

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

2015
№ 2



ФЕДЕРАЛЬНЫЙ НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ
Зарегистрировано в Федеральной службе по надзору в сфере связи
и массовых коммуникаций ПИ № ФС77-33090 от 11.09.2008 г.

Учрежден в 2004 г. Издается 6 раз в год

Учредитель: Издательская группа «ЮРИСТ» ISSN 2070-2140

Главный редактор журнала:

Могилевский Станислав Дмитриевич,
декан юридического факультета им. М.М. Сперанского
Российской академии народного хозяйства
и государственной службы при Президенте РФ,
доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист РФ

Заместитель главного редактора:

Егорова Мария Александровна,
профессор юридического факультета им. М.М. Сперанского
Российской академии народного хозяйства
и государственной службы при Президенте РФ,
доктор юридических наук, доцент

Редакционный совет:

Арсланов К.М., к.ю.н., доцент;
Барков А.В., д.ю.н., профессор;
Безбах В.В., д.ю.н., профессор;
Блинков О.Е., д.ю.н., профессор;
Витрянский В.В., д.ю.н., профессор,
Заслуженный юрист РФ;
Габов А.В., д.ю.н.;
Гонгало Б.М., д.ю.н., профессор;
Городов О.А., д.ю.н., профессор;
Ильина О.Ю., д.ю.н., профессор;
Камышанский В.П., д.ю.н., профессор;
Крашенинников П.В., д.ю.н.,
профессор, Заслуженный юрист РФ;
Михайлова И.А., д.ю.н., профессор;
Попондопуло В.Ф., д.ю.н., профессор,
Заслуженный деятель науки РФ;
Рабец А.М., д.ю.н., профессор,
Заслуженный деятель науки РФ;
Романец Ю.В., д.ю.н.;
Рыбаков В.А., д.ю.н., профессор;
Рыженков А.Я., д.ю.н., профессор,
Заслуженный деятель науки Республики Калмыкия;
Сергеев А.П., д.ю.н., профессор;
Ситдикова Л.Б., д.ю.н., профессор;
Суханов Е.А., д.ю.н., профессор,
Заслуженный деятель науки РФ;
Цимерман Ю.С., д.ю.н., профессор,
Заслуженный юрист РСФСР.

Главный редактор ИГ «Юрист»

Гриб В.В., д.ю.н., профессор

Заместители главного редактора ИГ «Юрист»:
Бабкин А.И., Бельх В.С., Платонова О.Ф., Ренов Э.Н.,
Трунцевский Ю.В.

Центр редакционной подписки:

Тел.: (495) 617-18-88 (многоканальный)

Редакция:

Бочарова М.А., Курукина Е.И.

Научное редактирование и корректура:

Швечкова О.А., к.ю.н.

Адрес редакции/издателя:

115035, г. Москва, Космодамианская наб., д. 26/55, стр. 7

Тел.: (495) 953-91-08. E-mail: avtor@lawinfo.ru

Плата с авторов за публикацию статей не взимается.

Содержание

ГЛАВНАЯ ТЕМА НОМЕРА:

«ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ»

- Егорова М.А.** Совпадение должника и кредитора в обеспечительных обязательствах (на примере залога и поручительства)..... 3
- Дождев Д.В.** Вещный момент в залоговом праве: отечественная доктрина и исторические уроки 6
- Волков А.В.** Обеспечение исполнения обязательств в реальных правоотношениях как залог финансовой безопасности предприятия 12
- Александрова Ю.А.** Списание денежных средств в порядке предварительного акцепта как способ обеспечения финансовых обязательств..... 14
- Подузова Е.Б.** Способы обеспечения исполнения организационного обязательства: проблемы теории и практики... 18
- Серова О.А.** Проблемы выбора личного обеспечения исполнения обязательства в современной банковской практике 22

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

- Болдырев В.А.** Имущественные комплексы как объекты гражданских прав 26
- Кабанова И.Е.** Действие принципа свободы договора в отношениях с участием публичных субъектов..... 29

ТОЧКА ЗРЕНИЯ

- Хлыстов М.В., Ананьев А.Г.** Предпринимательская деятельность Русской Православной Церкви..... 33
- Пушкина А.В.** Значение личности кредитора при уступке требования 37

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ И АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

- Фоков А.П., Филатова У.Б.** Современная немецкая доктрина о правовой природе отношений долевой собственности 40

ТРИБУНА МОЛОДОГО УЧЕНОГО

- Романов А.В.** Проявления свободы договора при исполнении договорного обязательства..... 44

Включен в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученых степеней доктора и кандидата наук (решение Президиума Высшей аттестационной комиссии Минобрнауки России от 19 февраля 2010 г. № 6/6)

Журнал включен в базу данных Российского индекса научного цитирования (РИНЦ)

eLIBRARY.RU

Подписка по России:

«Роспечать» – 84284, 83663 (год); «Объединенный каталог» – 11159; «Почта России» – 12288.

Подписаться можно также на сайте www.gazety.ru.

Подписано в печать 01.02.2015 г. Выход в свет 03.03.2015 г.

Формат 60x90/8. Печать офсетная. Физ. печ. л. – 6,0. Усл. печ. л. – 6,0.

