцом до определенного срока сохраняется право отойти от купли. Такая конструкция ставит вопросы надлежащего учета стоимости вещи, средств защиты должника для возвращения излишков (*superfluum*) — если цена залога превышает сумму долга — и судьбы основного обязательства — если цена залога не покрывает сумму долга (*reliquum*). Однако прежде всего возникает проблема отменительного или отлагательного действия такой оговорки: если *lex commissoria* при фидуции лишь откладывает окончательный переход права собственности к кредитору, то с точки зрения должника-фидуцианта она позволяет отойти от сделки, ведущей к отчуждению, и отменить ее последствия. Изучение этого сюжета стимулируется тем, что поздние классики нередко обсуждают куплю-продажу с оговоркой о вступлении в силу по уплате цены (которая также называлась

“lex commissoria”) в контексте залоговых отношений (D. 18.1.81.pr.; 20.5.12.pr.; 20.1.16.9; Vat. 9).

4. *Lex commissoria* при договоре купли-продажи

11. Уже с республиканской эпохи при договоре купли-продажи получают распространение оговорки, которые ставят сделку в зависимость от уплаты цены (*lex commissoria*), поступления лучшего предложения (*in diem addictio*), одобрения качества товара покупателем (*pactum displicentiae*). Первоначально такие условия формулировались как отлагательные, т.е. в случае неуплаты цены до назначенного срока (если ограничиться в качестве примера комиссорной оговоркой), купля-продажа просто не вступала в силу. Такое условие звучало: “*Si pecunia intra diem certum soluta erit, res empti fiat*” («Если цена будет уплачена до определенного срока, вещь станет купленной»). В этом случае даже досрочная передача товара покупателю не влекла юридических следствий, оставаясь чисто фактическим событием. В отсутствие титула (*iusta causa*) купли-продажи покупатель становился беститульным владельцем, не получал права собственности (и даже не приобретал вещь по давности), не получал права на плоды (но и не нес риска действия непреодолимой силы) и защиты от кражи. Столь же рано засвидетельствована и другая формулировка: “*Si pecunia intra diem certum solute non erit, res inempta fiat*” («Если цена не будет уплачена до назначенного срока, вещь станет некупленной»). Такой оборот предполагает, что договор купли вступает в силу сразу, но отменяется с наступлением указанного события — неуплаты цены в срок, т.е. представляет собой отменительное условие.

Крупнейший специалист по теории сделки в римском праве Вернер Флуме показал, что римские юристы считали обусловленной сам юридический акт (сделку), а не его эффект (обязательство), что, по его мнению, исключало конструкцию отменительного условия¹. Более взвешенной представляется позиция других авторитетных авторов, которые считают известным римским юристам и отлагательное, и отменительное условия,

¹ *Flume W.* Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1975. Bd. 92. S. 68 ff.; *Idem.* Die Aufhebungsabreden beim Kauf – *lex commissoria*, *in diem addictio* und sogenanntes *pactum displicentiae* – und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker // Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag. C.H. Beck, 1976. S. 309 ff.

связывая развитие договорной теории с именем Юлиана (II в.). Действительно, можно проследить, что конструкция отменительного условия не сразу получает признание и еще в I в. н.э. оговорка, построенная как отменительная («пусть вещь станет некупленной»), трактуется как отлагательное условие.

Paul. 54 ad ed. (D. 41.4.2.3–4): Павел в 54-й книге «Комментариев к эдикту»: 3. Sabinus, si sic empta sit, ut,

nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur quam implebitur.

4. Si in diem addictio facta sit, id est nisi si quis meliorem condicionem attulerit, perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere Iulianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est.

Сабин [пишет], что если вещь была куплена так, чтобы если в назначенный срок деньги не будут уплачены, то вещь считалась некупленной, ее нельзя приобретать по давности, если деньги не уплачены. Но посмотрим, условие это или соглашение: если соглашение, то скорее сделка отменяется, чем не вступает в силу.

Если сделана оговорка о лучшем предложении, т.е. если кто-либо предложит лучшие условия, Юлиан полагал, что купля совершена, плоды принадлежат покупателю и течет приобретательная давность; другие же — что и такая купля заключена под условием; он же говорил, что под условие поставлено не заключение, но расторжение, — и это мнение правильное.

Сабин, как видим, не знает конструкции отменительного условия: даже если оговорка сформулирована как отменительная (*ut res inempta fieret*), он рассматривает сделку как совершенную под отлагательным условием. Это учение удержалось на протяжении всей истории сабинианской школы. Положение меняется только с Юлианом (II в.), который считает куплю-продажу с такой оговоркой действительной, так что с передачей вещи покупатель становится собственником (или начинает приобретать вещь по давности — если продавец несобственник или товар относится к категории *res mancipi*, когда простой передачи для переноса

¹ *Talamanca M.* Istituzioni di diritto romano. Giuffrè, 1990. P. 249 ss., 260 s.; 592; *Zimmermann R.* The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford University Press, 1996. P. 530–531.

права собственности недостаточно), получает право на плоды и несет риск случайной гибели вещи¹. Конструкция отменительного условия предполагает более высокий уровень абстракции и развития теоретической мысли. Показательно, что в прокулианской школе эта конструкция вызывала меньше препятствий и была усвоена довольно рано. Юристы конца I в. н.э. могли детально обсуждать возможные последствия отмены сделки и продуктивно дискутировать о подходящих средствах защиты, успешно решая свои основные профессиональные задачи.

