

Санкт-Петербургский государственный университет
Юридический факультет

Выпускная квалификационная работа
на тему:
«Договор залога будущей вещи»

Выполнил: Нарижний Артем Сергеевич
аспирант кафедры коммерческого права
очной формы обучения
Приказ о зачислении
№ 11342 от 31.08.2013

Научный руководитель: Ковалевская Наталия Сергеевна
кандидат юридических наук, доцент

Санкт-Петербург

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	3
Глава 1. Залог будущего имущества в контексте принципа спецификации	9
§ 1. Генезис залога будущих вещей в римском праве и развитие представлений о нем в средневековых европейских правопорядках	9
§ 2. Общие положения о принципе спецификации	21
§ 3. Спецификация предмета залога: международный обзор	31
Глава 2. Залог будущего имущества по российскому праву	45
§ 1. Эволюция представлений о залоге будущего имущества в российском праве	45
§ 2. Залог индивидуально-определенной будущей вещи и момент возникновения права залога	57
§ 3. Залог будущего недвижимого имущества	77
§ 4. Залог товаров в обороте	90
§ 5. Универсальный залог	95
Заключение	104
Библиографический список	108

ВВЕДЕНИЕ

На протяжении всей истории человечества всякий общественный строй рано или поздно сталкивался с проблемой экономического неравенства, в общих чертах сводившейся к тому, что одни члены общества обладали большим количеством ресурсов, чем другие. Это означало среди прочего и то, что первые могли оказывать влияние на возникающую у вторых потребность в денежных средствах, цивильной формой перераспределения которых во все времена были кредитные отношения. И лишь в исключительных случаях такие отношения строились на одном лишь доверии кредитора к должнику. Как правило же, сторона, предоставлявшая заем, старалась изыскать дополнительные гарантии его возврата. Зачастую источником таких гарантий становились вещи, принадлежащие заемщику. Таким образом, роль вещных обеспечений, и в первую очередь – залога, сложно переоценить. В этой связи не может вызывать сомнений актуальность любого исследования, посвященного проблемам реального кредита.

С учетом все более отчетливо формирующегося в последнее время тренда на вовлечение в экономический оборот будущего имущества путем его использования в качестве предметов таких договоров, как купля-продажа и аренда, не могла не вызвать научного интереса и конструкция залога будущей вещи. Этот феномен, известный со времен еще римского права и широко представленный в законодательствах и судебной практике многих стран, включая Россию, тем не менее не получил до настоящего времени сколь бы то ни было серьезного исследования, хотя вне всяких сомнений заслужил его. В этой связи перед автором стоит цель раскрыть некоторые аспекты, связанные с залогом будущих вещей и рядом сопряженных с ним правовых явлений, речь о которых пойдет ниже, и тем самым заполнить образовавшуюся нишу.

В основе любого цивилистического института зачастую лежат экономические отношения. Относя экономику к социальным наукам, Томас Карлайл давал ей такое описание: «не «веселая», а скорее печальная, она обнаруживает секрет Вселенной в «спросе и предложении» и сокращает обязанности людских правителей до простого предоставления людей самим себе, - все же удивительна. Не такая «веселая» (как мы иногда слышим), скучная, опустошающая, довольно жалкая и тревожная - мы вполне можем назвать ее мрачной наукой»¹.

Институт обеспечения обязательств, являясь одним из наиболее сложных и дискуссионных в гражданском праве, по утверждению Л. ЛоПаки имеет столь же дурную репутацию, как и экономика: «одна из самых стойких ассоциаций, которую он вызывает, - это изгнание кредиторами, обращающимися взыскание на заложенную недвижимость, несчастных семей из их домов или ферм»². Так, «человек может владеть землей, даже если ее плодов ему хватает только для того, чтобы питаться самому и платить налоги; ему это вполне по силам. И он может делать это до тех пор, пока в один прекрасный день его урожай не погибнет и он не должен будет занять у банка. Но, видите ли, банки не могут давать деньги просто так, потому что эти существа дышат не воздухом, они едят не мясо. Они дышат прибылями, они едят заемные проценты»³. В связи с этим «большинство людей, далеких от экономической науки, хотели бы, чтобы все было иначе. Мы всегда симпатизируем проигрывающему; это означает, что мы не симпатизируем кредиторам, имеющим обеспечение. Но даже если нам и не нравится этот brutальный институт, мы все равно его уважаем. Должники соглашаются предоставить обеспечение, необеспеченные кредиторы молчаливо склоняются перед ним. Как же он может быть несправедлив?»⁴, задается вопросом Л. ЛоПаки.

¹ Carlyle Th. The Nigger Question // Carlyle Th. Critical and Miscellaneous Essays: In 7 vols. Vol. 6. Chapman & Hall, 1869. P. 169, 177.

² ЛоПаки Л. Сделка без обеспечения (часть первая) (перевод Р.С. Бевзенко) // Вестник гражданского права. 2014. № 6. С. 260.

³ Steinbeck J. The Grapes of Wrath. The Viking Press, 1939. P. 43.

⁴ ЛоПаки Л. Указ. соч. С. 261.

В данном вопросе нельзя не уловить иронию, подтверждением чему служат дальнейшие рассуждения автора процитированного произведения. Действительный же вопрос, которым следует задаться каждому, кто в той или иной мере знаком с институтом обеспечения обязательств, связан с влиянием, который указанный институт оказывает на продекларированные во многих законодательствах, в том числе и в ст. 64 Гражданского Кодекса Российской Федерации⁵ (далее – ГК РФ), принципы очередности и пропорциональности удовлетворения требований кредиторов из имущества должника. Звучит этот вопрос следующим образом: «почему правопорядок допускает такую ситуацию, когда стороны своим соглашением ограничивают права третьих лиц, не участвовавших в данном соглашении, на взыскание долга с имущества должника?»⁶. Именно такая постановка вопроса способна должным образом подчеркнуть всю неоднозначность, сложность и противоречивость этого института в целом и реальных обеспечений в частности. От ответа на этот вопрос во многом зависит то, каким образом имущество должника, особенно в случае банкротства последнего, будет распределено между его кредиторами.

Чем больше возможностей по обременению в свою пользу имущества должника предоставляется правопорядком отдельным кредиторам, чем меньше ограничивается свобода последних в этом вопросе, тем больше вероятность того, что имущество должника при его несостоятельности будет распределено с нарушением интересов остальных кредиторов, например, заведомо неспособных выгадать себе обеспечение работников. Трудно предположить, что банки и иные финансовые институты, будучи сильными и расторопными участниками экономического оборота, упустят случай получить права в отношении всего доступного им имущества должника. В этой связи, допуская возможность залога будущего имущества, законодатель еще сильнее сужает круг активов, остающихся доступными необеспеченным кредиторам. При этом

⁵Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 31.01.2016) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

⁶Теплов Н.В. Залог товаров в обороте: анализ института на примере floating charge // Вестник ВАС РФ. 2013. № 10. С. 4 - 15; № 11. С. 75 - 101. // СПС «КонсультантПлюс»

необходимо иметь в виду, что возможность использования в качестве предмета залога будущего имущества является одной из ключевых предпосылок для признания соответствующим правопорядком таких обеспечительных конструкций, как залог товаров в обороте (ст. 357 ГК РФ) и универсальный залог⁷ (абзац 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ). Поскольку в силу последнего по мысли законодателя под обременение попадает все имущество залогодателя, которое будет установлено на момент обращения взыскания, постольку в случае с универсальным залогом вопрос, сформулированный в предыдущем абзаце, может быть возведен в абсолют: почему правопорядок допускает ситуацию, когда должник своим соглашением с отдельным кредитором *лишает* остальных кредиторов права на взыскание долга со своего имущества?

Стоит ли говорить о том, что введение обеспечительных механизмов, подобных универсальному залогом, требует самой серьезной предварительной проработки со стороны научного сообщества и законодателя? Естественно, такая проработка должна основываться не на одном лишь стремлении соответствовать неким, пусть и достаточно высоким, стандартам, закрепленным в законодательствах западных стран и различных документах рекомендательного характера, таких как Модельные правила европейского частного права⁸ (далее - DCFR) и Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам⁹ (далее - Руководство ЮНСИТРАЛ). В качестве ключевой предпосылки здесь должна рассматриваться действительная потребность участников экономического оборота в использовании таких обеспечительных механизмов. А такая потребность, в свою очередь, может возникать лишь в странах с высокой степенью развития рыночных, в первую очередь – кредитных, отношений и соответствующими ей уровнями публичности и прозрачности ведения бизнеса.

Кроме того, во главу угла должен быть поставлен риск, связанный с

⁷ Выбор и обоснование термина «универсальный залог» для конструкции, предусмотренной абзацем 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ, смотри в § 5 главы 2 настоящей работы.

⁸ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (См.: Модельные правила европейского частного права/ Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М., 2013).

⁹ Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам. Нью-Йорк, 2010. URL: http://uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/r/09-82672_R_Ebook.pdf (дата обращения: 01.03.2016).

потенциальным нарушением интересов наименее защищенной категории участников экономического оборота – граждан. Следовательно, в особой проработке нуждаются и механизмы, связанные с защитой прав потребителей.

Здесь нельзя также не отметить и известного многим правопорядкам принципа спецификации, который с древних времен вставал на пути сделок с будущими вещами. Этот принцип в общих чертах сводится к тому, что предметом ряда сделок, в том числе и залога, должно быть имущество, обладающее индивидуализирующими его признаками. В отношении же будущего имущества, которое в одних случаях еще не принадлежит продавцу, арендодателю или залогодателю на достаточном для распоряжения им титуле, а в других и вовсе не существует к моменту заключения соответствующей сделки, индивидуализация зачастую оказывается попросту невозможной. В той мере, в какой различные виды активов предполагают различные стандарты их описания и различные требования публичности совершаемых с ними сделок, в той мере и правопорядок сталкивается с затруднениями при попытках восприятия таких обеспечительных конструкций, как залог будущего имущества и универсальный залог.

Обратной стороной медали обеспечительных сделок с будущим имуществом следует признать риски, с которыми сталкивается кредитор. Ведь в ситуациях, когда мы имеем дело с залогом индивидуально-определенных будущих вещей, зачастую не существует каких-либо надежных гарантий того, что оговоренное сторонами имущество будет в действительности приобретено залогодателем. При этом не существует и действенных механизмов, способных понудить залогодателя к приобретению или созданию такой вещи. Здесь уместно сравнить риски покупателя и залогодержателя, заключающих соответствующие договоры в отношении будущей вещи. Так, в случае с куплей-продажей будущей вещи риск ее не создания или не приобретения продавцом лежит в плоскости простой связи - товар в обмен на деньги. Это означает наличие у покупателя права не платить продавцу или потребовать у него обратно денежные средства, уплаченные в порядке предоплаты, а также

применить определенные санкции. В случае же с залогом будущего имущества, являющимся не самостоятельной, а зависимой от наличия основного (как правило - кредитного) обязательства, сделкой риск неполучения должником вещи уходит совершенно в другую плоскость. Как известно, наличие и надежность обеспечения влияет на стоимость денег. Обеспечительный же потенциал залога будущего имущества в виду выше изложенных соображений вызывает ряд серьезных опасений. Таким образом, согласившись передать денежные средства под залог будущей вещи, кредитор рискует вовсе не получить обеспечения, что вероятнее всего скажется на размере процентной ставки.