Общий тираж 3 000 экз. Цена свободная

Отпечатано в типографии «Национальная полиграфическая группа».
248031, г. Калуга, п. Северный, ул. Светлая, д. 2. Тел. (4842) 70-03-37

CIVIL LAW

2015
№ 2



FEDERAL SCIENCE-PRACTICE JOURNAL
Registered at the Federal Service for Supervision of Communications
and Mass Communications PI № FS77-333090 of 11.09.2008

Founded in 2004. Published 6 times per year

Publishing Group "JURIST" ISSN 2070-2140

Editor In Chief:

Mogilevskij Stanislav Dmitrievich,

Dean of the M.M. Speranskij Law Faculty of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, doctor of juridical sciences, professor, Honored Lawyer of the RF

Deputy Editor In Chief:

Egorova Mariya Aleksandrovna,

professor of the M.M. Speranskij Law Faculty of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, doctor of juridical sciences, assistant professor

Editorial Board:

Arslanov K.M., candidate of juridical sciences, assistant professor;

Barkov A.V., doctor of juridical sciences, professor;

Bezbakh V.V., doctor of juridical sciences, professor;

Blinkov O.E., doctor of juridical sciences, professor;

Vitryanskij V.V., doctor of juridical sciences, professor, Honored Lawyer of the RF;

Gabov A.V., doctor of juridical sciences;

Gongalo B.M., doctor of juridical sciences, professor;

Gorodov O.A., doctor of juridical sciences, professor;

Il'ina O.Yu., doctor of juridical sciences, professor;

Kamyshanskij V.P., doctor of juridical sciences, professor;

Krashennikov P.V., doctor of juridical sciences, professor, Honored Lawyer of the RF;

Mikhajlova I.A., doctor of juridical sciences, professor;

Popondopulo V.F., doctor of juridical sciences, professor, Honored Scientist of the RF;

Rabec A.M., doctor of juridical sciences, professor, Honored Scientist of the RF;

Romanec Yu.V., doctor of juridical sciences;

Rybakov V.A., doctor of juridical sciences, professor;

Ry'zhenkov A.Ya., doctor of juridical sciences, professor, Honored Scientist of the Republic of Kalmy'kia;

Sergeev A.P., doctor of juridical sciences, professor;

Sitdikova L.B., doctor of juridical sciences, professor;

Sukhanov E.A., doctor of juridical sciences, professor, Honored Scientist of the RF;

Cimerman Yu.S., doctor of juridical scientist, professor, Honored Lawyer of the RSFSR.

Editor In Chief of Publishing Group «JURIST»

Grib V.V., doctor of juridical sciences, professor

Deputy Editors In Chief of Publishing Group «JURIST»:

Babkin A.I., Belykh V.S., Platonova O.F., Renov Eh.N., Truncevskij Yu.V.

Editorial Subscription Centre:

Tel.: (495) 617-18-88 (multichannel)

Editorial Office:

Bocharova M.A., Kurukina E.I.

Scientific editing and proofreading:

Shvechkova O.A., candidate of juridical sciences

Editorial office / publisher:

Bldg. 7, 26/55 Kosmodamianskaya Emb., Moscow, 115035

Tel.: (495) 953-91-08. **E-mail:** avtor@lawinfo.ru

Authors shall not pay for publication of their articles.

COVER STORY OF THE ISSUE:

"PROBLEMS OF SECURING PERFORMANCE OF OBLIGATIONS"

Egorova M.A. Coincidence of debtor and creditor in collateral obligations (as exemplified by pledge and suretyship)..... 3

Dozhdev D.V. Proprietary issue in the pledge law: Russian doctrine and historical lessons..... 6

Volkov A.V. Securing performance of obligations in real legal relations as a guarantee of financial security of the enterprise.... 12

Aleksanova Yu.A. Making debit payments in accordance with preliminary accept as a means of securing financial obligations 14

Poduzova E.B. Means of securing performance of the organizational obligation: problems of theory and practice..... 18

Serova O.A. Problems of choice of personal securing performance of obligations in the modern banking practice..... 22

HEADING "GENERAL ISSUES OF CIVIL LAW"

Boldy'rev V.A. Property complexes as objects of civil rights 26

Kabanova I.E. Operation of the principle of freedom of contract in relations with participation of public subjects 29

HEADING "VIEWPOINT"

Khly'stov M.V., Anan'ev A.G. Entrepreneurial activities of the Russian Orthodox Church..... 33

Pushkina A.V. Significance of the personality of creditor in assignment agreement 37

HEADING "FOREIGN EXPERIENCE AND ANALYSIS OF LEGISLATION"

Fokov A.P., Filatova U.B. Modern German doctrine on legal nature of participatory share ownership 40

HEADING "TRIBUNE OF A YOUNG SCIENTIST"

Romanov A.V. Manifestations of freedom of contract in performance of contractual obligation 44

Included into the list of leading reviewed scientific journals and periodicals, where basic scientific results of doctoral and candidate theses shall be published (decision of the Presidium of the Supreme Attestation Commission of the Ministry of Education and Science of Russia of 19.02.2010 № 6/6)

Journal is included in the database of the Russian Science Citation Index

eLIBRARY.RU

Subscription in Russia:

"Rospechat" – 84284, 83663 (year); "United Catalogue" – 11159; "Russian Post" – 12288. and also at www.gazety.ru.

Passed for printing 01.02.2015. Issue is printed 03.03.2015.

Size 60x90/8. Offset printing. Printer's sheet – 6,0. Conventional printed sheet – 6,0.

General circulation 3 000 copies. Free market price

Printed by "National Printing Group."