Ulp. 32 ad ed. (D. 18.3.4.1): Ульпиан в 32-й книге «Комментариев к эдикту»: *Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit: igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit.* Но то, что говорит Нераций разумно, чтобы плоды, собранные за то время, доставались покупателю, раз он утратил цену, которую уплатил; следовательно, мнение Нерация, вполне гуманное, применяется тогда, когда покупатель заплатил какую-либо часть цены.

Глава прокулианской школы конца I в. Нераций Приск признает куплю действительной до уплаты цены, очевидно, придавая оговорке отменительное действие. Однако здесь видны еще ограничения в трактовке условия как отменительного, а сделки до наступления такого условия — как безусловно действительной (*negotium purum*). Текст самого Нерация, помещенный юстиниановскими компиляторами непосредственно рядом с приведенным фрагментом Ульпиана, где обсуждается мнение Нерация, показывает, как далеко зашла проработка этой конструкции у юристов, принадлежавших к прокулианской школе и с нею тесно связанных (как Аристон).

¹ См. также следующий текст, где именно с Юлианом связывается признание отменительной формулировки *lex commissoria* и соответствующей действительности купли-продажи.

Ulp. 28 ad Sab. (D. 18.2.2.1):

Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, Iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit.

Ульпиан в 28-й книге «Комментариев к Сабину»:

Когда же продажа в соответствии с тем различением, которое мы провели, безусловная, Юлиан пишет, что тот, кто купил с оговоркой о поступлении лучшего предложения, может и приобретать по давности, и обращаться в свою пользу плоды и приращения, и если вещь погибнет, риск относится к нему.

Ner. 5 membr. (D. 18.3.5):

Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet: sed si fundus revenisset, Aristo existimabat venditori de his iudicium in emptorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.

Нераций в 5-й книге «Пергаментов»:

Когда при продаже участка была сделана оговорка, чтобы, если до определенного срока цена уплачена не будет, вещь не считалась купленной, то в отношении плодов, которые тем временем получил покупатель, следует считать, что оговорка производит то действие, что покупатель по праву присваивает тем временем плоды; но если бы он отказался от покупки участка, Аристон считал, что продавцу следует дать иск о плодах против покупателя, так как у него не должно было по праву оставаться ничего от той сделки, в отношении которой он нарушил оказанное доверие.

Возражение плодов подается как восстановление справедливости, которая была бы нарушена при строго юридической квалификации прав сторон: покупатель, как собственник, оставлял бы полученные плоды за собой, даже если он намеренно не уплатил цену и нарушил договор, который предусматривал взаимные обязанности сторон. Итак, Сабин игнорирует отменительную формулировку оговорки и рассматривает ее в любом случае как отлагательную, тогда как прокулианцы внимательны к содержанию договора и не испытывают трудностей в допущении последующей отмены сделки. Соответственно, два текста Ульпиана из «Комментариев к Сабину» следует относить к авторству северовского юриста, а не считать их цитатами из “*Ius civile*” основателя сабинианской школы.

Ulp. 28 ad Sab. (D. 18.1.3.pr.):

Si res ita distracta sit, ut si displicisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione.

Ульпиан в 28-й книге «Комментариев к Сабину»:

Если вещь отчуждена так, что, если бы она не понравилась, она считалась бы некупленной, установлено, что она не под условием отчуждена, но купля расторгается под условием.

Ulp. 28 ad Sab. (D. 18.3.1):

Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur.

Ульпиан в 28-й книге «Комментариев к Сабину»:

Если он продаст участок с оговоркой об уплате цены, скорее считается, что купля расторгается под условием, нежели заключена под условием.

5. *Lex commissoria* при фидуциарном залоге

12. Ульпиан возвращается к теме *lex commissoria* при трактовке фидуциарного залога, которой посвящена 30-я книга его «Комментариев к эдикту».

<i>Ulp. 30 ad ed. (D. 18.3.3):</i> Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus.	Ульпиан в 30-й книге «Комментариев к эдикту»: Ведь комиссорная оговорка, которая добавляется при договорах купли-продажи, будет действовать, только если этого захочет продавец, а не вопреки его воле.
--	---

Ульпиан обращает внимание на то, что отменительное условие при купле получает ход только по воле продавца: не получив цену, продавец может считать сделку расторгнутой, а может по-прежнему настаивать на уплате цены и возмещении убытков. Уже О. Ленель считал, что ссылка на *lex commissoria* при купле-продаже в данном тексте связана с трактовкой фидуциарного залога, которому была посвящена эта книга комментария Ульпиана¹. Встает задача выявить ту особенность фидуциарного залога, которая заставила классика обратиться к параллели с куплей-продажей. Следующий текст Помпония проясняет, с чем это связано.

<i>Pomp. 35 ad Sab. (D. 18.3.2):</i> Cum venditor fundi in lege ita caverit: "si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit", ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.	Помпоний в 35-й книге «Комментариев к эдикту»: Когда продавец участка сделает такую оговорку: «Если до определенного срока деньги не будут уплачены, пусть участок считается некупленным», — участок считается некупленным в том случае, если продавец захочет, чтобы он был некупленным, так как это предусматривается в интересах продавца: ведь если это трактовать иначе, то если вилла сгорит, окажется во власти покупателя сделать так, чтобы из-за неуплаты денег считался некупленным участок, который был на его риске.
---	---

¹ См.: Lenel O. Palingenesia iuris civilis. Vol. II. P. 619 (nt. 4).