Задачами, стоящими перед автором, является анализ сформулированных выше проблем, исследование которых будет осуществляться с использованием как общенаучных (анализ, синтез, системный и функциональный подходы, исторический метод), так и частноправовых (формально-юридический, сравнительно-правовой) методов. В основу настоящей работы положено действующее зарубежное (США, Англия, Германия, Голландия, Франция, Беларусь) и российское законодательство, DCFR и Руководство ЮНСИТРАЛ, а также труды зарубежных (Г. Дернбург, Л. ЛоПаки, Ф. Вуд, Э. Йоханссон и др.) и российских ученых (Л.А. Кассо, И.А. Базанов, Д.И. Мейер, И.А. Покровский, В.М. Хвостов, К.Н. Анненков, Г.Ф. Шершеневич, И.С. Вольман, О.С. Иоффе, Н.Ю. Рассказова, Р.С. Бевзенко, Д.В. Дождев, В.М. Будилова, А.Л. Маковский, Б.М. Гонгало и др.). В первой главе настоящего исследования будут рассмотрены подходы к залогом будущего имущества и сопряженным с ним явлениям, существовавшие в римском праве и основных европейских правовых порядках эпохи средневековья (Германия, Франция), а также отраженные в ряде действующих зарубежных законодательствах (США, Англия, Германия, Голландия, Франция, Беларусь). Особое место в ней отведено принципу спецификации имущества. Во второй главе внимание автора будет сконцентрировано на эволюции представлений о залоге будущей вещи в российском праве, в частности будут затронуты проблемы допустимости залога

будущего недвижимого имущества, рассмотрены перспективы существования такой обеспечительной конструкции, как универсальный залог.

ГЛАВА 1. ЗАЛОГ БУДУЩЕГО ИМУЩЕСТВА В КОНТЕКСТЕ ПРИНЦИПА СПЕЦИФИКАЦИИ

§ 1. Генезис залога будущих вещей в римском праве и развитие представлений о нем в средневековых европейских правопорядках

Римское право. История европейского права, насчитывающая несколько тысячелетий, включала в себя ряд этапов. К основным из них могут быть отнесены эпоха римского права, эпоха средневекового права, эпоха рецепции римского права с последовавшим за ней принятием кодифицированных актов в XIX веке. Стоит ли говорить, что за это время экономика, культура, а вместе с ними и право успели пережить многократные и разносторонние изменения. В частности в отношении залогового права И.А. Покровским было отмечено, что в таком виде, в каком мы привыкли его понимать, оно является у всех народов лишь продуктом очень длинной и сложной истории. В простейшем виде эволюция залоговых правоотношений может быть представлена следующим образом: от фидуциарной собственности к закладу, а затем к непосessorным формам (ипотека)¹⁰.

Fiducia, будучи древнейшей формой залоговых правоотношений, предполагала, что кредитор, получив служащую предметом обеспечения вещь в собственность, не лишался при этом возможности осуществить обеспеченное требование¹¹. То есть это было не что иное, как продажа закладываемой вещи с правом ее обратного выкупа путем уплаты долга¹². Различие между залогом и ипотекой в эпоху римского права состояло лишь в том, что при *ипотеке* предмет, каков бы он ни был (движим или недвижим), оставался в руках

¹⁰ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 213 – 215.

¹¹ Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. М., 1999. С. 24 – 26.

¹² Покровский И.А. Указ соч. С. 213.

установителя ипотеки¹³, а при *закладе* – поступал в руки кредитора¹⁴. В обоих случаях собственником вещи оставался должник, что положительно отличало эти обеспечительные конструкции от фидуции. При этом залог движимого и недвижимого имущества подчинялся единым правилам. Это обуславливалось тем обстоятельством, что римскому праву в целом не были известны различия в обороте движимых и недвижимых вещей: переход прав в обоих случаях состоял из личной сделки между отчуждателем и приобретателем и вещного договора – традиции. Личная сделка являлась титулом для вещной¹⁵.

Не предполагая передачи вещи во владение и пользование залогодержателя, римская ипотека имела абсолютную вещную природу, способствовавшую свободной циркуляции имущества без ущерба для обеспечительного интереса кредитора. Так зародился *принцип следования*, означающий, что любое лицо, являющееся собственником предмета залога, обязано выдать его залогодержателю для обращения взыскания по долгу, обеспеченному залогом¹⁶. Кроме того, римская ипотека поражала именно ценовую сторону предмета обеспечения. Это означало, что в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обеспеченного ипотекой обязательства кредитор получал право обратиться взыскание на предмет ипотеки и удовлетвориться из стоимости, вырученной от его продажи, преимущественно перед другими кредиторами залогодателя. В этом состоит *принцип приоритета*. Отметим, что в трудах, посвященных залоговому праву, содержится указание на то, что следование и приоритет, свойственные еще римской ипотеке, и по сей

¹³ Таким образом, в римском праве термин «ипотека» использовался в более широком значении, чем в современном российском законодательстве, в частности – в Федеральном законе от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» (СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400) (далее – Закон об ипотеке), из одного названия которого можно сделать вывод об отождествлении законодателем терминов «ипотека» и «залог недвижимого имущества». Иное мнение высказывал Д.И. Мейер, прямо указывавший на то, что в римском праве залог недвижимого имущества называется *hypotheca*, а залог движимого – *pignus* (См. Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 2. М., 1997. С. 199.).

¹⁴ Базанов И.А. Происхождение современной ипотеки. Новейшее течение в вотчинном праве в связи с современным строением народного хозяйства. М., 2004. С. 125.

¹⁵ Там же. С. 123.

¹⁶ Отметим, что новейшие законодательные тенденции заставляют усомниться в верности этого тезиса для российского залогового права. Достаточно обратить внимание на то, что добросовестность приобретателя заложенного имущества, то есть его незнание об обременении последнего залогом, стала теперь одним из оснований прекращения права залога (пп. 2 п. 1 ст. 352 ГК РФ). Введение указанной нормы серьезнейшим образом пошатнуло значение принципа следования.

день составляют ядро залогового права, являются его основополагающим принципам и опорами¹⁷. Примечательно, впрочем, что иногда удовлетворение кредитора допускалось за счет плодов, принесенных ему пользованием вещью, которые зачитывались в счет процентов или в погашение долга. Этот частный случай назывался *антихрезой*¹⁸. Иногда же стороны в своем соглашении предусматривали *комиссорную оговорку* (*lex commissoria*), позволявшую кредитору в случае неисполнения удовлетвориться за счет присвоить предмет залога себе¹⁹.

В зависимости от времени, места, а также уровня экономического развития и потребностей общества в реальном кредите, указанные залоговые формы переплетались между собой и дополняли друг друга, исчезая и вновь закрепляясь в законодательствах соответствующих государств, подтверждением чему станет дальнейшее изложение. Помимо следования и приоритета залоговым отношениям за редкими изъятиями неизменно сопутствовала необходимость того, что должник должен являться собственником предмета залога. Так, Г. Дернбург подчеркивал, что для возникновения залогового права обыкновенно требуется, *чтобы залогодателю ко времени заключения договора залога принадлежало право собственности* на вещь. Согласно с этим римский залоговый иск требовал, чтобы вещь была «*in bonis tempore conventionis*»²⁰.

Изложенный принцип становится своеобразной отправной точкой при переходе от общих рассуждений о залоговом праве древнейшей эпохи к анализу непосредственного предмета настоящего исследования – залога будущего имущества. Ведь нет ничего удивительного в том, что свои истоки указанная конструкция берет именно в римском праве. Так, посвященная залогам двадцатая Книга Дигестов начинается с указания Папиниана на общую допустимость

¹⁷См. например: Bouteiller. *Somme rural*, tit. LXIV, p. 385; Хвостов В.М. Система римского права. II. Вещное право. Конспект лекций. М., 1908. С. 103-104; Бевзенко Р.С. Борьба за залог: третий этап реформы залогового права России // Вестник гражданского права. 2015. № 2. С. 8 – 50. // СПС «КонсультантПлюс»

¹⁸Дернбург Г. Пандекты. Т. 1. Ч. 2. Вещное право. СПб., 1905. С. 304.

¹⁹Дождев Д.В. Комиссорная оговорка при залоге: проблема совместимости правовых конструкций // Частное право и финансовый рынок: Сборник статей. Вып. 2 / Отв. ред. М.Л. Башкатов. М., 2014. С. 84 – 122 // СПС «КонсультантПлюс»

²⁰Дернбург Г. Указ соч. С. 282

генерального залога: *допускается генеральное соглашение о передаче в залог имущества²¹, даже приобретенных (залогодателем) впоследствии (после заключения соглашения о залоге). Но когда соглашение заключено в отношении чужой вещи, то, если залогодатель (на момент заключения соглашения) не имел в отношении нее права требования (к третьему лицу), затем, после того как должник приобрел на нее право собственности, кредитор, который (при заключении соглашения) знал, что вещь чужая, с большими трудностями будет дан (претором) иск по аналогии, но окажется более легким для владеющего (кредитора) удержание (вещи)²² (I. 1 pr. D. de pignoribus 20,1.)²³. При этом далее Марциан указывал, что передача в залог чужой вещи действительна под условием, что залог вступает в силу, когда вещь сделается принадлежащей должнику.*

Из изложенного Г. Дернбургом делается вывод о том, что отдача в залог будущих вещей считалась действительной, если после заключения залогового договора залогодатель становился собственником заложенной вещи. Сюда указанным автором относились залоговые сделки, заключенные в *расчете на последующее приобретение залогодателем вещи в собственность* – предварительные или антиципирующие (лат. *anticipatio* — предвосхищение) договоры залога²⁴. Они вступали в силу тогда, когда это ожидание впоследствии исполняется. Это имеет место 1) при залоге *определенных* чужих вещей или 2) при залоговых сделках, относящихся к *совокупности вещей*, подлежащих пополнению и обновлению. Типичным примером первого вида служит залог

²¹Obligatione generali - буквально, «в силу общего обязательства».

²²Второе предложение приведенного отрывка Дигестов посвящено проблеме залога чужих вещей, который имеет определенное сходство с залогом будущего имущества, проявляющееся в том, что оба этих случая тесно связаны с необходимостью наличия у залогодателя права собственности на предмет залог, особенно если последний является индивидуально-определённой вещью. Тем не менее, проблеме залога чужих вещей должно быть посвящено самостоятельное исследование. Такое исследование тем более актуально, что Законом № 367-ФЗ от 21.12.2013 года в п. 2 ст. 335 ГК РФ была введена фигура добросовестного залогодержателя, то есть лица, которое не знало и не могло знать о том, что имущество передавалось в залог неуправомоченным лицом. Последнее, таким образом, распоряжалось чужой вещью, однако указанный порок исцелялся добросовестностью залогодержателя и залог, как вещное право, считался возникшим.

²³Здесь и далее текст Дигестов приводится по: Памятники римского права: Законы 12таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М.,1997.

²⁴При этом Дернбург отмечает, что договор залога может антиципировать и другие обязательства, а именно возникновение требования, которое должно быть обеспечено залогом. Однако залоговую сделку, предшествующую приобретению объекта залога, Дернбург называл антиципирующей в собственном смысле.

вещи, которую *должны* закладчику. Главный пример второго вида составляет *генеральная (общая) ипотека*²⁵, способная двойным образом обременять залогом все имущество в совокупности: либо все существующее имущество, либо же все настоящее и будущее.