248031, Kaluga, settlement Severnij, street Svetlaja, h. 2. Tel. (4842) 70-03-37

Вещный момент в залоговом праве: отечественная доктрина и исторические уроки*

Дождев Дмитрий Вадимович,
ведущий научный сотрудник сектора истории права,
государства и правовых учений Института государства и права РАН,
доктор юридических наук, профессор
dozhdev@list.ru

Содержание залогового права составляет проблему, решение которой в европейской юридической науке затянулось. Это объясняется тем, что господствующие в практике большинства европейских стран конструкции реального обеспечения существенно отличались от научных концепций залогового права. Многие реликты этих неразвитых конструкций до сих пор представлены в действующем законодательстве ведущих стран европейской правовой традиции. Учет затянувшегося преобладания примитивных форм гарантий обязательства необходим для понимания того отнюдь не прямолинейного пути, по которому идет развитие обеспечительных форм и научного осмысления этой области гражданского права. Если основы догматики института и развитого понимания сущности залогового права были заложены в середине XIX в., то законодательное воплощение этих достижений юридической науки значительно ближе к нам по времени: впервые залоговые отношения в развитой форме были предусмотрены лишь в гражданских кодексах Нидерландов (1992 г.) и России (1994 г.)¹.

Ситуация предстанет менее парадоксальной, если учесть, что и в голландской, и в российской юридической литературе до сих пор распространены воззрения далекого прошлого, которое, казалось бы, было преодолено в действующем законе. Небесполезно проследить полемику прошлого и критически проанализировать аргументацию современных сторонников отживших концепций.

Классический залог как способ обеспечения исполнения обязательства наделяет залогового кредитора правом на преимущественное перед другими кредиторами удовлетворение из стоимости заложенной вещи (приоритет — *ius praelationis*). Это право позволяет кредитору преследовать заложенную вещь в руках любого

третьего лица (по вещному иску), даже в случае смены собственника-залогодателя (право следования — *us sequelae*), что предполагает наличие у залогодержателя особого абсолютного права на заложенную вещь. Вещное право кредитора не отменяет право собственности залогодателя, а, напротив, находит в нем свое оправдание и основание: залоговое право — это *право на чужую вещь*. По словам Г.Ф. Пухты, «оно предоставляет кредитору благо, из ценности которого он получает удовлетворение, если оно не последует от должника»².

Данная конструкция, которую можно рассматривать как выражение «общей природы залогового права», получила признание лишь в результате напряженных научных споров с теми исследователями, которые видели в залоговом праве дополнительное обязательство должника, наделяя права залогодержателя лишь обязательственным значением³. Именно так понимались слова источников о залоге как «обязательстве вещи» (*obligatio rei*)⁴. А. Бринц построил на этом концепцию ответственности вещей, которая вместе с ответственностью лиц образует единую систему ответственности⁵. Однако специфика терминологии сама по себе ничего не говорит о юридической природе залога. Это выражение следует вслед за Г. Дербургом⁶ понимать как «обременение вещи» залогом или ипотекой (*res pignori (hypothecae) obligari*: D. 2, 14, 52, 4; 20, 6, 4,

¹ Не удивительно, что одной из прорывных работ в современном осмыслении сущности залогового права стало немецкое исследование регулирования в голландском праве непосессорного залога (все еще неизвестного немецкому праву). См.: Reich B. Das stille Pfandrecht der Niederlande. Göttingen, 2006. Об актуальности голландского опыта для российского права см.: Егоров А.В., Усманова Е.Р. Залог и титульное обеспечение: теоретико-практическое сравнение конструкций // Вестник гражданского права. 2014. № 4. Т. 14. С. 94 и след.

² Puchta G.F. Lehrbuch der Pandekten, 4 Aufl. von A. F. Rudorff. Leipzig: Barth, 1853, § 246. S. 726: "Es wird dem Gläubiger ein Gut angewiesen, durch dessen Verwertung er seine Befriedigung, wenn sie nicht von dem Schuldner erfolgt, finden soll".

³ Уже в работах Бюхеля (Büchel K. Über die Natur des Pfandrechts, in Civilrechtliche Erörterungen, Bd. 1. Marburg: Garthe 1834) и Синтениса (Sintenis K.F.F. Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle: Schwetschke, 1836). О дискуссии о природе залога в науке XIX в. см.: Wiegand W. Zur Entstehung der Pfandrechts-theorien im 19. Jahrhundert, ZNR, 1 (1981) 1 sqq.

⁴ См.: Хвостов В.М. Система римского права [1908]. М., 1999. С. 330 сл., 337 слл.

⁵ Brinz A. Lehrbuch der Pandecten, Bd 2. Abt. 2. Erlangen, 1882. §207–208.

⁶ Dernburg H. Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. I. Leipzig, 1860. S. 96 sq.

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

2; 5, 2; 11 pr; 12 pr.)⁷, что соответствует идее вещного, а не обязательственного права. Залог неоднократно прямо называется в источниках «вещным правом» — *ius in re* (D. 9, 4, 30; 39, 2, 19 pr.). Поддерживая это толкование, Л.А. Кассо совершенно справедливо говорит о «картинных выражениях» источников⁸.

Опровергая построения К. Бюхеля и К.Ф. Сентениса, Г. Дёрнбург⁹ показал, что обращение взыскания на вещь покоится на вещном господстве кредитора, а не на обязательственном праве. Во-первых, такое взыскание из стоимости вещи не требует предварительного предъявления требования из основного обязательства. Во-вторых, власть кредитора над заложенной вещью защищается вещным иском (*actio hypothecaria* — *actio in rem*)¹⁰. По этому иску кредитор требует у владельца не исполнения обязательства, а добивается выдачи владения на основании права, которое ему принадлежит против вещи (D. 21, 2, 66 pr; 20, 6, 12, 1; 8, 6; C. 8, 14, 18). Отказ выдать вещь приводит к присуждению не суммы долга, а всей стоимости вещи (D. 20, 1, 16, 3; 21, 3). Это было бы невозможно, если бы вещь отвечала за долг, а ее владелец рассматривался как представитель должника. Наконец, заложенная вещь никогда не получает положения активного субъекта (и от должника не требуется действий), но всегда — пассивное положение обремененной вещи: вещь оказывается подчиненной кредитору, тогда как должник остается от него независимым. Если установление обязательства никогда не уподобляется отчуждению (отчуждение объекта обязательства состоит лишь в будущем), то обременение вещи залогом трактуется как отчуждение, подобно установлению сервитута (с. 4, 51, 7).