Обязательственный договор купли-продажи переводит вещь на риск покупателя еще до передачи товара (*periculum est emptoris*): ухудшение или гибель вещи в результате действия непреодолимой силы не освобождает покупателя от обязательства заплатить покупную цену. В том же случае, если само существование обязательства зависит от уплаты цены и таким образом поставлено в зависимость от действий покупателя, возникает несправедливая ситуация, которая может привести к нарушению указанного принципа: покупатель в случае ухудшения или гибели вещи мог бы отменить куплю, просто не заплатив цену. Отсюда (от противного) следует, что уплата цены даже при наличии комиссорной оговорки при купле-продаже не отдана на произвольное усмотрение покупателя, но остается в зависимости от воли продавца. Продавец по договору купли-продажи с *lex commissoria* в случае неуплаты цены может по своему выбору либо считать договор расторгнутым и обязательства из него прекращенными, либо считать его действующим и добиваться исполнения соответствующего обязательства от покупателя¹.

35-я книга «Комментариев к эдикту» Помпония (который служил основным источником и для комментария Ульпиана) также относится к материи фидуциарного залога. До нас дошел и другой фрагмент из этой книги, прямо посвященный фидуции, который Ленель² соединяет в один текст с уже приведенным (fr. 797: *Pomp. 35 ad Sab. (D. 13.7.6.pr.) + D. 18.3.2*). Текст этого фрагмента следующий.

<i>Pomp. 35 ad Sab. (D. 13.7.6.pr.):</i> <i>Quamvis convenerit, ut fundum</i> <i>[pigneraticium] <fiduciarium></i> <i>tibi vendere liceret, nihilo magis</i> <i>cogendus es vendere, licet</i> <i>solvendo non sit is qui [pignus]</i> <i><fiduciam> dederit, quia tua</i> <i>causa id caveatur. sed Atilicinus</i>	Помпоний в 35-й книге «Комментариев к Сабину»: Хотя и было заключено соглашение, что тебе дозволено продавать имение, данное в фидуциарный залог, тебя все же нельзя принудить совершить продажу, даже если тот, кто дал имение в фидуциарный залог, неплатежеспособен,
--	--

¹ И наоборот: если продавец предпочел добиваться уплаты цены, считается, что он тем самым отказался от отмены купле-продажи. См.:

C. 4, 54, 4 Alex. A. Claudio Iuliano et Proculiano

Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit. <>

Не может ссылаться на оговорку об уплате цены тот, кто после истечения срока уплаты цены предпочел не истребовать товар, а добиваться начисления процентов на цену.

² Lenel O. Op. cit. P. 147.

ex causa cogendum creditorem так как это предусмотрено в твоих интересах. Однако Атилицин говорит, что esse ad vendendum dicit: quid в некоторых обстоятельствах кредитора enim si multo minus sit quod следует принудить к продаже: ведь что, debeat et hodie pluris venire если оно стоит намного меньше, чем possit [pignus] <fiducia> quam сумма долга, и сегодня его можно продать postea?⊃>1 дороже, чем потом?

Единство тематики всего фрагмента определяется анализом интереса сторон, заключенного в оговорке о продаже залога кредитором (pactum de vendendo) при фидуции и в оговорке об уплате цены (lex commissoria) при купле-продаже. Однако купля-продажа фидуциарного залога заключается с третьим лицом, а не между сторонами фидуциарного отношения, так что сближение двух ситуаций — фидуциарного залога с оговоркой о праве продажи и купли-продажи с оговоркой об отмене при неуплате цены — не устанавливает никакой параллели между договором купли-продажи и фидуциарным залогом. Текст вообще не говорит о *lex commissoria* при фидуции, а обсуждает *pactum de vendendo*.

Оговорка о праве кредитора отчуждать залог представлена во всех дошедших до нас документах практики — и в помпеянской дощечке 61 г. н.э.² (mancipatio Pompeiana) и в *formula Baetica*³ I—II вв., где текст дошел в лучшем состоянии: “si pecunia... data soluta non esset, tum eum fundum eaque mancipia... L. Titius h(eres)ve eius vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti venderet...” («если долг не будет уплачен, тогда пусть это имение и этих рабов... Л. Тиций [залогодержатель] или его наследник, что захочет, где и когда захочет, продаст за наличные...»). Понятно, что такое условие фидуциарной сделки предполагает, что кредитор не получает вещь в полную собственность: собственник не нуждается в специальном дозволении, чтобы продать свою вещь. Напротив, никаких следов соглашения о том, чтобы фидуциарный залогодержатель мог оставить залог за собой, не существует.

¹ Далее следует юстиниановская интерполяция: [melius autem est dici eum, qui dederit pignus, posse vendere et accepta pecunia solvere id quod debeat, ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam, si mobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda. invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est. — Trib. Gradenwitz, 22; Lenel, II, 147].

² Fontes iuris romani antejustiniani. Pars 3. Negotia / V. Arangio-Ruiz (ed.). Barbèra, 1943. Spec. n. 91.

³ Fontes iuris romani antejustiniani. Pars 3. Negotia / V. Arangio-Ruiz (ed.). Spec. n. 92.

13. В «Сентенциях» Павла под рубрикой “De lege commissoria” представлена цепочка текстов, исключающих при фидуциарном договоре комиссорную оговорку в традиционном смысле.