Залогодатель, устанавливая залог на всем имении вообще, имеет в виду как настоящее, так и будущее имущество, при этом Ф. Дыдынский отмечает, что залог возникает после их приобретения, а не в момент установления залогового права на всем имуществе. Если залог был установлен на всем имуществе должника, то хотя он как собственник и не лишился права отчуждения предметов, входящих в состав этого имени, все-таки залог вследствие отчуждения не прекращался, как это ошибочно утверждали некоторые. К новому собственнику переходят эти вещи, уже обремененные залогами²⁶. Таким образом, как следует из изложенного, с точки зрения стандартов описания заложенного имущества римскому праву были известны два вида ипотеки: специальная, означавшая залог индивидуально-определенной вещи и ее противоположность – генеральная²⁷.

Тем не менее, Дигестами был очерчен довольно широкий круг объектов, не покрывавшихся генеральной ипотекой. Так, *генеральным залогом вещей, которые кто-либо имеет или будет иметь, не объемлются те вещи, которые должник не передал бы в специальный залог на основании отдельного соглашения. Кроме того, домашняя утварь, а также одежда должны быть оставлены должнику, и из рабов те, которыми он пользовался таким образом, что представляется ясным, что он не передал бы их в залог. Поэтому в отношении тех (рабов), которые ему совершенно необходимы, или к которым он имеет привязанность (I. 1 pr. D. de pignoribus 20,6.), или которые ежедневно обслуживают его, не применяется Сервианов иск (I. 1 pr. D. de pignoribus 20,7.)*. Не покрывались генеральным залогом и вещи, имеющие для должника

²⁵Дернбург Г. Указ. соч. С. 282.

²⁶Дыдынский Ф. Залог по римскому праву. Варшава, 1872. С. 68.

²⁷Представляется, что именно в идее генеральной (общей) ипотеки следует искать истоки упомянутого выше универсального залога, допустимого в предпринимательских отношениях (абз. 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ).

особенную ценность (*pretium affectionis*), что по мнению Ф. Дыднского представляется весьма неопределенным и составляло немаловажную причину запутанности института генеральной ипотеки. Поэтому-то случалось часто, что кредитор, не считая себя достаточно обеспеченным установлением ипотеки на все имущество, старался еще приобрести специальный залог²⁸. Сказанное относится и к вещам, которые залогодатель не имел в составе имущества во время заключения договора (I. 1 pr. D. de pignoriibus 20,9.).

Содержат Дигесты и фрагмент, посвященный залогу товарной лавки. Так, *должник заложил кредитору лавку, в связи с чем Сцеволе был задан вопрос: то ли тем самым должник ничего не лишился, то ли будет считаться, что под именем лавки отданы в залог товары, которые в ней были? И если (должник) со временем распродал эти товары, и приобрел другие, и поместил их в лавку, и затем умер, то может ли кредитор посредством ипотечного иска требовать все, что там обнаружится, хотя бы и виды товаров изменены, и другие вещи помещены (в лавку)? Сцевола в 27-й книге «Дигест» ответил: то, что на момент смерти должника найдено в лавке, считается заложенным.* В предложенном казусе можно проследить истоки института залога товаров в обороте и легитимацию последнего.

Интересным образом в римском праве регулировались вопросы, связанные с залоговым приоритетом. Общим правилом являлось старшинство договорной ипотеки, установленной ранее. Римскому праву, впрочем, помимо договорных ипотек, было известно большое количество ипотек законных (например, ипотека фиска по налоговым требованиям). Значительное же число последних обременяло все имущество должника. В силу указания закона такие генеральные ипотеки пользовались приоритетом перед любыми договорными ипотеками. Если же все имущество одним и тем же должником было заложено поочередно двум кредиторам, то в этом случае первый из кредиторов

²⁸Дыднский Ф. Указ. соч. С. 70.

пользуется преимуществом перед вторым по отношению к предметам, приобретенным впоследствии собственником²⁹.

В то же время, о возникновении генеральных ипотек зачастую не было известно не только третьим лицам, в том числе текущим залогодержателям, но даже собственнику имущества³⁰. Такое отсутствие публичности считается одним из основных недостатков римского залогового права. Самые строгие расчеты кредитора рушились, как только наступали условия, влекущие обременение имущества должника законной привилегированной ипотекой, поскольку никто посторонний не имел никакой возможности узнать о ее возникновении. Договорные залоги также могли устанавливаться без соблюдения каких-либо требований гласности, путем заключения простых соглашений. Умолчание первоначального кредитора или собственника о существующих обременениях влекло ущерб для приобретателя вещи и последующих залоговых кредиторов, поскольку в силу абсолютного характера ипотеки и ее следования за вещью незнание об обременении не освобождало нового собственника от ответственности при обращении взыскания на предмет залога; неосведомленность же последующих кредиторов не наделяла их никакими дополнительными правами на предмет залога³¹. Все это негативно сказывалось на обороте, в первую очередь – обороте недвижимости.

В связи с этим Императором Львом была предпринята попытка сделать шаг к системе публицитета. Так, в силу Конституции Императора Льва 469 года ипотека, совершенная в суде или при троих свидетелях, считалась привилегированной. Такая мера, впрочем, сводилась к простой регистрации в доказательной форме установления ипотеки и не обеспечивала полной обозримости всех правоотношений, складывавшихся в отношении недвижимости. Кроме того, указанной Конституцией не была решена проблема большого количества ранее существовавших законных и привилегированных ипотек, в результате чего оборот недвижимости практически полностью

²⁹Дыдынский Ф. Указ. соч. С. 70.

³⁰Базанов И.А. Указ. соч. С. 126 - 127.

³¹Там же. С. 126.

остановился. Это привело к полной бескредитице³². Позднее в Дигестах нашел отражение принцип, согласно которому ранее установленный генеральный залог имел приоритет перед более поздним залогом имения, входящего в состав имущества, переданного в генеральный залог (на это указывал Папиниан в 3-й книге Ответов).

Средневековье и рецепция римского права. Генеральные ипотеки, покрывавшие, в том числе, и будущее имущество залогодателя, были также известны и европейскому праву средних веков, получив распространение в таких странах, как Австрия, Франция и Германия. В связи с тем, что владение землей в тот период фактически было вечным, а ее отчуждение являлось событием не только для приобретателя и отчуждателя, но и для всего общества и государства, передача собственности на недвижимость распадалась на обязательственную сделку об отчуждении и сложный торжественный акт, содержащий элементы вещного договора и судебного приговора, выполняющий ту сделку и переводящий право собственности на недвижимость на приобретателя. В Германии такой акт назывался *Auflassung* (или *Verlassung*)³³, а во Франции - *nantissement* (или *ensasinement*) (в Бретани – *appropriance*)³⁴. Указанный акт предполагал публикацию и последующее оглашение воле сторон в суде или городском совете. Такому оглашению сопутствовал активный опрос сторон о сделке со стороны соответствующего органа. Делалось это в интересах третьих лиц. Ключевой особенностью построения оборота недвижимости на указанных началах являлось то, что соблюдение требований гласности влекло за собой невозможность оспаривания сделки и перехода права никакими третьими лицами ни по каким основаниям. При этом указанные начала служили подспорьем не только сделкам, опосредующим переход права собственности, но и залоговым (ипотечным) сделкам, что оказывало положительное влияние на доступность и стоимость кредита.

³²Там же. С. 127.

³³Там же. С. 68-78.

³⁴Там же. С. 103-104.

Средневековые залоговые сделки, в качестве примера которых могут быть приведены схожие³⁵ между собой германская *ältere Satzung*³⁶ и французская *Engagement*³⁷, в общих чертах комбинировали в себе 1) отношения по пользованию недвижимостью в обмен на заранее предоставленный капитал³⁸ и 2) условную продажу. Так, например, установитель *Satzung* получал наперед известную сумму денег, а ее приобретатель - иногда временное пользование недвижимостью, иногда же, сверх того, еще условное право собственности на самую субстанцию недвижимости. *Ältere Satzung* и *engagement* сопровождалась теми же мероприятиями, что и приобретение собственности, и теми же последствиями: совершение сделки изначально предлагалось родственникам, власть исследовала сущность сделки и притязания со стороны третьих лиц. В некоторых регионах, например в Арденбурге, указанные права возникали одновременно с записью в судебные книги³⁹. В результате, кроме полного и бесконтрольного хозяйствования, кредитор, как наиболее близкий к недвижимости субъект, получал на все время кредитного отношения такое же полное юридическое господство на заложенное имение - *rechte Gewere*, то есть абсолютную защиту от третьих лиц⁴⁰. В отношении к должнику он был прежде всего связан личной обязанностью вернуть имение по удовлетворении. Благодаря действию *Gewere* там, где чистая *Satzung* комбинировалась с условным отчуждением субстанции недвижимости и где стороны устанавливали точный срок для размена капитала и пользования недвижимостью, - с пропуском должником срока уплаты долга, кредитор становился прямо собственником, без каких-либо новых юридических действий с чьей-либо стороны⁴¹.

³⁵ Кассо Л.А. Указ. соч. С. 177-181.

³⁶ Базанов И.А. Указ. соч. С. 86-92.

³⁷ Кассо Л.А. Указ. соч. С. 177-181.

³⁸ В литературе спорен вопрос о том, является ли *ältere Satzung* формой реального кредита. Одни отмечают, что при ней не было места какому-либо долговому отношению и она не была специальной кредитной правовой организацией, а делу реального кредита она служила лишь косвенно и между прочим (См. Базанов И.А. Указ. соч. С. 92.). Напротив, Л.А. Кассо признавал наличие долгового отношения при организации *ältere Satzung* (См. Кассо Л.А. Указ. соч. С.49-50.)

³⁹ Базанов И.А. Указ. соч. С. 91, 104.

⁴⁰ Аналогичная защита возникала у приобретателя недвижимости в результате ее отчуждения по *Auflassung*.

⁴¹ Там же. С. 87-90.

Сказанное относится и к другой форме средневековых залоговых сделок: германской *neuere Satzung* и французской *obligation*, которые в свою очередь не предполагали передачи имущества кредитору. Суть их заключалась в первоначальной организации перцепированного состояния экзекуции на недвижимость, устанавливаемого по соглашению сторон⁴². На *obligation* мы остановимся подробнее. Л.А. Кассо отмечал, что согласно французским памятникам XIII столетия должник, вступая в обязательственные отношения с кредитором, упоминает об ответственности всем своим имуществом. По мнению указанного автора вероятным является то, что эта оговорка была первоначально необходима для допущения взыскания против имущества, в особенности недвижимого; впоследствии же она повторялась как установленная обычаем формула, лишенная существенной необходимости. Результатом такого подхода стал следующий вывод: раз *obligatio specialis* означала обещание допустить абсолютное и преимущественное удовлетворение из определенной вещи, то и на *obligatio generalis* стали мало-помалу смотреть как на вещное обеспечение, распространяющееся на все имущество должника. А ввиду того, что всякое обязательство должно было со временем влечь за собой имущественную ответственность, установилось предположение, что всякая личная связь между двумя контрагентами порождает генеральную ипотеку в римском смысле на весь актив должника. Понятно, что при такой конструкции не могло быть места для ограниченности права взыскания. Впрочем нужно заметить, что первоначально эта ответственность всем имуществом не носила характера залога в том смысле, что она не давала отдельным кредиторам право на преимущественное удовлетворение.

Лишь в XVI веке, благодаря усилиям юристов, воспоследовало в этом отношении уравнение *obligatio omnium bonorum* и *obligatio specialis*. В результате генеральная ипотека на все имущество стала связываться со всяким обязательством, если только договор был заключен в присутствии представителя общественной власти и носил характер *acte authentique*. Этому

⁴²Там же. С. 105-106.