Теория обязательственного залога заслуживает критического осмысления не только потому, что в современной отечественной цивилистике она получила незаслуженное возрождение, но потому, что она выявляет извечные проблемы понимания права на чужую вещь, которое требует развития понятийного аппарата и не может удовлетвориться узким горизонтом утилитаристских трактовок.

Уже в первом издании ставшего классическим трактатом, во многом определившим развитие российской науки договорного права, В.В. Витрянский¹¹ определил залоговое право как *обязательственное*. Ученый опирался на дискуссию о природе залога в дореволюционной отечественной литературе, включение залога в конкурсную массу в случае банкротства

должника, возможность установить залоговое право на требование, а также на право, которое должник приобретет в будущем, на применение к передаче залоговых прав правил о цессии. Ученому представлялось, что все приведенные факты не совместимы с вещной трактовкой залога. Однако они не отменяют того, что залоговое право пользуется по нашему закону вещно-правовой защитой и отличается правом следования, т.е. является абсолютным имущественным правом. Исключение в действовавшем тогда законе возможности приобретения залогодержателем права собственности на залог представлялось ведущим аргументом против вещно-правовой квалификации отношения. В дальнейшем, несмотря на допущение оставления залога в собственности кредитора (абз. 2 п. 1 ст. 334 ГК РФ)¹², эта позиция не изменилась. Критически относясь к предусмотренному новой редакцией ГК применению правил о вещных правах к залого недвижимости (п. 4 ст. 334), В.В. Витрянский и сегодня считает, что залог движимого имущества «сохранил все черты обязательственно-правового отношения»¹³.

Обращение к истории русского залогового права и его изложение у В.В. Витрянского показывает, что взгляды ученого на залоговое право наведены исторически отжившими конструкциями и в целом определяются узостью представлений о вещном праве. По традиционному русскому праву обращение взыскания на заложенную вещь вело к ее обращению в собственность кредитора (Псковская судная грамота и закладные грамоты XV–XVI вв.). Уложение Алексея Михайловича (гл. X, ст. 196) сходным образом предусматривает обращение закладной в купчую в случае просрочки должника, тогда как уплата долга почиталась за выкуп должником своего залога. Г.Ф. Шершеневич¹⁴ указывает на две попытки введения развитой конструкции, предполагающей продажу залога, обязанность кредитора к возвращению излишка и возможность обращения взыскания на другое имущество должника в случае недостачи. Закон 1557 г. предусматривал такой порядок для движимых вещей, закон 1737 г. — для любых¹⁵. Обе эти попытки автор считает временными, поскольку и в XVI–XVII вв. закладная обычно обращается в купчую, а после нововведений 1737 г. прежний порядок был вновь восстановлен по закону 1774 г. Развитая конструкция залога утверждается лишь в 1800 г. в Банкротском уставе (хотя и здесь для движимости допускается оставление вещи за кредитором).

Излагая эти перипетии развития залогового права в России, Г.Ф. Шершеневич противопоставляет залоговое право на чужую вещь отчуждению в пользу

⁷ Ср. «*pignus liberari*» (освободить вещь от залогового обременения) в D. 20, 6, 4, 1; 6 pr.

⁸ Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве [1898]. М., 1999. С. 23.

⁹ Dernburg H. Das Pfandrecht. S. 107–109.

¹⁰ Вещный характер иска подчеркивают его наименования: «*pretitio*», «*vindicatio*» (С. 8, 32, 2), как показал уже Бахофен: Bachofen J.J. Das römische Pfandrecht [1847] Kessinger Publishing, 2010. S. 30, однако важно не наименование, а то, что кредитор обращает взыскание непосредственно на вещь. Залоговый кредитор располагает также негативным иском (D. 8, 1, 16) и иском собственника в случае кражи — *condictio ex causa furtiva* (D. 13, 1, 12, 2).

¹¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1998. С. 395 и след. (автор главы — В.В. Витрянский).

¹² Закон № 306-ФЗ от 30.12.2008 «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием порядка обращения взыскания на заложенное имущество».

¹³ Витрянский В.В. Новое в правовом регулировании залога // Хозяйство и право. № 19. 2014. С. 26.

¹⁴ Шершеневич Г.В. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 242.

¹⁵ Правда, последний закон сохранял и пережитки прежнего порядка: в случае недостачи кредитор мог оставить вещь за собой, утрачивая право обратиться взыскание на остальное имущество должника.