Paul. Sent. 2.13.3:

Debitor creditori vendere fiduciam non potest: sed alii si velit vendere potest, ita ut ex pretio eiusdem pecuniam offerat creditori, atque ita remancipatam sibi rem emptori praestet.

Павел в «Сентенциях»:

Должник не может продавать фидуциарный залог кредитору, но другому лицу, если захочет, может продать, так чтобы то, что он выручит из его продажной цены, он отдал бы кредитору, а вещь, полученную обратно по манципации, выдал бы покупателю.

Paul. Sent. 2.13.4:

Si per suppositam personam creditor pignus suum invito debitore comparaverit, emptio non videtur et ideo quandoque lui potest: ex hoc enim causa pignoris vel fiduciae finiri non potest.

Павел в «Сентенциях»:

Если кредитор купит заложенную вещь через подставное лицо вопреки воле должника, купля не признается, и поэтому она не освобождает залог: ведь на основании такой сделки залог или фидуция прекратиться не могут.

Paul. Sent. 2.13.5:

Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore creditor denunciare ei sollemniter potest et distrahere: nec enim in tali conventionem fiduciae actio nasci potest.

Павел в «Сентенциях»:

Если должник и кредитор пришли к соглашению, чтобы кредитор не мог продавать фидуциарный залог, то в случае неисполнительности должника кредитор может сделать ему официальное напоминание и произвести отчуждение: ведь из такого соглашения не может возникнуть фидуциарный иск.

В последнем фрагменте речь идет о том, что кредитор отвечает по фидуциарному иску за нарушение условий договора, в том числе подразумеваемых, но условия, предусмотренные в дополнительных соглашениях сторон, не входят в действие этого иска. Исключив право кредитора отчуждать заложенную вещь, должник отнюдь не добился того, что лишил кредитора права это делать. Возможность отчуждения вещи в случае неисполнительности должника входит в саму конструкцию фидуциарного залога и не может быть отменена дополнительным соглашением сторон (*conventio*). Это положение подтверждается и дру-

гими свидетельствами (D. 13.7.4; D. 13.7.8.4). В то же время должник, несмотря на фидуциарную манципацию, все еще может продавать залог, хотя для отчуждения вещи нужно, чтобы кредитор манципировал ему вещь обратно (*Paul. Sent.* 2.13.3). Особенно показателен фрагмент *Paul. Sent.* 2.13.4, который объединяет режим залога и фидуции (*causa pignoris vel fiduciae*) по одному основанию: если при продаже залога кредитор, действуя через подставное лицо, станет его собственником, залоговое отношение не прекращается.

Ключевыми здесь выступают слова о том, что это происходит вопреки воле должника (*invito debitore*). Следует принять во внимание такой текст конца II в.

Scaev. L.s. quaest. publ. tract. (D. 44.3.14.5):

Item si mihi pignori dederis et convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere idque vendiderim, emptori accessio tui temporis dari debebit, licet invito te pignora distracta sint: iam enim illo in tempore, quo contrahebas, videri concessisse venditioni, si pecuniam non intulisses.

Сцевола в единственной книге «Публично обсуждаемых вопросов»:

Также если ты дашь мне залог и мы придем к соглашению, что если ты не уплатишь долг, мне дозволено на основании соглашения продать залог, и я его продам, то покупателю надо будет добавить то время, в течение которого ты осуществлял приобретение по давности, даже если залог отчужден вопреки твоей воле: ведь считается, что уже в то время, когда ты заключал соглашение, ты согласился на продажу, если сам не внесешь должную сумму.

Здесь также приводится гипотеза, когда залог отчуждается вопреки воле должника («*licet invito te pignora distracta sint*»). Воля должника существенна для перехода права собственности к покупателю залога. Считается, что залог отчуждается на основании волеизъявления залогодателя, выраженного в *pactum de vendendo* при установлении залога¹. В цитированном фрагменте *Paul. Sent.* 2.13.5 стороны, напротив, заключили соглашение о том, чтобы кредитору не дозволялось отчуждать залог. Тем не менее залог отчужден. Юрист заключает, что вопреки

¹ Ср.: *Gai.* 2.64 («quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur» («отчуждение залога совершается по воле должника, который еще прежде заключил соглашение, чтобы кредитор имел право продать залог, если долг не будет уплачен»)).

воле должника вещь не могла поступить в собственность покупателя, так что залоговые отношения не могли прекратиться.

Соблазн видеть в словах "*invito debitore*" указание на допустимость соглашения о том, чтобы кредитор получил залог в собственность (собственно *lex commissoria*), оказывается необоснованным: речь в тексте идет о неправомотности отчуждения, а не о возможности кредитора стать собственником, пусть и через подставное лицо. Итак, право на отчуждение (*ius pignoris distrahendi*) может подразумеваться (что применительно к фидуциарному залогy вполне естественно), но при выраженном запрете отчуждение вопреки воле должника состояться не может.

14. Если воля должника играет при отчуждении залога (в том числе фидуциарного) ключевую роль¹, то почему бы сторонам не договориться о том, что заложенная вещь поступит в собственность самого кредитора? Именно так ставит вопрос Папиниан и дает на него положительный ответ. Решение получило статус императорского рескрипта, изданного в то время, когда Папиниан возглавлял императорскую канцелярию — высшую судебную инстанцию. Оно засвидетельствовано несколькими текстами.