воззрению вполне соответствовало постановление ордонанса 1539 года, снабжающее всякий долг, признанный должником, ипотечной силой. Такое общее залоговое право, вытекающее из всякого нотариального акта, сохранялось во Франции до конца XVIII века⁴³. И.А. Базанов подчеркивал, что при обременении недвижимости генеральная ипотека должна была разбиться на ряд специальных ипотек. Иною никакая ипотека не могла быть, так как *nantissement* могла совершаться только на отдельные конкретные недвижимости, поскольку акт *nantissement* под страхом недействительности должен был ограничить действие ипотеки одной определенной недвижимостью. Когда же ипотека по договору должна была обременить все недвижимости должника, тогда для каждой недвижимости требовался особый установительный акт. Недвижимости индивидуализировались их способностью и указанием ограничений⁴⁴.

Однако негативное влияние на оборот недвижимости оказала начавшаяся в XV-XVII в.в. рецепция римского права, закрепившая в европейских законодательствах действительность негласной передачи права собственности, совершавшейся путем простых соглашений и римской традиции. Во Франции традиция и вовсе превратилась вначале в оговорку о традиции, помещавшуюся в личный договор о приобретении недвижимости, затем указанная оговорка вошла в обычай и стала подразумеваться молчаливо и везде там, где ее пропускали⁴⁵. Так зародилась идея о том, что переход собственности должен совершаться путем простого соглашения, нашедшая свое отражение в Кодексе Наполеона, легшая в основу консенсуальной модели перехода права собственности⁴⁶. В результате распорядительные действия могли оспариваться,

⁴³ Кассо Л.А. Указ. соч. С. 184-185.

⁴⁴ Базанов И.А. Указ. соч. 106.

⁴⁵ Там же. С. 129.

⁴⁶ О.С. Иоффе в связи с этим писал, что в определении момента перехода права собственности доктрина единодушна применительно только к вещам, определенным родовыми признаками, ибо никаким иным способом, кроме передачи, перенести право собственности на эти вещи с отчуждателя на приобретателя невозможно. Когда дело касается вещей, определенных индивидуальными признаками, то здесь применима как *система передачи (традиции)*, так и *консенсуальная система*, приурочивающая переход права собственности от отчуждателя к приобретателю ко времени заключения отчуждательной сделки (купли-продажи, дарения и т.п.). Сторонники системы традиции (Ранда, Экснер, Окс, Шершеневич и др.) обращали внимание на ее публичный эффект - очевидность для всех того неоспоримого факта, что раз к приобретателю перешло владение вещью, он

а имущество могло быть виндцировано от приобретателя. Эвикция влекла за собой попытки приобретателя возместить свои убытки, но результат таких попыток не всегда был положительным.

Такое положение вещей внесло неопределенность в оборот недвижимости, способствовало удорожанию кредита и послужило катализатором для возвращения к публичной форме совершения сделок с недвижимостью. В частности общий законодательный тренд был направлен на стимулирование участников оборота за счет надления записанных ипотек приоритетом перед незаписанными. Однако последние оставались действительными и имели приоритет перед необеспеченными личными требованиями. Это оказало влияние и на регулирование генеральных ипотек. Например, в силу прусских правовых памятников, таких как Ландрехт 1721 года⁴⁷, Ипотечный устав 1722 года⁴⁸, Силезский устав 1750 года⁴⁹ генеральные ипотeki при записи стали разбиваться на специальные на отдельные недвижимости. Это объяснялось в частности тем, что по Ипотечному уставу 1722 года ипотечные книги тогда велись по реальной системе⁵⁰: в них записывались в порядке номеров все недвижимости, находящиеся в соответствующем округе, с признаками, которые характеризуют недвижимость как с физической стороны, для отличия их от других объектов недвижимости, так и с правовой стороны. Внесение записи о генеральной ипотеке такой реальной системе не соответствовало. При этом генеральная ипотека здесь *ipso jure* разумелась как ипотека на недвижимость, ибо право на движимости не подлежит записи в вотчинную книгу.

должен одновременно стать и ее собственником. Сторонники консенсуальной системы (Планиоль, Васьковский, Трепицын и др.) подчеркивали, что поскольку в момент заключения договора отчуждатель лишается возможности распоряжения вещью, она должна признаваться с того же момента принадлежащей приобретателю. В английском и французском законодательстве закреплена консенсуальная система, а в германском - система традиции. Ее же воспринял и проект русского гражданского уложения, в отличие от действовавшего в России законодательства, которое шло по пути консенсуальной системы. Учитывая, однако, недостатки и преимущества обеих систем, принимались практические меры к ослаблению существенных различий между ними. (См: Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 100.).

⁴⁷Базанов И.А. Указ. соч. С. 153.

⁴⁸Там же. С. 156.

⁴⁹Там же. С. 163.

⁵⁰В то время как французские книги велись по личной системе. С развитием компьютерных систем регистрации градация систем на вещные и личные фактически утратила свое значение.

§ 2. Общие положения о принципе спецификации

С развитием требований публичности стали ужесточаться и требования к индивидуализации закладываемого имущества. Без точного описания обременяемой недвижимости запись ипотеки не могла состояться⁵¹. В связи с этим И.А. Покровский отмечал, что право, задавшись целью устранить всякую неопределенность в области реального кредита, пришло с естественной необходимостью к отрицанию подобных генеральных ипотек⁵² и к твердому проведению того, что называется принципом специальности залога: объектом залога может быть только известная определенная вещь⁵³. В книгу вносятся записи о правах, касающихся определенного имени, и каждому имени отводится отдельный лист, поэтому общие (генеральные) ипотеки противны принципу специальности⁵⁴. Помимо необходимости точного описания предмета недвижимости, принцип специальности означает также, что в реестре должна находить отражение и сумма каждого обременения⁵⁵. Подтверждением изложенному сложат вовсе не попавшие в Кодекс Наполеона положения о генеральной ипотеке. Л.А. Кассо находил след прежней конструкции, устанавливающей в связи с каждым обязательством генеральную ипотеку на все имущество лишь в том, что кредитор стал устраняться от вещей, не вошедших в залоговое правоотношение, пока заложенный объект считается в состоянии

51[□]И.А. Базановым выделял четыре коренные формально-правовые максимы, на которых покоится реальный кредит: помимо публичитета и специалитета к ним относятся также легалитет и приоритет (См.: Базанов И.А. Указ. соч. С. 120). В свою очередь Д.И. Мейер указывая, что ипотечная система помимо специального назначения служит целям регистрации и укрепления права вообще, выделял шесть весьма рельефно эту систему характеризующих принципов: специальность, обязательность, гласность, достоверность, бесповоротность и старшинство (Мейер Д.И. Указ. соч. С. 201.). В целом эти подходы совпадают, т.к. публичитет, выделяемый И.А. Базановым, у Д.И. Мейера распадается на обязательность, гласность и бесповоротность. Приоритет же равен старшинству, легалитет – достоверности, а специалитет – специальности.

52[□] Отметим, что по свидетельству И.С. Вольмана в начале XX века среди всех западно-европейских законодательств только свод гражданских законов Прибалтийских губерний (Эстонии и Латвии) допускал широкое применение залога. Так, в силу ст. 1357 указанного свода, предметом залогового права могли быть все вообще вещи, коих отчуждение положительно не запрещено, и притом не только уже существующие, но и могущие явиться впредь как телесные, так и бестелесные, например, долговые обязательства. (См: Вольман И.С. Залог будущих вещей и будущих строений // Советская юстиция. 1928. № 33. С. 909.).

53[□] Покровский И.А. Указ. соч. С. 213.

54[□] Мейер Д.И. Указ. соч. С. 200.

55[□] Башмаков А.А. Основные начала ипотечного права. Либава, 1891. С. 55.

погасить его требование: вещь, *specialiter* заложенная, стояла на первом плане, а предметы, захваченные общей ипотекой, отвечали только *in subsidium*⁵⁶.

Прежде, чем перейти к подробному рассмотрению исследуемого нами принципа, обратим внимание на путаницу в терминологии, существовавшую еще в дореволюционной российской цивилистике, и не устраненную до сих пор. Помимо уже упомянутой «специальности»⁵⁷, могут быть встречены следующие его интерпретации: «специалитет»⁵⁸, «специализация»⁵⁹, «спецификация (обособление)»⁶⁰, «определенность»⁶¹. Отсутствие единообразия в терминологии означает, на наш взгляд, что ни один из существующих вариантов так и не сумел прижиться в отечественном праве. Рассмотрим плюсы и минусы предложенных терминов. В первую очередь обращает на себя внимание то обстоятельство, что у каждого из них имеется несколько значений, а на законодательном уровне они зачастую используются для обозначения совершенно иных явлений. Так, например, далекое от предмета настоящего исследования значение термин «специалитет» приобретает в п. 3 ч. 5 ст. 10, ст. 70 и иных нормах Федерального закона от 29.12.2012 года № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации». Им обозначается квалификация, приобретаемая студентом после освоения программы обучения. Термины «специальность» и «специализация» также чаще всего используется в контексте образовательного процесса и последующего осуществления профессиональной деятельности, при этом они являются еще более широкими, чем предыдущий вариант, а от того и менее подходящими. В свою очередь термином «спецификация» обычно обозначается приложение к рамочному договору, например, поставки, в котором описываются конкретные характеристики товара, позволяющие его индивидуализировать. Используется указанный

⁵⁶ Кассо Л.А. Указ. соч. С. 184-185.

⁵⁷ Мейер Д.И. Указ. соч. С. 200; Будилов В.М. Приобретение права собственности по договору в концепции вещного права Германии: к дискуссии о развитии Российского вещного права. М., 2015. 560 с. // СПС «КонсультантПлюс»; Мочалова В.А. Гражданско-правовые вопросы обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество: научно-практическое пособие. М., 2013. 224 с. // СПС «КонсультантПлюс»

⁵⁸ Теплов Н.В. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»; Базанов И.А. Указ соч. С. 120.

⁵⁹ Базанов И.А. Указ. соч. С. 192.

⁶⁰ Бевзенко Р.С. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс».

⁶¹ Baur/Stürner: Sachenrecht, 18. Auflage, München 2009, 1086 S.

термин и в контексте проблемы тождества объектов гражданских прав, возникающей в результате необратимого преобразования или фактического изменения вещей⁶² (чаще всего – недвижимого имущества). Таким образом, именно последний термин в наибольшей степени соответствует целям настоящего исследования.

Принцип спецификации тесно связан не только с допустимостью генеральных ипотек (или универсальных залогов), но и с допустимостью передачи в залог индивидуально-определенных вещей, которые будут созданы или приобретены в будущем. Серьезное развитие и интерпретацию указанный принцип (the doctrine of specificity) и лежащие в его основе требования обособления имущества (specificity requirements) получили в современной западной юридической литературе. Принцип спецификации означает, что вещные права, возможно, существуют только в отношении индивидуально-определенных вещей⁶³ и что недопустимы сомнения относительно содержания распоряжения⁶⁴. Следовательно, для распоряжения активом – его продажи, дарения, установления обеспечительного интереса⁶⁵ или передачи в доверительную собственность (в траст) – актив должен быть идентифицируемым. Если актив не может быть описан с требуемой для его индивидуализации степенью точности, то обеспечительный интерес в нем не возникает и такой актив остается доступным для необеспеченных кредиторов должника. Филип Вуд отмечает, что принцип спецификации является одним из наиболее сбивающих с толку и загадочных аспектов в учении об обеспечительном

62 Зинченко С.А., Лапач В.А., Шапсугов Д.Ю. Проблемы объектов гражданских прав. Ростов-на-Дону, 2001. С. 135.