кредитора права собственности с сохранением за должником права выкупа, считая свойственным залоговому праву характер права на чужую вещь. Это право заключается в том, чтобы получить удовлетворение из стоимости заложенной вещи путем ее продажи. Факультативную возможность оставить вещь за собой ученый считает «остатком прежнего порядка». В интерпретации В.В. Витрянского история заметно видоизменяется, так что с правом на чужую вещь якобы конкурирует обязательственно-правовая конструкция залога¹⁶. Утрата залоговым правом вещно-правового характера усматривается уже в том, что согласно закладным грамотам заложенная вещь обращается в собственность кредитора не с момента установления залога, а лишь с момента просрочки. Попытка же введения продажи (!) залога в 1557 г., кажется В.В. Витрянскому, должна похоронить концепцию Шершеневича, которая торжествует, лишь когда заложенные вещи вновь стали обращаться в собственность кредитора по закону 1635 г. Сходным образом, говоря о зарубежных право порядках, автор противопоставляет реализацию залога в форме принудительной продажи (что якобы не отвечает вещно-правовой концепции) фидуциарному переносу собственности (в английском или немецком праве) и возможности оставить вещь за собой с разрешения суда (во французском праве), которые в его представлении лучше отвечают причислению залогового права к вещным правам, утвердившемуся во всех современных правовых системах¹⁷.

Обращение к древнейшей конструкции реального обеспечения в римском праве — фидуциарному залого (fiducia cum creditore) — распространенный прием демонстрации вещного характера залогового права. Раз фидуциарный залогодержатель получает на залог право собственности, рассуждал в свое время Г. Дернбург, то и более развитое и абстрактное залоговое право, возникающее без передачи владения залогодержателю, также выстроено по этой схеме, хотя и лишено материальной основы (materielle Gründe)¹⁸. Между тем обращение к фидуциарному залого — особенно в таком понимании, как наделение кредитора правом собственности на вещь должника, — не проясняет, а затемняет вещно-правовые характеристики классического залога, не позволяя раскрыть специфику права залогодержателя, особенно при непосессорном залого. Во-первых, характер вещного права фидуциарного залогодержателя нельзя считать выясненным: фидуциарный залогодатель сохраняет целый ряд вещных правомочий, которые не сводятся к простому ожиданию обратного переноса собственности со стороны кредитора после погашения долга, и ясно, что фидуциарная «собственность» в этой форме реальной гарантии отличается от полной собственности, как и фидуциарная сделка с обеспечительной целью отличается от простого отчуждения¹⁹. Во-вторых, фидуциарный залогодержатель принимает на себя вполне

определенные обязанности, и мера его ответственности перед залогодателем в рамках возникающего обязательственного отношения тем выше, чем сильнее его вещно-правовая позиция.

Таким образом, фидуциарный залог, будучи посессорной формой реальной гарантии обязательства, обладает теми же слабостями, что и развитый классический залог с передачей владения залогодержателю: кредитор принимает на себя функцию охраны вещи, и его обязанности усиливаются в интересах залогодателя, тогда как его вещно-правовая позиция, хотя и наделяет его контролем за вещью и даже повышает определенность удовлетворения за счет вещи, отнюдь не представляет собственно обеспечительный аспект вещного права в более чистом виде, затемняя его более сильной, чем у классического залогодержателя, выходящей за рамки обычного залога и более близкой к праву собственности позицией.

Традиционная схема развития форм залога от фидуциарной собственности к закладу, а затем к непосессорным формам (ипотека)²⁰ должна ориентировать на признание преходящего и исторически случайного характера посессорных форм, которые постепенно отмирают в ходе совершенствования и кристаллизации института, представляя собой «шумы» в плане значения. Однако преобладающее в науке направление трактует эти посторонние элементы в качестве основных, так что ряд переходных и служебных форм — таких как условная собственность на залог (отменительное условие в фидуциарном залого, отлагательное условие приобретения права собственности залогодержателем при *lex commissoria*²¹) или реестровый залог.

Эта позиция полна противоречий. Придание материальному господству кредитора над предметом обеспечения значения контроля над имущественной сферой должника логически отрицает адекватное воплощение обеспечительного интереса в форме абстрактной юридической связи с активами должника и искажает цели и функции залогового права. Так, собственно посессорный элемент следовало бы отличать от материального господства: реестровый залог сообщает обеспечению публичность, отнюдь не наделяя кредитора предполагая возможности пользоваться вещью. Искомая возможность парализовать акты распоряжения должника не только признает наличие вещных прав у обеих сторон, но и показывает, что возможность осуществлять пользование вещью не составляет главной искомой ценности при определении содержания прав сторон залогового отношения.

Поиск вещественного субстрата залогового права противоречит обеспечительной функции отношения. Кредитор-залогодержатель не стремится к господству над материальной стороной обеспечения, напротив, он заинтересован в том, чтобы оставить должнику-

¹⁶ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 401.

¹⁷ Там же. С. 402.

¹⁸ Dernburg H. Das Pfandrecht. S. 110.

¹⁹ См. подробнее: Дождев Д.В. Римское частное право. М., 2008. С. 524 и след. (п. 283).

²⁰ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 213 и след.

²¹ Критику суррогатных форм реальной гарантии см.: Дождев Д.В. Комиссорная оговорка при залого: проблема совместимости правовых конструкций // Частное право и финансовый рынок: сборник статей. Вып. 2 / отв. ред. М.Л. Башкатов. М.: Статут, 2014. С. 84–122; Егоров А.В., Усманова Е.Р. Указ. соч. С. 56–127.