Marcian. L. sing. ad form. hyp. (D. 20.1.16.9):

Potest ita fieri pignoris datio hypothecaevae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Tryph. 8 disp. (D. 20.5.12.pr.):

Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.

Марциан в единственной книге «Комментариев к формуле ипотечного иска»: Залог или ипотеку можно установить таким образом, чтобы [кредитор] в том случае, если до определенного срока деньги не будут уплачены, владел на правах покупателя вещью, которая тогда должна быть подвергнута справедливой оценке: ведь в этом случае считается, что это своего рода условная продажа. Так объявили в рескрипте божественный Север и Антонин.

Трифонин в 8-й книге «Обсуждений»:

В то время, когда Папиниан возглавлял канцелярию по подготовке решений по апелляциям, императором был дан рескрипт, что кредитор может купить залог у должника, так как он остается в собственности должника.

¹ См.: Frezza P. Le garanzie delle obbligazioni, II: Le garanzie reali. P. 225.

Pap. 3 resp. (Wat. 9):

Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.

Папиниан в 3-й книге «Ответов»:

Кредитор правомерно покупает залог у должника, будь такое соглашение сделано при заключении контракта или позже; не считается, что здесь продажа за неопределенную цену, если стороны пришли к соглашению, чтобы в случае неуплаты денег, взятых взаймы под проценты, кредитор оставил за собой залог в собственность по праву купли, раз количество капитальной части и процентов на указанный момент уплаты заемных денег является определенным.

Соглашение, которое преобразует договор о залоге в куплю-продажу, Марциан именуется «условной куплей» (“quodammodo condicionalis venditio”). Сам Папиниан (текст которого дошел до нас вне Юстинианова собрания) не прибегает к метафоре, а прямо говорит о купле-продаже залога должником кредитору. Более того, если Марциан требует справедливой оценки (“rem iusto pretio tunc aestimandam”), то Папиниан лишь утверждает определенность цены как существенного условия купли-продажи. Бурдесе ставит текст Марциана в зависимость от позднейшего взгляда, который уподоблял приобретение вещи кредитором замене исполнения (in solutum): именно так трактуют ситуацию авторы рескриптов Диоклетиана (С. 8.13.13; 4.51.4). Замена исполнения при Юстиниане была подчинена требованию справедливой оценки (Nov. 120.6.2)¹, что дает серьезные подозрения в интерполяции. Тем самым, концепция условной продажи относится ко времени после Константина как попытка обойти запрет *lex commissoria*.

Представляется, что прямая ссылка на рескрипт Септимия Севера и Каракаллы, которую делает Марциан, исключает интерполяцию. Тексты Марциана и Папиниана не противоречат друг другу: вдохновитель рескрипта (о чем свидетельствует Трифонин) сосредоточил внимание на определенности цены, комментатор (Марциан) — на ее справедливости. Оба юриста употребляют выражение «по праву покупателя» (“iure emptoris” — у Марциана, “iure empti” — у Папиниана). Купля вступает в силу с наступлением срока платежа (dies solvendae

¹ Burdese A. Op. cit. P. 121.

rescuniae), который может и не наступить, и поэтому является условной¹. Это не реакция на запрет Константина, а юридически точная квалификация соглашения. Объективно это *lex commissoria*; условие (не)уплаты денег признано сторонами фактом, который определяет вступление в силу купли-продажи, что меняет основание владения кредитора (*iusta causa possessionis*). Никакой уловки в целях обхода запрета здесь нет, потому что такое соглашение представляло бы собой открытое нарушение запрета, если бы он уже существовал в ту эпоху. Текст относится к самому концу II — началу III в.

Важно отметить, что купля-продажа здесь имеет классическое обязательственное действие. Получение кредитором права собственности на залог "*iure empti*" возможно потому, что владение уже передано кредитору, так что вступление купли-продажи в силу меняет основание его владения на *pro emptore*. Папиниан приравнивает *lex commissoria* к договору купли-продажи, не усматривая разницы между дополнительным соглашением (*pactum*) к договору о залоге (который юрист именует контрактом) и самостоятельным договором купли-продажи (*pactum adiectum ex intervallo, postea factum* получает значение самостоятельной сделки с гражданским эффектом — *ex parte actoris*).

15. Новое основание — купля-продажа — прекращает залоговое отношение новацией. Именно это обстоятельство обостряет вопрос

¹ Ср. пример условной продажи залога должником в пользу поручителя. Залог прекращается с прекращением основного обязательства (уплата долга поручителем).

Scaev. 7 dig. (D. 18.1.81.pr.):

Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fideiussorem Lucium, cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum: quod si id non fecerit die supra scripta et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia emptae esse, quae creditoribus obligaverat. quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, emptae haberet supra scripta praedia. respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut emptae habeat, sub condicione emptio facta est et contractam esse obligationem.

Сцевола в 7-й книге «Дигест»:

Когда Тиций брал займы столько-то золотых под проценты, он дал в залог или ипотеку земельные участки и поручителя Луция, которому он дал обещание, что он в течение трех ближайших лет освободит его от обязательства, а если он этого не сделает в указанный выше срок и поручитель заплатит долг кредитору, то чтобы участки, которые он заложил кредиторам, стали купленными. Спрашиваю, если Тиций не освободил поручителя Луция, то, если Луций уплатит долг кредитору, будут ли вышеуказанные участки им куплены? Ответил: если условие относилось не к тому, чтобы участки были заложены, но к тому, чтобы они стали купленными поручителем (если Луций рассматривает участки не как заложённые, а как купленные), то купля заключена под условием, и [под условием] заключено обязательство.