63 Baur/Stürner. Op. cit. 1086 S.

64 Будилов В.М. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

65 Англо-американские правовые порядки оперируют термином «security interest» (обеспечительный интерес), который предполагает получение кредитором определенного имущественного интереса в активах должника или третьего лица в целях обеспечения уплаты долга последним, устанавливаемым на основании соглашения или закона. Термин используется как родовое понятие и охватывает такие обеспечительные конструкции, как «pledge» (заклад), «mortgage» (ипотека), «floating charge», «fixed charge» (обеспечения, устанавливаемые по праву справедливости в отношении активов компании) и пр. В дальнейшем для целей настоящего исследования, если не будет указано иное, термин «обеспечительный интерес» будет использоваться в качестве синонима термина «право залога».

интересе, но если кто-то действительно осознает то, что происходит на самом деле, он сможет приоткрыть завесу тайны этого эзотерического принципа⁶⁶.

Принцип спецификации обеспечивает правовую ясность как один из признаков правовой стабильности⁶⁷. Он глубоко укоренился в различных правовых культурах и основывается на присущих им философиях права собственности и особенностях его переноса с одного лица на другое. Выше мы уже рассмотрели некоторые из них. Филип Вуд полагает, что указанный принцип покоится на следующих предпосылках:

1) **Собственность** – это право владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом без посягательств и угроз изъятия с чье-либо стороны. В каких-то странах без индивидуализации имущества им невозможно владеть и пользоваться. В других неиндивидуализированное имущество не защищено от препятствий в пользовании им и изъятий со стороны третьих лиц.

2) **Защита переноса права собственности.** Продавцам и покупателям нужно знать, какое именно имущество подлежит передаче, чтобы покупатель получал оговоренный актив, а продавец больше не мог распоряжаться этим активом как своим собственным. Результатом переплетения прав на имущество может стать смешение активов в общую массу, а также споры о праве преимущественного удовлетворения.

3) **Защита кредиторов.** Обеспеченные кредиторы должны знать, собственником какого именно актива является должник, чтобы иметь возможность закрепить свое право на данное имущество и признавать недействительными противоправные посягательства на него со стороны третьих лиц.

4) **Банкротство.** При банкротстве управляющему нужно знать, какое имущество доступно кредиторам. Обеспеченным кредиторам, получившим приоритет перед другими кредиторами должника, должна быть предоставлена возможность так обособлять заложенный актив, из стоимости которого они

⁶⁶ Wood Ph.R. Comparative Law of Security Interests and Title Finance. London, 2007. P. 109.

⁶⁷ Baur/Stürmer. Op. cit. 1086 S.

могут получить преимущественное удовлетворение, чтобы необеспеченные кредиторы лишались к нему доступа.

5) ***Фиктивная состоятельность⁶⁸ и публичность.*** Спецификация имущества тесно связана с принципом обеспечения публичности перехода прав на имущество. Так, у должника во владении может находиться значительное количество имущества, что создает видимость его состоятельности, однако эти активы либо заложены банку, либо находятся в доверительной собственности должника, либо уже проданы кому-то другому. Такая фиктивная состоятельность способна ввести кредиторов в заблуждение и поспособствовать предоставлению необоснованного кредита со стороны последних. До появления компьютерных систем учета публичность традиционно обеспечивалась презумпцией того, что законным владельцем является тот, кто имеет контроль и господство над имуществом. Затруднительным, однако, представлялось получение контроля и господства над активом в степени, требуемой для придания праву собственности публичности. В настоящее время в отношении разного вида объектов существуют свои способы обеспечения требований публичности: движимость, включая сырье и товары в обороте, по-прежнему предполагает владение ею (которое, впрочем, не является эффективным, поскольку не способно обеспечить эффекта общедоступности⁶⁹); права требования предполагают направление уведомлений должнику; недвижимость, воздушные и морские суда, ценные бумаги и интеллектуальной собственности предполагают регистрацию прав на них в соответствующих публичных реестрах; банковские счета – контроль за осуществляемыми с них списаниями. Во всех перечисленных случаях соответствующий актив должен быть индивидуализирован в целях его обособления и отделения от остального имущества должника. В правопорядках,

⁶⁸В первоисточнике Филип Вуд использует термин «false wealth», аналог которому в российской доктрине гражданского права нам обнаружить не удалось. В этой связи мы предлагаем интерпретировать его как «фиктивная состоятельность» или «фиктивное благосостояние», поскольку именно такой перевод способен отразить смысл, вложенный в него автором, подтверждением чему станет дальнейшее изложение.

⁶⁹Именно поэтому в некоторых странах, в том числе и в России, создаются системы учета залогов движимого имущества. Речь о них пойдет ниже.

требующих высокого уровня публичности передачи прав на имущество, устанавливаются высокие стандарты требований к его спецификации. Отсутствие индивидуализации приравнивается к отсутствию публичности и недействительности передачи прав.

б) Регистрация. Если титул на имущество подлежит регистрации, то для совершения регистрации права собственности необходима спецификация такого актива, например, путем точного описания границ земельного участка. Требования регистрации распространяются и на обременения права собственности. Существует мнение, что в случае с вещными обеспечениями, также являющимися обременениями права собственности, строгие требования спецификации берут корни в античной ипотеке, предполагавшей точное описание закладываемой земли. В дальнейшем этот принцип постепенно распространился и на иные закладываемые активы. Регистрация необходима для получения права на преимущественное удовлетворение, а также для подтверждения действительности обременения в отношении иных кредиторов и третьих лиц. Если требование регистрации не соблюдено, то обременение для них не действует⁷⁰.

Критика принципа спецификации. Принцип спецификации подвергается критике в связи с его несоответствием потребностям стремительно развивающихся финансовых рынков. Так, Эрика Йоханссон отмечает, что в то время как нормы права многих государств приспособлены для урегулирования сделок, связанных с индивидуально-определенными активами, торговля на финансовых рынках подразумевает значительные объемы сделок с заменимыми активами, не способными к индивидуализации.

Например, права на бездокументарные ценные бумаги подтверждаются путем внесения записей по счету. Такие бумаги заменимы и нематериальны, т.е. это неосязаемые бестелесные активы с одинаковыми характеристиками, которые не могут быть индивидуализированы по отношению к их владельцам; не существует критериев, позволяющих отличить одну акцию от другой в

⁷⁰ Wood Ph.R. Op. cit. P. 109-110.

рамках одного выпуска ценных бумаг. С другой стороны, нормы о праве собственности, как правило, требуют индивидуализации соответствующего актива для передачи права собственности на него. Это означает, что требования инвестора должны относиться к конкретным ценным бумагам для приобретения и сохранения права собственности на них.

Пока финансовые рынки двигались вперед, чтобы приспособить значительные объемы ценных бумаг, хранившихся на счетах, переводившихся со счета на счет и использовавшихся в качестве обеспечения, нормы права собственности по-прежнему требовали, чтобы каждый актив мог быть установлен в физическом пространстве, а потому индивидуализирован. Таким образом, формирующаяся практика держания и передачи ценных бумаг, а также использования последних в качестве обеспечения, ожидаемо столкнулась со структурой традиционного права собственности, что привело к значительной степени правовой неопределенности⁷¹. Представляется, что многие из изменений, произошедших за последнее время в российском законодательстве, в том числе и те из них, которые рассматриваются в настоящей работе, тесно связаны с необходимостью преодоления именно этих, описанных Эрикой Йоханссон, противоречий.

Общие положения о спецификации предмета залога. По утверждению Н.В. Теплова цель индивидуализации имущества заключается в том, чтобы залогодержатель был вправе обратиться на него взыскание⁷². Для этого необходимо поставить залогодателя в такое положение, чтобы залогодержатель мог в каждый данный момент точно определить и указать, на какое именно имущество распространяется его право залога⁷³. Как отмечает Ф. Вуд, в соответствии с принятым в теории компаративного права делением, различают три группы правопорядков с разной степенью строгости требований к индивидуализации предмета залога. Следовательно, для одних из них принцип

⁷¹Johansson E. Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity. Springer, 2009. P. 1.

⁷²Еще одно значение принципа спецификации Н.В. Теплов находит в ситуациях, когда предмет залога гибнет. (См. Теплов Н.В. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»)

⁷³Соловьев Н. Залог товаров в обороте // Ежегодник советской юстиции. 1926. № 21. С. 642.

спецификации имеет большее значение, чем для других. По общему правилу, она наименее важна в англо-американских странах общего права, достаточно важна для большинства членов романо-германской правовой семьи, и наиболее значима для стран, гражданское право в которых сформировалось под воздействием Кодекса Наполеона⁷⁴.

Изложенное означает, что для обременения имущества действительным правом залога (или создания в таком имуществе действительного обеспечительного интереса, если речь идет о странах общего права) требования к стандартам описания такого имущества могут существенным образом варьироваться. Так, спектр требований к индивидуализации может простираться от необходимости детальной идентификации каждого актива до допустимости самых общих описаний. Например, в некоторых правопорядках мешок картошки, выкопанной в Ленинградской области, должен быть описан как «тканевый мешок коричневого цвета, маркированный написанным черными буквами номером пять, содержащий 40 килограмм картошки, выкопанной в Ленинградской области, и находящийся на верхней левой полке товарного склада, расположенного по определенному адресу»; в других правопорядках достаточным будет его описание как «мешка картошки на складе компании»; в третьих же и вовсе допустимо указание на залог «всех пищевых продуктов», «всех товаров» или «всех активов» компании. Результатом строгих требований спецификации (первый пример) становится значительное сужения сферы действия залогового права и, как следствие, доступность необеспеченным кредиторам большего числа активов. Филипом Вудом выделяются в частности следующие аспекты такого сужения:

1) Наличие формальных требований к описанию существующего имущества в обеспечительном документе (закладной, договоре залога);

2) Исключение из сферы действия обеспечительного интереса будущего имущества в той мере, в которой оно не может быть идентифицировано иначе, как указанием на его вид, то есть с требуемой

⁷⁴Wood Ph.R. Op. cit. P. 109-110.

степенью точности. Сказанное относится и к замене предмета залога, в частности к замене инвестиционных ценных бумаг (акций);

3) Оборотные активы (дебиторская задолженность, сырье, товары в обороте), не могут стать предметом залога, в той мере, в какой невозможно их детальное описание и неопределимо их местонахождения;

4) Обеспечительный интерес не может быть создан в отношении части определенной родовыми признаками имущественной массы, например, в правах на инвестиционные ценные бумаги, фиксируемые в системе внесения учетных записей, в той мере, в какой такая часть не может быть выделена и идентифицирована;

5) Отыскание и истребование доходов от продажи предмета залога, незаконно растраченных должником и смешанных с другим имуществом получателя, является невозможным в случае несостоятельности последнего⁷⁵.

Таким образом, если имущество должно быть идентифицировано, то с практической точки зрения это зачастую означает, что такое имущество должно существовать. Следовательно, строгие требования спецификации негативно влияют на: 1) создание обеспечительного интереса в имуществе, которое будет приобретено в будущем; 2) право должника на замену предмета залога, широко распространенное в отношении инвестиций, осуществляемых в свободно обращаемые ценные бумаги. Рассмотрим указанные аспекты подробнее.