залогодателю возможность эксплуатации вещи, что повышает шансы погашения долга. Материальное господство над вещью, ее предварительное изъятие из имущества должника означало бы предвосхищение неисполнения и преждевременный перевод отношения на стадию ответственности. Материально-вещественное в позиции залогодержателя следует считать привходящим моментом в залоговом праве. При сообщении ему ведущего модуса отношения обеспечительная функция залогового права подменяется компенсаторной, будто залог устанавливается для того, чтобы еще на этапе исполнения наделить кредитора правом собственности (или неким *пользованием*) на вещь должника, как бы в обмен на долговое обязательство. Такая конфигурация реального обеспечения, когда кредитору предоставляется возможность пользоваться вещью должника и тем самым погашать долг за счет ее эксплуатационных возможностей, утверждается в средневековой Германии (*Nutzungspfand*) как порядок, предваряющий окончательное присвоение вещи кредитором в случае неисполнения (*Verfallpfand*)²². Однако именно такое представление о залоге выдвигает сегодня В.А. Белов²³: «...вопреки господствующему мнению, мы усматриваем сущность залогового права в правомочиях владения, а если это предусмотрено договором, то также и пользования его объектом (индивидуально определенной вещью), а отнюдь не в возможностях по распоряжению чужим правом собственности и присвоению результатов такого распоряжения. Право залогодержателя является вещным не потому, что он может продать или присвоить чужую вещь, а потому, что он вправе *владеть* ею, защищая такое владение от всякого и каждого, включая собственника-залогодателя и третьих лиц — добросовестных приобретателей вещи» (курсив автора. — Д.Д.).

В.А. Белов опирается на предусмотренную в ГК РФ вещно-правовую защиту залогового права (ст. 347), которая формулируется как защита владения вещью должника, в т.ч. с целью обеспечения возможности пользоваться вещью должника (п. 2 ст. 347). Здесь же он признает, что такая трактовка лишает залоговое право самостоятельного значения, наделяя его свойством средства достижения юридической цели, отличной от самого залогового права, которое «может и *вовсе не иметь самостоятельной ценности*».

Эта позиция является следствием двух неверных представлений. Во-первых, В.А. Белов сводит вещное право к возможности эксплуатации вещи, по сути, отождествляя его с владением. Только такое право, по Белову, может иметь своим объектом *саму вещь*²⁴. Во-вторых, Белов отрицает научно установленное содер-

жание залогового права как права залогодержателя на часть стоимости имущества залогодателя, равной сумме убытков. Здесь автор²⁵ вступает в противоречие с формулировкой закона (п. 1 ст. 334 ГК РФ и ст. 1 Закона РФ «О залоге»), в котором залог определяется как право «...получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества». Это положение, воспринятое ведущей учебной литературой²⁶, Белов отвергает, отказываясь считать такое право *вещным* по пяти причинам.

(1) Содержанием такого права является возможность распоряжения, которое, согласно автору, имеет своим объектом «не саму вещь, а лишь *право собственности* на нее и на ее *денежную ценность (стоимость)*».

(2) Осуществлению залогового права не могут помешать ни залогодатель, ни третьи лица, что лишает смысла возможные юридические обязанности, корреспондирующие такому праву. Тем самым залоговое право — как оно определено в законе — относится, по Белову, к *вторичным правам*.

(3) Носителем ценности, извлекаемой залогодержателем, может быть любое благо, а не только индивидуально определенная вещь.

(4) Право получить удовлетворение из стоимости имущества должника принадлежит не только залоговому кредитору, но и ретентору (осуществляющему удержание вещи должника), а также любому иному кредитору, прибегнувшему к процедурам описи и ареста (ст. 80–83 ФЗ «Об исполнительном производстве»), что ведет к выделению определенного имущества из общей имущественной массы должника на цели удовлетворения отдельного требования такого кредитора.

(5) Такое право может быть только охранительным и относительным, т.к. оно возникает лишь вследствие нарушения прав залогодержателя.

Эти положения подлежат последовательному критическому опровержению. Идея права на денежную стоимость вещи (1), которую В.А. Белов допускает, прибегая к понятию *права собственности* (недопустимому здесь уже потому, что речь идет о праве на чужую вещь), восходит к учениям Пухты и Дербурга²⁷ и противоречит выдвигаемому Беловым тезису. Тот факт, что получить удовлетворение из стоимости вещи может не только залогодержатель, но и другие кредиторы (4), не снимает задачи юридической квалификации залогового права, т.к. залогодержатель обращает взыскание на вещь, имея на это специальное право — залоговое право, тогда как необеспеченные кредиторы получают удовлетворение из данной вещи лишь случайно, обращая взыскание на все имущество должника. Смещение права обращения взыскания на имущество должника, которое основано на том, что должник отвечает по своим обязательствам всем своим имуществом (ст. 25 ГК РФ) и правом получить удовлетворение из стоимости вещи, обремененной залогом, восходит к теории

²² Т.н. «*ältere Satzung*» (старый залог) в терминологии В. Альбрехта, открывшего это явление истории германского права (Albrecht W.E. Die Gewaehre als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg, 1828), в отличие от «нового» залога (*neuere Satzung*) с оставлением вещи у залогодателя, который в Германии так и остался исключением. Подробнее см.: Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве [1898]. М., 1999. С. 40 и след.

²³ Белов В.А. Гражданское право : учебник. Т. III. Особенная часть. Абсолютные гражданско-правовые формы. М., 2012. С. 353 (Там же литература).

²⁴ Белов В.А. Гражданское право. Т. III. С. 33.

²⁵ Белов В.А. Гражданское право. Т. III. С. 351–352. Там же другая литература.

²⁶ Гражданское право : учебник / под ред. Е.А. Суханова. 3-е изд. Т. III. С. 115–116.

²⁷ В отечественной науке это положение обосновано в работе: Звоницкий А.С. О залоге по русскому праву. Киев, 1912. С. 117 и след.