о защите должника. Дело в том, что его иск о залоге (*actio pignoratitia in personam*), который бы позволял взыскать с кредитора уже выплаченные суммы (неполное исполнение не создает препятствий для реализации залога), отменяется с прекращением залогового обязательства кредитора. Следующий текст, в котором залог также именуется "*contractus*", хорошо иллюстрирует проблему.

Ulp. 30 ad ed. (D. 13.7.24.pr.): Ульпиан в 30-й книге «Комментариев Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut [pignus] <fiduciam> possideret, [idque] <aeque> evict[um]<a> esset, an habeat [contrariam pignoratitiam] <contrarium fiduciae iudicium>. Et videtur finita est [pignoris] <fiduciae> obligatio et a contractu recessum. [immo utilis ex empto accommodata est quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pignoratitia vel ex alia causa cum eo agetur. — itp.] к эдикту»: Мне задали тонкий вопрос: если кредитор будет введен императором во владение фидуциарным залогом, а вещь будет изъята по суду, то получит ли он встречный иск против фидуциарного залогодателя? И считается, что фидуциарное обязательство прекратилось и стороны отошли от договора. [Все же следует дать иск по аналогии с иском из купли, будто вещь была дана ему как замена исполнения, чтобы удовлетворить его в полной сумме долга или в объеме положительного интереса, так что кредитор сможет произвести зачет, если, например, против него будет подан иск о залоге или на другом основании.]

Текст первоначально относился к фидуции. Здесь кредитор обратился к императору с просьбой утвердить его в праве собственности на залог (*impetratio possessionis*). Такой акт также прекращает залоговое отношение между сторонами ("*finita est fiduciae obligatio et a contractu recessum*"). Встает вопрос о возможной защите кредитора, если выяснится, что вещь не принадлежала должнику. Заключительная часть текста интерполирована: упоминается иск о залоге (и желательный при этом иске зачет), в котором уже было отказано; говорится о знакомом нам позднейшем уподоблении присвоения кредитором залога замене исполнения; наконец, предлагается иск по аналогии с иском из купли¹. Какое решение предлагал Ульпиан в оригинальном тексте, догадаться

¹ Уже Креллер (*Kreller H. Formula fiduciae und Pfändedikt // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1942. Bd. 62. S. 203 (Anm. 234)*).

нетрудно: стороны не оставались без защиты. По аналогии с представленным выше решением Аристона (*Ner.* 5 membr. (D. 18.3.5)) и суждением основателей прокулианской школы Лабейона и Нервы (D. 18.2.14.1) кредитор должен получить именно иск из фидуциарного договора (*actio fiduciae contraria*), о котором спрашивает, несмотря на то что договор прекратился¹. В этом убеждает такое суждение Ульпиана.

<i>Ulp.</i> 32 ad ed. (D. 18.3.4.pr.): <i>Si fundus lege commissoria venierit, hoc est ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret, videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his, quae ex fundo percepta sint, itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris. et quidem finita est emptio: sed iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi declaratur.</i>	Ульпиан в 32-й книге «Комментариев к эдикту»: Если имение продается с условием уплаты цены, т.е. чтобы, если в течение определенного срока цена не будет выплачена, купля бы отменялась, посмотрим, каким образом продавец будет судиться как об имении, так и о плодах, полученных от имения, а также если имение испорчено в результате действий покупателя. Итак, договор купли расторгнут; но вопрос уже решен, что ему следует иск из продажи, как объявляется в рескриптах императора Антонина и божественного Севера.
--	--

Вопрос поставлен в тех же выражениях: договор расторгнут, но иск тем не менее предоставляется. Существенно, что решение принято в ту же эпоху — в правление Каракаллы (уже после смерти Септимия Севера в 211 г., названного поэтому в тексте «божественным»). Известно, что в случае отчуждения фидуциарного залога Ульпиан давал кредитору иск из фидуции для взыскания ответственности в рамках фидуциарного отношения.

<i>Ulp.</i> 30 ad ed. (D. 13.7.22.3): <i>Si post distract[um] <am> [pignus] <fiduciam> debitor, qui precario rogavit vel conduxit [pignus] <res fiduciae data>, possessionem non restituat, contrario <fiduciae> iudicio tenetur.</i>	Ульпиан в 30-й книге «Комментариев к эдикту»: Если после отчуждения фидуциарного залога должник, который испросил заложенную вещь в прекарий или арендовал, не выдает владение, он отвечает по встречному иску из фидуциарного договора.
---	--

¹ Возможно, в качестве альтернативы Ульпиан предлагал иск по аналогии с иском из купли (*actio empti utilis*), так что эта часть текста пусть искаженно, но воспроизводит подлинное суждение римского классика.

Таким образом, несмотря на прекращение залоговых отношений с отчуждением или с присвоением залога (в качестве покупателя), кредитор сохраняет защиту. То же самое следует считать и в отношении должника. Ему, несомненно, предоставляется право вернуть уплаченные суммы, так же как и взыскать излишек после отчуждения залога (*Pomp. 35 ad Sab. (D. 13.7.6.1)* (текст относится к фидуции)). Иск из фидуциарного договора сохраняется. Продажа как отменительное условие фидуциарного договора не нарушает права сторон.