Несуществующее на момент заключения договора залога имущество не может быть опечатано, на нем не могут быть оставлены знаки, указывающие на факт его передачи в залог, оно не может быть передано на хранение складу и включено в реестр заложенного имущества⁷⁶. В связи с этим залог имущества, которое будет создано или приобретено в будущем, не находит одобрения в ряде правопорядков по следующим причинам:

- должники-физические лица могут быть лишены средств к существованию в будущем (не относится к корпоративным ценным бумагам);

⁷⁵ Wood Ph.R. Op. cit. P. 109.

⁷⁶ Вольман И.С. Указ. соч. С. 909.

- отвергаются требования публичности владения имуществом, призванные противодействовать фиктивной состоятельности. Это объясняется тем, что будущие активы не могут передаваться, находиться во владении, не подлежат регистрации, а обязанному по требованию должника не направляется уведомление (что имеет место в системе учета прав);

- снижается количество активов, доступных необеспеченным кредиторам;

- имеет место потенциальное оказание предпочтения одному из кредиторов, поскольку фактически обременение новых активов устанавливается для обеспечения просроченной задолженности;

- актив отбирается у банкрота после возбуждения дела о несостоятельности, что может воспрепятствовать его спасению;

- обременяется имущество, которое следовало бы оставить ликвидным.

Практическим последствием исключения будущего имущества является то, что обеспечение может быть создано лишь в момент, когда должник приобретет актив. Противопоставляется указанным аргументам потребность оборота в таких инструментах, как генеральная ипотека и универсальный залог.

Замена предмета залога имеет место в следующих случаях:

1) при залоге товаров в обороте, когда одни активы занимают место других схожих активов;

2) в отношении заложенных портфелей ценных бумаг, когда залогодатель собирается заключить договор купли-продажи или мены в отношении входящих в такой портфель ценных бумаг;

3) в отношении банковских счетов, когда платежи списываются со счета и зачисляются на него.

Аргументами против таких замен могут стать приведенные возражения против залога будущего имущества, а также необходимость владения предметом залога со стороны кредитора для достижения целей публичности⁷⁷.

⁷⁷Wood Ph.R. Op. cit. P. 109.

§ 3. Спецификация предмета залога: международный обзор

Получив общие представления о спецификации предмета залога и связанных с ней аспектах, перейдем к практическому воплощению указанного принципа в законодательствах отдельных стран. Здесь необходимо еще раз подчеркнуть широкий спектр требований, существующих к спецификации имущества: от дозволения общего описания в странах англо-американского права до полного исключения такого описания в странах иных правовых семей. В частности английское право позволяет описывать предмет залога как «все существующее и будущее имущество, принадлежащее компании», а ст. 9 Единообразного торгового кодекса США⁷⁸ (далее – ЕТК) – как «все имущество определенного вида». Отсутствие препятствий для универсальных залогов в этих странах объясняется, в том числе, и существующими там централизованными системами учета, предполагающими внесение в них соответствующих документов и сведений. Напротив, строгая спецификация, требующая создания обеспечения индивидуально в отношении каждого отдельно взятого актива, служит одним из основных оплотов, противостоящих допустимости генеральных ипотек и универсальных залогов. В случае с низкими стандартами описания мы имеем функциональность и свободу, в случае со строгими требованиями спецификации последние заменяются формализмом и ограничениями.

Англия. Как было отмечено выше, в английском праве существует довольно широкий спектр обеспечительных механизмов. Так, в силу ст. 85(1) Legal Property Act 1925, в отношении будущего имущества не может быть создан legal mortgage - ипотека на недвижимое имущество, устанавливаемая по общему праву и не предполагающая передачи владения кредитору⁷⁹. В

⁷⁸Uniform Commercial Code. The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. 2014 // Lexis Nexis.

⁷⁹Отметим, что термин «mort-gage» происходит от древне французского термина, означающего «мертвый залог», («dead pledge»), который в свою очередь произошел от латинского *mortuum vadicum*. Такое название объяснялось тем, что при его установлении существовали серьезные сомнения относительно того, заплатит ли должник, и если он не платил, то земля отбиралась у него навсегда и, по сути, становилась для него мертвой, если же должник платил, то земля становилась мертвой для кредитора. Указанный залог противопоставлялся «живому залого» («live gage», «living pledge»), посредством которого обеспеченный кредитор получал владение заложенным имуществом, и использовал его для извлечения прибыли. Такой обеспечительный интерес вышел из употребления столетия назад (См: Wood Ph.R. Op. cit. P. 26).

результате для имущества, права на которое подлежат регистрации (земля, воздушные и морские суда), по общему праву как правило требуется его индивидуализация. Между тем такая зарегистрированная ипотека может отсылать ко «всей принадлежащей компании земле». При этом, как указывает Эрика Йоханссон, общее право в целом не допускает распространения обеспечения на будущие активы. Такое распространение возможно в первую очередь в силу права справедливости. Более того, в то время как по нормам общего права в одном и том же активе не может существовать несколько имущественных прав, правом справедливости это допускается⁸⁰.

Так, например, такая разновидность обеспечения, как charge, является обеспечением по праву справедливости (equitable security) и не предполагает передачи права собственности на актив. Charge устанавливается по соглашению между залогодателем и залогодержателем, в силу которого обеспеченный кредитор имеет право продать обремененный актив и использовать вырученные средства в счет погашения задолженности должника. Различают fixed charge и floating charge. Первый приобретает силу, когда держатель обеспечения получает фактический контроль в отношении заложенных активов. Если же обеспечительный должник сохраняет право распоряжаться активами или использовать их при ведении бизнеса, то такое обеспечение, скорее всего, будет охарактеризовано как плавающее (floating charge). При этом спецификация такого имущества компаний, как оборудование и дебиторская задолженность, и, следовательно, создание достаточного контроля в их отношении, могут быть затруднительны. В связи с этим английские суды позволили отказаться от принципа спецификации в той мере, в которой она препятствовала установлению обеспечительного интереса в отношении будущего имущества. Это случилось благодаря двум основополагающим судебным делам:

В деле *Холройд против Маршала* 10 HL 191 (1861 год) собственник мельницы передал в ипотеку оборудование и согласился с тем, что

⁸⁰ Erica Johansson. Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity. P. 74. http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-540-85904-8_5#page-1 A McKnight, «Seminar Sheet 1» LLM Course: The Law of Credit and Security, Queen Mary, University of London 16-7.

последующее оборудование, которое будет установлено позже, также будет обеспечивать заем. Позже должник установил такое оборудование. Суд постановил, что новое оборудование становилось предметом обеспечения сразу после того, как приобреталось, без всякого дополнительного соглашения, даже если оно обеспечивало ранее существовавший долг: имущество было индивидуализировано адекватным образом. При этом было ясно, что оборудование, приобретенное в последующем, было предметом первоначального соглашения.

В деле *Тэйлби против официального ликвидатора* 13 AC 523 (1881 год), должник уступил всю будущую дебиторскую задолженность в качестве обеспечения. Суд постановил, что обеспечение охватывает будущую дебиторскую задолженность компаний, как только она возникает, без необходимости заключения каких-либо дополнительных соглашений. Это дело является одним из оснований для плавающего обеспечения в отношении дебиторской задолженности. Однако в силу принятого в последующем законодательства о банкротстве указанное правило не получило распространения на дебиторскую задолженность индивидуальных предпринимателей, являющихся физическими лицами (Закон о банкротстве 1913 года (раздел 14), Закон о банкротстве 1986 года (ст. 344)). Совершенные такими лицами универсальные уступка или залог задолженности перед ними покупателей и заказчиком, включавшие и задолженность по будущим обязательствам, признавались недействительными. Впоследствии указанные правила нашли свое отражение во многих правопорядках, основывающих свое законодательство на английском праве.

В результате *floating charge* стал использоваться в отношении оборотных активов компаний, в том числе в отношении будущих активов с момента поступления последних в собственность должника, в пределах оговоренной сторонами суммы. Следовательно, по английскому праву обеспечение может быть предоставлено в отношении любых разновидностей активов, включая

будущие и заменимые вещи. Видом актива может диктоваться характер устанавливаемого обеспечительного интереса.

США. В ст. 9 ЕТК⁸¹ различаются две стадии создания обеспечительного интереса. Термином «attachment» (установление, закрепление) обозначается стадия, на которой обеспечительный интерес вступает в силу в отношении сторон, т.е. должник создает вещное право в предмете обеспечения в пользу кредитора. В свою очередь стадия, на которой обеспечительный интерес вступает в силу в отношении остальных кредиторов должника и третьих лиц, обозначается термином «perfection», и предполагает выполнение тех или иных требований публичности, предусмотренных законодательством для соответствующего вида имущества (владение, регистрация, направление уведомления и т.д.). Действие обеспечительного интереса в отношении должника обычно нецелесообразно до тех пор, пока оно не вступит в силу в отношении кредиторов и третьих лиц, таких, например, как покупатели и прочие залогодержатели. Иными словами придание обеспечению гласности необходимо для получения обеспеченным кредитором права на преимущественное удовлетворение. Сказанное относится и к будущим активам⁸².

Что касается описания предмета залога, то оно должно разумным образом индивидуализировать закладываемое имущество. Предмет залога может быть индивидуализирован и обычно индивидуализируется посредством использования общих категорий, таких, как банковские счета, товары⁸³,

⁸¹ Отметим, что законодательства отдельных штатов в США построены по модели, предложенной ЕТК, подтверждением чему служит, например, Коммерческий кодекс Калифорнии.

⁸² В российском праве удачные аналоги для терминов «attachment» и «perfection» подобрать не удалось, хотя обе обозначаемые ими стадии российскому праву известны, что и будет продемонстрировано ниже.

⁸³ Под термином «товар» в ст. 9-102 ЕТК подразумеваются все движимые вещи на момент возникновения обеспечительного интереса (заключения договора). Термин включает 1) неотъемлемые части недвижимого имущества, 2) древесину на корню, которая будет срублена и удалена в силу акта передачи прав на имущество или договора, 3) не рожденных детенышей животных, 4) выросший или растущий урожай, а также урожай, который будет выращен, даже если он растет на деревьях, виноградниках или насаждениях и 5) сборные дома. Термин также включает в себя компьютерную программу, встроенную в товар и любую вспомогательную информацию, предоставляемую в связи со сделкой и связанную с программой, если 1) программа связан с товаром таким образом, что обычно считается его частью или 2) в результате приобретения собственности на товар, лицо получает и право использования программы. Термин не включает в себя компьютерную программу, встроенную в товары, которые содержат исключительно носитель, в который встроена эта программа. Термин также не включает в себя 1) права на получение оплаты по денежному обязательству, 2) записи, удостоверяющие одновременно обязанность оплаты и обеспечительный интерес в индивидуально-

нематериальные блага, ценные бумаги. Однако максимально общее описание, такое, как «все принадлежащее корпорации имущество», не допустимо (ст. 9-108 ЕТК). Обеспечение может покрывать приобретаемое в последующем движимое имущество (ст. 9-204 (а) ЕТК), но описание такого имущества не может быть сделано максимально общим образом. При этом будущими считается то имущество, которое одновременно не существует и не может быть индивидуализировано.