генеральной ипотеки, утвердившейся во французской доктрине рентного права в XVI в. (ключевая роль принадлежит Дюмулену)²⁸. Историческая обусловленность и явная ошибочность такого представления не может служить доказательством отсутствия самостоятельного значения у залогового права, но, напротив, ориентирует на поиск его адекватной юридической квалификации. В этом отношении существенно, что залоговое право дает кредитору преимущество по взысканию (п. 2 ст. 334 ГК РФ), поскольку устанавливается на конкретное имущество, и только в случае его недостачи залоговый кредитор обращает взыскание на все имущество должника — в общем порядке (п. 3 ст. 334).

Обращение к концепции вторичного права (2), воспринятое Беловым из работы Агаркова²⁹, совершенно неприменимо к залоговому праву. Вторичное право предполагает на стороне субъекта возможности, которым не противостоят соответствующие обязанности другого субъекта. Это право по отношению к себе самому: совершив по своей воле определенное действие (которое неверно считать односторонней сделкой), лицо реализует свое право на участие в гражданском обороте (право- и дееспособность), но не какое-либо субъективное право, которое лишь возникает в результате такого действия. Хрестоматийный пример — акцепт оферты. В случае обращения взыскания на заложенную вещь кредитор реализует не абстрактную способность участвовать в обороте, но именно субъективное право — право на вещь должника (залоговое право). Неверно полагать, что такое право не может быть нарушено. Это утверждение противоречит норме п. 2 ст. 313 ГК РФ, которая прямо говорит об опасности для кредитора утратить залоговое право вследствие обращения взыскания на вещь должника третьим лицом. Оно противоречит и факту надления залогодержателя исковой защитой по ст. 347 ГК РФ, особенно правом требовать снятия ареста в соответствии с абз. 2. п. 2 ст. 347, что значимо в плане обеспечения преимущественного права на взыскание перед другими кредиторами должника (4).

Это право создает для залогодержателя возможность обращения взыскания на имущество должника (п. 1 ст. 348), что снимает возражение о том, что это право может быть только «охранительным» и возникать лишь вследствие нарушения прав залогодержателя. Требование залогодержателя против вещи существует независимо от нарушения залогового права третьими лицами, оно составляет имущественное благо, которое непосредственно принадлежит залогодержателю (п. 1

ст. 334). Залоговое право действует независимо от того, кто является собственником заложенной вещи и сохраняется в случае смены собственника (ст. 353). Это абсолютное, а не относительное право.

Наконец, тот факт, что залоговое право может быть установлено не только на вещь, но и на иное (конкретное) имущество должника (3), означает, что редукция права залогодержателя к владению определенной вещью должника не отвечает конфигурации залогового права, представленной в нашем законодательстве. Поссessorная составляющая залогового права неприложима к имуществу должника, отличному от вещей, тогда как право на удовлетворение из стоимости имущества может существовать лишь как абстрактное право в имуществе другого лица. Будучи противопоставленным любым третьим лицам, такое абсолютное право на стоимость формализуется именно как вещное. Это возражение В.А. Белова (3) не отрицает самостоятельность залогового права, не сводит его к охранительному и вторичному праву, но означает недопустимость редукции понятия вещного права к фактическому контролю над телесными вещами, утверждая необходимость абстрактного и нематериального понятия вещного права в современной догматике.

Утверждение поссessorного залога в свое время было обязано критическому отвержению обязательственно-правовой конструкции залога: акцент на обладании вещью должника привел к требованию владения предметом залога (закладу) именно потому, что с вещно-правовым подходом конкурировало представление о залоге как об обязательственной конструкции.

Обязательственное отношение в рамках залога связывает стороны основного обязательства совершенно противоположным образом. Залоговый кредитор в отношениях по залому выступает должником своего должника (по основному обязательству): он должен вернуть вещь при исполнении (или ином прекращении) основного обязательства. Это обязательство возникает с момента получения залога и действует, даже если основное обязательство не будет исполнено: кредитор обязан заботиться о вещи и нести необходимые расходы на ее содержание и отвечает по личному иску о залоге (*actio pignoratitia in personam*). Понятно, что такое обязательство возможно только при реальном залоге, когда к залогодержателю переходит владение заложенной вещью. Если к кредитору вещь должника не поступала (непоссessorный залог), то и отвечать ему не за что. Обязательственное отношение в рамках залогового отношения — факультативное явление и не относится к сущности залога как формы обеспечения. Более того, обязательственное отношение, инвертируя положение сторон в рамках основного обязательства (кредитор по основному обязательству выступает должником по залому), лишь отягощает обеспечительную конструкцию излишним дополнительным аспектом, который маскирует подлинное содержание обеспечительного отношения и выступает нежелательной обузой для кредитора, вынужденного принимать на себя заботу о вещи должника (залогодателя).

Эта забота и соответствующая ответственность по залоговому обязательству — с точки зрения основного долгового отношения — возлагает на кредитора функцию должника (ст. 343, 344, 346 ГК), т.к. в данном

²⁸ См. подробнее: Кассо Л.А. Указ. соч. С. 190 и след.

²⁹ Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. М., 2002. С. 277 и след. Понятие вторичного права В.А. Белов излагает в работе: Белов В.А. Гражданское право: учебник. Т. I. Общая часть. Введение в гражданское право. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2012. См. также: Зеккель Э. Вторичные права в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2; Третьяков С.В. Формирование концепции вторичных прав в германской цивилистической доктрине (к публикации русского перевода работы Э. Зеккеля «Вторичные права в гражданском праве») // Вестник гражданского права. 2007. № 2; Егоров А.В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России // Вестник гражданского права. 2011. № 3. С. 241–274.