6. *Lex commissoria* при залоге ведет к смешению договорных типов

16. Вопрос обостряется, если рассматривать как условную куплю-продажу именно обыкновенный залог с комиссорной оговоркой. Условие будет отлагательным. Как всякое отлагательное условие, оно «подвешивает» эффект сделки (в данном случае — обязательства договора купли-продажи), а не вещный эффект передачи, как при сохранении права собственности за продавцом до полной оплаты товара. Этот момент следует особо подчеркнуть: стороны такого залогового отношения не находятся в обязательственном отношении по залому в ожидании возможного перехода права собственности к залогодержателю. Залога нет вовсе: его эффект отложен условием. Если же рассматривать такой залоговый договор как условную куплю-продажу, то в подвешенном состоянии находится обязательство из договора купли-продажи, так что до выявления факта неуплаты долга в назначенный срок (содержания условия) у сторон нет обязательств и нет соответствующей исковой защиты. В области купли-продажи такое положение легко исправить, применив конструкцию отменительного условия; тогда не только право собственности перейдет к покупателю сразу в момент передачи, но и возникнут обычные обязательственные следствия договора, так что покупатель в случае наступления отменительного условия будет нести ответственность перед продавцом и за небрежное отношение к вещи, и за недополученные плоды и доходы и пр. При условной же купле-продаже (под отлагательным условием) до наступления условия передача доставляет «покупателю» (залогодержателю) лишь фактическое владение (титула еще нет) и не создает на его стороне никаких значимых обязанностей, которые бы пользовались исковой защитой на стороне «продавца» (залогодателя).

Добавим к этому, что действие комиссорной оговорки, доставляя «покупателю» (залогодержателю) право собственности, исчерпывает и само залоговое отношение, которое, таким образом, погибает, так и не возникнув. Это обстоятельство ведет к тому, что у должника не возникает права на взыскание излишка (*superfluum*); точнее сказать, здесь не возникает и не может возникнуть никакого излишка, так как кредитор не выставляет предмет залога на торги, но просто присваивает его, что прекращает и основное обязательство.

17. Отсюда традиция уподоблять присвоение кредитором залога вследствие действия *lex commissoria* замене исполнения (*datio in solutum*): кредитор как бы соглашается получить взамен уплаты долга другую ценность, предложенную должником. В этом случае вопрос об адекватности оценки решается самими сторонами, так что превалирующее положение кредитора реализуется в его пользу, нарушая эквивалентность предоставлений¹. Именно об этой несправедливости, подверженности такой формы обеспечения злоупотреблениям и эксцессам и говорится в эдикте Константина, запрещающем *lex commissoria* при залоге. Искоренение несправедливости оправдывает и обратную силу, которая была придана запрету 320 г.²

Доклад консалтинговой группы “London Economics” 2012 г., размещенный на сайте Еврокомиссии³, под вывеской «защиты потребителей финансовых услуг» вновь реанимирует обращение к *datio in solutum* как средству погашения долга при недостаточности средств у должника. Понятно, что кредитор не будет спешить с обменом долга на обеспечение в ситуации падения рынка недвижимости. Авторы признают (р. 106), что им неизвестна ни одна страна в мире, где бы *datio in solutum* была признана законодательно в качестве норматив-

¹ Сегодня здесь можно было бы усматривать неосновательное обогащение (как следствие *laesio*) и добиваться соответствующей кондикционной защиты.

² Dernburg H. Op. cit. S. 276–277.

³ Study on means to protect consumers in financial difficulty: Personal bankruptcy, *datio in solutum* of mortgages, and restrictions on debt collection abusive practices. Final Report (Contract № MARKT/2011/023/B2/ST/FC) (http://ec.europa.eu/internal_market/fin-services-retail/docs/fsug/papers/debt_solutions_report_en.pdf). Эта же группа участвовала в разработке Зеленой книги по ипотечному кредитованию (Green Paper on Mortgage Credit) в 2005 г., из которой в настоящее время развилась Директива по ипотечному кредитованию (Mortgage Credit Directive), принятая Европейским Парламентом 10 декабря 2013 г. (см.: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-services-retail/credit/mortgage/index_en.htm#greenpaper).

ной альтернативы обращению взыскания на заложенное имущество. Для некоторых видов ипотеки такую возможность, согласно авторам доклада, допускают в Аризоне, в Калифорнии и в Испании. Статья 140 испанского Закона об ипотеке допускает соглашение о том, что должник освобождается от долга полностью, несмотря на то что реализация залога не покрывает всю сумму долга. Этот способ защиты финансово слабых групп населения получил развитие в Королевском декрете от 9 марта 2012 г. «О неотложных мерах по защите ипотечных должников, не имеющих средств», который предусматривает внесудебную реализацию заложенной недвижимости с аукциона, даже если это основное жилье должника. При этом для должников, у которых никто в семье не имеет работы, а сумма выплат по долгу превышает 60% доходов, допускается освобождение от долга с переходом недвижимости в собственность банка-займодавца (должник может остаться проживать там еще на два года). Испанские организации, профессионально занимающиеся ипотечным кредитованием, предоставили авторам доклада данные о том, что новый порядок оказался доступен очень немногим должникам (р. 143), и указали на неизбежные негативные последствия в случае придания *datio in solutum* императивного характера во всех случаях: рост процента дефолтов, рост процентных ставок по кредитам, падение объемов индивидуального кредитования, развал рынка секьюритизированных активов (р. 146). Эти данные показывают всю бесперспективность обсуждаемого института. С юридической же точки зрения, которую авторы доклада совершенно игнорируют¹, даже диспозитивное допущение договорной *datio in solutum* ведет к такому же искажению залогового отношения, как и *lex commissoria*.