Особые предписания существуют в отношении потребительских товаров, то есть товаров, приобретенных для личного, семейного или домашнего использования. Так, соглашение об обеспечении не может создавать обеспечительный интерес в потребительском товаре, приобретаемом в будущем, если должник не приобретет на него право в течение 10 дней с момента предоставления кредитором денежных средств. Исключение из этого правила составляют принадлежности, то есть вещи, физически объединенные с первоначальным товаром таким образом, что не потеряна возможность идентификации последнего: таковые могут быть предоставлены в качестве дополнительного обеспечения (ст. 9-204 (b) (1) ЕТК). Таким образом, законодательство о защите прав потребителей направлено на защиту крайне стесненных в средствах потребителей от обременения всех их наличных и будущих активов. Кроме того, исключается обобщенное указание на все коммерческие деликтные требования, которые возникнут в будущем (ст. 9-204 (b) (2) ЕТК). Под коммерческими деликтными требованиями ЕТК понимает требования, возникшие у организации или индивидуальный предприниматель из деликта, случившегося в ходе осуществления предпринимательской деятельности, и не включающего ущерб, возникший у предпринимателя от личных травм или смерти.

определенных вещах; 3) деликтные требования из предпринимательской деятельности; 4) депозитные счета; 5) документы о титулах и иные правоподтверждающие документы; 6) иные нематериальные права, отличающиеся от упомянутых; 7) инструменты, подтверждающие право на оплату (векселя); 7) инвестиционные ценные бумаги; 8) права по аккредитиву; 9) аккредитивы; 10) деньги; 11) нефть, газ и иные минералы до их добычи.

Германия. В немецком праве принцип спецификации предполагает, что юридически действительной будет обязательственная сделка по отчуждению «бизнеса» (предприятия, земельных угодий, библиотеки и т.п.) другому лицу без перечисления отдельных предметов. При этом достаточным будет являться соглашение сторон по поводу предмета обязательственного договора. Однако передача права собственности на «бизнес» должна осуществляться в форме, специально предусмотренной законом для отдельных предметов, в него входящих. В частности, для передачи права собственности на движимую вещь необходимо в соответствии с § 929 ГГУ заключить вещный договор и передать вещь; применительно к земельным участкам потребуется заключить вещный договор и совершить регистрацию в поземельной книге (§ 873, § 925 ГГУ); если речь идет о требованиях - осуществляется уступка (§ 398 ГГУ), а в случае патентных прав - заключается соглашение сторон согласно § 413 ГГУ в сочетании с § 398 (абз. 1 § 15 Закона о патентах). Исключены, например, такие действия как «передача права собственности на половину стоимости машины в целях обеспечения кредита» или установления «генеральной ипотеки» на все имущество в целом⁸⁴. Невозможен в Германии и залог определенной будущей движимой вещи, поскольку немецкому праву и по сей день неизвестен залог движимости без передачи владения кредитору. В связи с этим договорной практикой была выработана поддержанная судами модель обеспечительного переноса права собственности (доверительная передача титула) на вещь. Однако такой перенос также возможен только в отношении наличного, индивидуально-определенного имущества.

Что касается залога товара в обороте, то по результатам состоявшейся в XIX в. дискуссии, в Германии было принято решение о недопустимости залога товаров в обороте с предоставлением залогодателю права распоряжаться товарами без согласия залогодержателя. Л.С. Эльяссон писал по этому поводу, что составители уложения, соглашаясь с тем важным значением, которое могло бы иметь установление этих новых облегченных форм залога, не сочли, однако,

⁸⁴Baur/Stürmer. Op. cit. 1086 S.

возможным ввести их, так как ввиду подвижности вещей этой категории и трудности в установлении их тождества было бы опасно оставить объект залога в руках должника. Таким образом, германское законодательство допускает залог совокупных вещей, а следовательно, и товара, входящего в состав определенного склада с изменением объектов залога, вызываемым самой торговлей, но с неременным условием передачи владения кредитору или по крайней мере участия его во владении в качестве совладельца заложенных вещей⁸⁵. Такое положение вещей в отношении товара в обороте сохранилось и по сей день.

Голландия. Требования спецификации в Нидерландах в целом схожи с немецкими. Однако голландский непоссessorный залог (*bezitloos pandrecht*), введенный в отношении движимого имущества Гражданским кодексом 1992 года является образцом по сравнению с немецким залогом, поскольку допускает оставление вещи в руках должника. Соглашение о залоге должно разумным образом описывать имущество, но не должно индивидуализировать каждый актив по-отдельности. Соглашением о залоге могут покрываться будущие движимые вещи. Возможен залог будущих требований, каждое из которых по общему правилу должно закладываться по новому акту. Это вызывает определенные неудобства, поэтому наряду с таким громоздким порядком, требующим письменной формы сделки и направления залогодателем уведомления о залоге обязанному по требованию должнику, существует и так называемый *stil pandrecht* - молчаливый залог. Он получил свое название, поскольку является негласным для должника, требования к которому закладываются. В то же время такой залог подлежит заверению у нотариуса. По такому залогому могут быть заложены, в том числе, и будущие требования, однако они должны возникать в рамках существующего правоотношения залогодателя и его должника, например, из заключенного между ними договора. На практике на залогодателя возлагается обязанность по формированию ведомостей заложенных активов. Такие ведомости с определенным временным интервалом

⁸⁵Эльясон Л.С. Залог товаров в обороте // Революционная законность. 1926. № 11-12. С. 26.

или по требованию направляются кредитору и оформляются в качестве приложения к соглашению об обеспечении. При этом для отдельных разновидностей движимого имущества, в частности для оборудования или акций, предусмотрены различные требования.

Франция. С момента принятия Кодекса Наполеона залоговое право претерпело многократные изменения. В качестве примера можно привести судьбу залога товаров в обороте, описанную Л.С. Эльяссоном. Такой залог был допущен в 1898 г. в качестве части закладываемого предприятия, однако законом от 17 марта 1909 г. товар был исключен из числа объектов, входящих в состав предприятия при его залоге. Аргументация такой отмены была построена на сильном противодействии, встреченном со стороны представителей торгового класса, которые утверждали, что возможность залога товара в обороте не облегчает кредит, а, напротив, способствует его ограничению, так как роняет кредитоспособность залогодателя в глазах его поставщиков и тем приносит больше вреда, чем пользы⁸⁶.

Последние серьезные изменения во французском залоговом праве произошли в 2006 году. Их результатом стало то, что в отношении движимого имущества начали действовать достаточно мягкие требования спецификации. Так, предусмотрена возможность залога движимого будущего имущества, существующего как в вещественной форме (ст. 2333 Кодекса Наполеона⁸⁷), так и в невещественной, в первую очередь - будущих прав требований (ст. 2355 Кодекса Наполеона). При этом в последнем случае сделка должна содержать возможность их индивидуализации или содержать элементы, позволяющие такую индивидуализацию (указание должника, места платежа, суммы стоимости прав требований или их оценки, срока исполнения обязательства) (ст. 2356 Кодекса Наполеона). Залог прав требований как настоящих, так и будущих, вступает в силу в отношении сторон и распространяется на третьих лиц со дня заключения сделки (ст. 2361 Кодекса Наполеона), однако

⁸⁶Эльяссон Л.С. Указ. соч. С. 25.

⁸⁷Здесь и далее текст Гражданского кодекса Франции представлен по: Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона)/ пер.с. фр. Захватаева В.Н. М., 2012. С. 533-580.

залогодержатель приобретает будущие права требования только с момента их возникновения (ст. 2357 Кодекса Наполеона). Должник по закладываемому праву должен быть участником сделки или подлежит уведомлению о залоге, в противном случае надлежащим получателем исполнения будет залогодатель (ст. 2362 Кодекса Наполеона). Допускается залог совокупности невещественных объектов (ст. 2355 Кодекса Наполеона).

Что касается имущества в вещественной форме, то в силу ст. 2336 Кодекса Наполеона возможным является указание на количество, род или характер предоставляемых в залог предметов. Предметом залога могут быть взаимозаменяемые вещи, которые залогодатель, даже если эти вещи были переданы во владение кредитору, вправе продавать, заменяя их тем же количеством тождественных вещей (ст. 2341, 2342 Кодекса Наполеона). Французский залог товарных запасов, включенный в Коммерческий кодекс Франции⁸⁸ в 2006 году, позволяет кредитным учреждениям обеспечивать кредиты залогом товарных запасов. Договор залога товарных запасов, помимо прочих условий, должен включать описание, позволяющее идентифицировать заложенные наличные или будущие товары в натуре, их качество, количество и стоимость, а также указывать на место их хранения (ст. L. 527-1 Коммерческого кодекса). Этот залог распространяется на запасы сырья и материалов, на промежуточную, остаточную и завершённую продукцию, а также на товары, принадлежащие должнику и оцененные в натуре согласно их стоимости на день последней инвентаризации (ст. L. 527-3 Коммерческого кодекса). На должника возлагается обязанность по предоставлению кредитору описи заложенных товарных запасов и бухгалтерской отчетности по всем касающимся их операциям, при этом часть заложенных товарных запасов может уменьшаться пропорционально погашению долга перед кредитором (ст. ст. L. 527-7, L. 527-9 Коммерческого кодекса).

⁸⁸Здесь и далее текст Коммерческого кодекса Франции представлен по: Коммерческий кодекс Франции / предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии В.Н. Захватаева. М., 2008. С. 443-445.

Публичность залога движимого имущества достигается путем регистрации в действующем с 2008 года специальном реестре, либо путем передачи движимой вещи кредитору или обусловленному договором третьему лицу (ст. ст. 2337, 2338 Кодекса Наполеона). В публичном реестре под угрозой недействительности должен быть зарегистрирован и залог товарных запасов в течение двух недель со дня заключения договора (ст. L. 527-3 Коммерческого кодекса). Приоритет определяется сообразно очередности регистрации кредиторов. При этом если на определенное имущество, обремененное залогом без лишения владения, был установлен залог с лишением владения, приоритет принадлежит первому залогодателю, если первый залог был зарегистрирован (ст. 2340 Кодекса Наполеона). Привилегии кредитора на проданные товарные запасы переходят в силу закона на заменившие их запасы.

В противоположность мягким требованиям к индивидуализации движимого имущества, жесткой спецификации подлежит имущество недвижимое. Если требуется произвести регистрацию ипотеки, такое имущество должно быть определено индивидуально, с указанием коммуны, в которой оно находится, и исключая любое общее указание, даже если оно ограничено данным административным районом (ст. ст. 2418, 2426 Кодекса Наполеона). Регистрирующая служба отказывает в принятии документов, если объекты недвижимого имущества не идентифицированы отдельно (ст. 2428 Кодекса Наполеона). Равным образом должны быть идентифицированы составные части обременяемого имущества (ст. 2430 Кодекса Наполеона). Договорная ипотека может быть установлена только тем, кто обладает юридической способностью отчуждать недвижимое имущество (ст. 2413 Кодекса Наполеона) и только на недвижимое имущество, находящееся в гражданском обороте (ст. 2397 Кодекса Наполеона). То есть во Франции исключается ипотека будущей недвижимости.

Республика Беларусь. В соответствии с п. 1 ст. 320 Гражданского кодекса Республики Беларусь⁸⁹ (далее – ГК РБ) в договоре о залоге должны быть указаны предмет залога и его стоимость, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом, сторона, у которой находится заложенное имущество, а также иные условия, предусмотренные законом. При этом ст. 317 ГК РБ, озаглавленная «предмет залога» и устанавливающая в частности, что предметом залога может быть всякое имущество, в том числе вещи и имущественные права, не предъявляет каких-либо требований к описанию заложенного имущества. При этом законодательство Беларуси допускает возможность передачи в залог любого движимого имущества, определенного родовыми признаками. Такая передача в силу ст. 338 ГК РБ осуществляется в порядке, установленном для залога товаров в обороте, а соответствующий договор должен определять родовые признаки заложенного товара и его общую стоимость. Такой законодательный подход позволяет сделать вывод об относительной мягкости требований спецификации по белорусскому праву. Отметим, что залогодатель товаров в обороте обязан вести книгу записи залогов, в которую вносятся записи об условиях залога товаров и обо всех операциях, влекущих изменение состава или натуральной формы заложенных товаров, включая их переработку, на день последней операции.