отношении забота кредитора о сохранности вещи и ее плодоносящей способности является заботой о сохранении и умножении имущественных активов должника, т.е. базы его имущественной ответственности, что объективно отрицает преимущественное положение залогового кредитора (приоритет) и его независимость от конкурса. Разумеется, поддержание ценности заложенной вещи входит в сферу интереса залогодержателя и функционально по отношению к обеспечительным целям залога, однако такая роль кредитора отвечает его собственным интересам лишь в том случае, если стоимость залога ниже или близка к объему основного долга им обеспеченного. Если же угроза снижения ценности залога выступает как отдаленная и мало-реальная перспектива, обязанности залогодержателя получают чисто служебную функцию по отношению к имущественной состоятельности должника в целом. По сути, в рамках обязательственного залогового отношения кредитор занимает противоречащую его интересам позицию и выполняет служебную роль не только по отношению к должнику, но и по отношению к другим кредиторам этого должника, отношений с которыми он и стремился избежать, устанавливая залоговое право.

Служебное положение залогодержателя, которое неизбежно возникает при реальном залоге, является не обратной стороной преимущества залогового кредитора перед другими кредиторами, а платой за неадекватность избранной конструкции залога. Реальный (посессорный) залог отнюдь не усиливает позицию кредитора и его виды на внеочередное удовлетворение, но, напротив, вносит в обеспечительную конструкцию чуждый элемент, не отвечающий ее функции и задачам. Иллюзия контроля над заложенной вещью при переходе владения к залогодержателю в действительности оборачивается неоправданной дополнительной нагрузкой, которая превращает кредитора в слугу своего должника и необеспеченных кредиторов. Эта иллюзия — обратная сторона недостаточной проработки конструкции вещного права, которое в упрощенной утилитаристской трактовке предстает способом владения и пользования чужим имуществом, закрывая подлинные возможности этой правовой формы. Возможности компенсировать в порядке реального обеспечения риски, связанные с неисполнением обязательства, должны изучаться в формальной, отвечающей природе права и потому единственно научной перспективе. Посессорный залог следует рассматривать в единстве с непосессорным (подлинным залогом), когда вещно-правовые аспекты обеспечительной конструкции не затемняются ожиданием иллюзорного фактического «контроля» над заложенной вещью, а раскрываются как нормативные свойства вещного права.

Литература

1. Albrecht W.E. Die Gewaehre als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg, 1828.
2. Bachofen J.J. Das römische Pfandrecht [1847]. Kessinger Publishing, 2010.
3. Brinz A. Lehrbuch der Pandecten, Bd 2. Abt. 2. Erlangen, 1882.
4. Büchel K. Über die Natur des Pfandrechts, in Civilrechtliche Erörterungen, Bd. 1. Marburg: Garthe, 1834.
5. Dernburg H. Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. I. Leipzig, 1860.
6. Puchta G.F. Lehrbuch der Pandekten, 4 Aufl. von A. F. Rudorff. Leipzig, 1853.
7. Reich B. Das stille Pfandrecht der Niederlande. Göttingen, 2006.
8. Sintenis K.F.F. Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle: Schwetschke, 1836.
9. Wiegand W. Zur Entstehung der Pfandrechts-theorien im 19. Jahrhundert, ZNR, 1 (1981).
10. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М.М. Агарков // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. М., 2002.
11. Белов В.А. Залоговые правоотношения: Содержание и юридическая природа / В.А. Белов // Законодательство. 2001. № 11.
12. Белов В.А. Гражданское право : учебник. Т. III. Особая часть. Абсолютные гражданско-правовые формы / В.А. Белов. М., 2012.
13. Брагинский М.И. Договорное право: Общие положения / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. М., 1998.
14. Витрянский В.В. Новое в правовом регулировании залога / В.В. Витрянский // Хозяйство и право. 2014. № 19.
15. Дождев Д.В. Римское частное право. 3-е изд. / Д.В. Дождев. М., 2008.
16. Дождев Д.В. Комиссорная оговорка при залоге: проблема совместимости правовых конструкций / Д.В. Дождев // Частное право и финансовый рынок: сборник статей. Вып. 2 / отв. ред. М.Л. Башкатов. М.: Статут, 2014.
17. Егоров А.В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России / А.В. Егоров // Вестник гражданского права. 2011. № 3.
18. Егоров А.В. Залог и титульное обеспечение: теоретико-практическое сравнение конструкций / А.В. Егоров, Е.Р. Усманова // Вестник гражданского права. 2014. № 4.
19. Звоницкий А.С. О залоге по русскому праву / А.С. Звоницкий. Киев, 1912.
20. Зеккель Э. Секундарные права в гражданском праве / Э. Зеккель // Вестник гражданского права. 2007. № 2.
21. Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве [1898] / Л.А. Кассо. М., 1999.
22. Меры обеспечения и меры ответственности в гражданском праве / под ред. М. Рожковой. М., 2010.
23. Певзнер А.Г. Понятие гражданского правоотношения и некоторые вопросы теории субъективных гражданских прав / А.Г. Певзнер // Ученые записки ВЮЗИ. Вып. V. М., 1958.
24. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. М., 1998.
25. Третьяков С.В. Формирование концепции секундарных прав в германской цивилистической доктрине (к публикации русского перевода работы Э. Зеккеля «Секундарные права в гражданском праве») / С.В. Третьяков // Вестник гражданского права. 2007. № 2.
26. Частное право и финансовый рынок : сборник статей. Вып. 2 / отв. ред. М.Л. Башкатов. М., 2014.
27. Шершеневич Г.В. Учебник русского гражданского права / Г.В. Шершеневич. М., 1995.