18. Замену исполнения сближает с *lex commissoria* то, что первая производит юридический эффект только с момента поступления имущества в собственность кредитора. Это реальная сделка: она вступает в силу только с передачей (или — если вещь должника уже находится у кредитора на другом основании — с изменением основания, которое в таком случае дает вещный эффект, как при *traditio brevi manu*). Прежнее обязательство (основное обязательство) прекращается не тогда, когда стороны пришли к соглашению о замене исполнения, но только тогда, когда наступит реальный (вещно-правовой) эффект предоставления

¹ Что уже вызвало справедливую критику доклада (см.: *Vossius O. Datio in solutum*, Schreiben Deutscher Notarverein vom 16. Oktober 2013).

одного вместо другого. До этого момента прежнее обязательство сохраняется (а по мнению прокулианских юристов, оно сохраняется *iure civili* и после поступления суррогата в собственность кредитору, который только лишается права требования к должнику, так как его парализует перемпторная экцепция об умысле (*Gai. 3. 168*)¹), чем замена исполнения отличается от новации². Таким образом, поступление суррогата в собственность кредитору является причиной и условием прекращения основного обязательства, так что если выявится порок вещного действия передачи (например, должник дал кредитору имущество, которым не имел права распоряжаться), то кредитор сможет предъявить должнику требование из основного долга.

Однако залог с комиссорной оговоркой отличается от замены исполнения тем, что предложение принять другую ценность вместо предусмотренного договором предоставления заранее становится предметом соглашения между сторонами. При этом кредитор получает право выбора: или оставить «заложенную» вещь за собой, или добиваться исполнения основного обязательства и взыскания убытков в обычном порядке (как при необеспеченном обязательстве). Условие действует «в пользу кредитора». Такое положение вовсе исключает адекватное уподобление *lex commissoria* какой-либо развитой фигуре гражданского права. Здесь нет ни замены исполнения (даже если предусмотреть обязательную эквивалентность суррогата), ни собственно условной купли-продажи. В качестве покупателя кредитор как бы говорит должнику: «Если в назначенный срок мои деньги будут у тебя в руках (все еще будут), то твоя вещь становится моей (будет куплена мной)». Однако после наступления указанного события (можно сказать, покупатель заплатил, сделал деньги собственностью продавца), такой покупатель оказывается вовсе не связан договором (купли-продажи) и может потребовать деньги назад (и с процентами), все еще удерживая вещь должника (которую теперь просто невозможно рассматривать как товар).

¹ См.: Дождев Д. В. Римское частное право. 3-е изд., испр. и доп. М.: Норма, 2008. С. 536.

² Отличия, собственно, два: во-первых, при новации возникает новое обязательство с тем же предметом, а при замене исполнения нового обязательства не возникает (так что собственно замены предмета основного обязательства здесь также не происходит); во-вторых, при новации прежнее обязательство прекращается с момента достижения соглашения (хотя в Риме это происходило не консенсуально, а вербально или литерально), тогда как при замене исполнения — только с момента *datio* (реально).

Эквивалентность в положении сторон здесь изначально нарушена в такой недопустимой мере, что это не позволяет считать данную форму справедливой и собственно правовой. Дело не в том, что *lex commissoria* зависит от воли кредитора: это не волевое (или чисто потестативное) условие. Предусмотренное условием событие наступает по воле должника — вследствие неисполнения обязательства, но ожидаемые следствия не связывают кредитора, так что даже собственно обеспечительная функция залога здесь оказывается факультативной. Конечно, и при нормальном залоге кредитор может предпочесть потребовать исполнения основного обязательства в обычном порядке, вместо того чтобы получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества. Но в данном случае эта возможность сочетается с предварительно выговоренным преимуществом в удовлетворении. Должник, даже пойдя на такие серьезные предварительные уступки, все равно оказывается в положении обычного должника. Кредитор же никак не связан достигнутой договоренностью и не несет никакого риска: падение рыночной цены на предмет залога отнюдь не заставит его смириться с получением меньшего и отказаться от полного удовлетворения. Более того, сохранение в силе основного обязательства предполагало, что кредитор сможет взыскать недостающую сумму с должника даже в случае присвоения залога (ср. D. 18.1.6.1). Предварительное обещание предоставления предмета залога в собственность кредитора не снимает с должника риска случайной гибели и порчи вещи, тогда как действительная купля-продажа привела бы к сбалансированному распределению рисков. Беззащитность должника перед возможным падением цены на предмет залога делает бессмысленным обращение к конструкции условной купли-продажи, если стороны оказываются не связаны встречными обязательствами по первоначальной цене. Напротив, возможное повышение цены на предоставленную в залог вещь несколько не улучшит положение должника, так как весь выигрыш достанется кредитору.

Смещение договорных типов ведет к утрате договором о залоге своей специфики, вытеснению традиционного залогового права на часть стоимости чужой вещи, равной объему обеспечиваемого обязательства, суррогатными формами, залогового права — условным правом собственности, которое само испытывает разьедающее воздействие в контексте обеспечительного правоотношения, что ведет к дисбалансам и дезориентации всей системы частного права.