Положения о залоге товаров в обороте подтверждают общее правило о том, что залогодателем должен быть либо собственник, либо лицо, имеющее право хозяйственного ведения или оперативного управления, установленное в ст. 316 ГК РБ. Кроме того, для залога товаров в обороте сделано исключение из нормы п. 1 ст. 322 ГК РБ, регулирующей порядок возникновения права залога. Так, по общему правилу право залога возникает с момента заключения договора о залоге, а в отношении залога имущества, которое подлежит передаче залогодержателю, с момента передачи этого имущества, если иное не предусмотрено договором о залоге, а в случаях, если необходима регистрация

⁸⁹ Гражданский кодекс Республики Беларусь - http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30415161#pos=58;-246&sel_link=1001130967 (дата обращения 20.04.2016 года)

договора, - с момента регистрации договора. Однако п. 2 ст. 338 ГК РБ предусмотрено, что товары в обороте, отчужденные залогодателем, перестают быть предметом залога с момента их перехода в собственность, хозяйственное ведение или оперативное управление приобретателя, а приобретенные залогодателем товары, указанные в договоре о залоге, становятся предметом залога с момента возникновения у залогодателя на них права собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления. Примечательно, что иных исключений из правила о моменте возникновения залога законодателем сделано не было, в том числе и для будущих вещей и имущественных прав, залог которых в целом является допустимым в силу п. 6 ст. 321 ГК РБ. В результате в силу буквального толкования закона получается, что залог на такие будущие вещи (не являющиеся товаром в обороте) и права требования⁹⁰ возникает с момента заключения договора залога, а не с момента получения залогодателем права собственности на вещь. Возможность такого толкования свидетельствует о наличии в законодательстве пробела, поскольку залог на будущие вещи не должен возникать ранее момента возникновения права собственности залогодателя на них (лицо не вправе распоряжаться большим количеством прав, чем есть у него самого).

Одной из своеобразных черт белорусского законодательства следует признать положения п. 2 ст. 321 ГК РБ, в силу которых при ипотеке предприятия или иного имущественного комплекса в целом право залога распространяется на все его имущество - движимое и недвижимое, включая право требования и исключительные права⁹¹, в том числе приобретенные в период ипотеки, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором. Эта норма свидетельствует о мягкости описательных стандартов

⁹⁰ Права требования по договору являются оборотоспособным объектом гражданских прав, то есть могут быть предметом купли-продажи, залога и т.д. Например, А должен уплатить Б 500 рублей к 1 мая, однако Б не хочет ждать этой даты. Он договаривается с С о том, что последний купит у него право требования 500 рублей 1 марта за 450 рублей. Таким образом, Б получает реальные деньги от С раньше, чем получил бы от А. В свою очередь С 1 мая получит большую сумму, чем сам уплатил Б 1 марта, и в этом его выгода. Дисконт в 50 рублей включает в себя риски невозврата долга со стороны А, а также стоимость пользования деньгами в период с 1 марта по 1 мая. В то же время Б может 1 марта занять 500 рублей у С, заложив в обеспечение обязательства по возврату суммы займа свое право требования тех же 500 рублей к А, которое возникнет у него 1 мая.

⁹¹ Исключительные права возникают как правило на объекты интеллектуальной собственности. Они также могут быть предметом договоров (лицензионные договоры, залог), поскольку имеют денежную оценку.

предмета залога, существующих в Республике Беларусь. Однако та ее часть, которая посвящена регулированию недвижимого имущества, представляется противоречащей нормам о необходимости регистрации договора ипотеки. В нормах об ипотеке скрывается вторая обращающая на себя внимание особенность белорусского залогового права: белорусское законодательство прямо предусматривает ипотеку будущей недвижимости, для которой сделано исключение из общего правила о государственной регистрации договоров ипотеки⁹². Так, договор об ипотеке, предусматривающий залог недвижимого имущества, которое поступит залогодателю в будущем и которое на момент заключения договора не считается созданным в соответствии с законодательством, не подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента придания ему письменной формы (п. 3 ст. 320 ГК РБ, п. 1 ст. 6, п. 2 ст. 11 Закона Республики Беларусь об ипотеке № 345-З от 20.06.2008 года⁹³ (далее – Закон РБ об ипотеке)). С практической точки зрения это означает, что белорусский законодатель допустил резервирование залогового старшинства за залогодержателем до создания объекта недвижимого имущества.

Отметим, что п. 1 ст. 12 Закона РБ об ипотеке устанавливает строгие требования к спецификации предмета ипотеки: так, в договоре об ипотеке должны быть указаны имущество, являющееся предметом ипотеки, его наименование, место нахождения и достаточное для идентификации этого имущества описание, стоимость, а также существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого ипотекой. В силу п. 2 указанной статьи данные требования распространяются также и на договор ипотеки будущей недвижимости. При этом в таком договоре могут не указываться право, на основании которого имущество, являющееся предметом ипотеки, принадлежит залогодателю, и наименование организации по государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним, осуществившей

⁹² Отметим, что санкцией за отсутствие регистрации является недействительность сделки (п. 4 ст. 320 ГК РБ).

⁹³ Закон РБ об ипотеке <http://pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=H10800345> (дата обращения 20.04.2016 года).

регистрацию этого права залогодателя. О не декларативном характере положений об ипотеке будущей недвижимости свидетельствуют положения п. п. 6, 7 ст. 16 Закона РБ об ипотеке, в силу которых в отношении будущей недвижимости организацией по государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним могут создаваться как документарная, так и виртуальная закладные. Они составляются при участии должника или залогодателя-третьего лица и передаются залогодержателю или в центральный депозитарий ценных бумаг в Республике Беларусь после государственной регистрации создания этого имущества, возникновения права собственности на него, ипотеки и государственной регистрации соответствующей закладной.

ГЛАВА 2. ЗАЛОГ БУДУЩЕГО ИМУЩЕСТВА ПО РОССИЙСКОМУ ПРАВУ

§ 1. Эволюция представлений о залоге будущего имущества в российском праве

Дореволюционный период. Из литературных источников, относящихся к этому периоду, особого внимания заслуживают работы Д.И. Мейера и Л.А. Кассо. Указанные авторы приходят к противоположным выводам относительно сути древнейших залоговых правоотношений в России. Так, в своем труде «Древнее русское право залога»⁹⁴ Д.И. Мейер указывал, что до начала XVIII века залоговая сделка в московском государстве всегда устанавливала право собственности в пользу залогодержателя, подразумевающее не только пользование и владение заложенной вещью, но и распоряжение ею. Без передачи обеспечительного объекта нет настоящего залога. Он указывал, что передача вещи стоит на первом плане и до такой степени устраняет значение долгового правоотношения между контрагентами, что недействительность залога может влиять на личную связь должника и кредитора. Роль залогодателя таким образом сводилась к праву выкупа заложенной вещи из рук кредитора, имевшего до того временное право собственности на нее. Во всем этом Д.И. Мейер находил сходство с упоминавшимися выше немецкой *ältere Satzung* и французской *Engagement* и отмечал, что другой формы залога до середины XVII века русское право не знало.

С такой точкой зрения не соглашался Л.А. Кассо, отмечавший, что был известен русскому праву и залог без передачи владения кредитору. Подтверждение сказанному он находил в том, что описание заложенной вотчины, которое встречается во всех закладных, имеет целью установить место нахождения и стоимость объекта и не предрешает вопроса о пользовании. Им в пример приводится закладная, согласно которой кредитор будет иметь право останавливаться в заложенной ему усадьбе, когда будет приезжать в Новгород. При этом должник был обязан поддерживать двор в надлежащем состоянии. Из этого Л.А. Кассо делал вывод о том, что древнерусскому праву была известна залоговая форма, соответствующая германской *neuere Satzung*.

⁹⁴Мейер Д.И. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2003. С. 222-296.

Еще одним аргументом Кассо, интересующим нас в контексте настоящего исследования, было существование закладных актов, где говорится о закладе и залоге имущества без упоминания об изъятии вещи из рук должника⁹⁵. Такие акты были известны и Д.И. Мейеру, который прямо отрицал значение этих документов для истории древнего залога, так как, по его мнению, одни указания со стороны должника на обеспечение не могут считаться установлением залогового права, если только вещь остается в руках залогодателя, а должны быть рассмотрены как простое обещание имущественной ответственности. Эти грамоты играли бы, таким образом, роль вышеупомянутых древнефранцузских договоров, устанавливающих «obligation» в смысле допущения обращения взыскания против недвижимости должника⁹⁶. Если согласиться с последним предположением, то можно сделать вывод о том, что древнерусскому праву были известны генеральные ипотeki, однако каких-либо иных свидетельств, подтверждающих точку зрения Д.И. Мейера найти не удалось.

Отметим также, что Л.А. Кассо видел особенности древнерусского залога в необходимости различать обладание вещью кредитором до просрочки, когда оно подвергается риску прекращения и обладания ею после наступления срока, после которого отношение кредитора к вещи приобретало окончательный характер. Издавна для кредитора, получившего заложенную вещь в пользование, закладная в случае просрочки должника превращалась в купчую. Установленная московским правительством регистрация вотчинных отношений также обращала особое внимание на момент просрочки. Таким образом, отсутствие обязательной продажи заложенной вещи считалось еще одной особенностью древнерусского залогового права. При этом отдача в залог как движимых, так и недвижимых вещей избавляла должника от дальнейшей ответственности, даже если впоследствии обнаруживалось, что стоимость заложенной вещи не достигала занятой суммы. Из этого вытекал сохранявшийся вплоть до Свода Законов Российской Империи взгляд на залог

⁹⁵ Кассо Л.А. Указ. соч. С. 203-205.

⁹⁶ Мейер Д.И. Указ соч. С. 248.

как на достаточный эквивалент за занятые деньги⁹⁷. Древнерусский залог также предполагал запрет на распоряжения предметом залога, в том числе и на последующий залог, поскольку удовлетворение путем присвоения вещи доступно только одному лицу. С принятием Устава о банкротах 1800 года стала допускаться продажа, однако запрет на последующее распоряжение сохранился. В проекте уложения 1814 при этом было установлено, что неудачность продажи не дает залогодержателю права добавочного взыскания, что вполне соответствовало описанному выше взгляду на залог как на реальную гарантию заемного обязательства⁹⁸.

В законодательстве, посвященное операциям поземельного кредита в государственных банках XVIII века, прослеживалось стремление законодателя к собиранию верных сведений относительно закладываемых имений. Это обуславливалось прежде всего фискальным интересом, но одновременно способствовало постепенному развитию момента публичности в вотчинных правоотношениях, основание которому было уже положено указом Петра Великого от 20.10.1719 года. С тех пор крепостные учреждения стали обязаны высылать в Заемный Банк общие сведения об имениях, продаваемых или закладываемых в Российской Империи, чтобы Банк мог убедиться, что закладываемое имение принадлежало залогодателю и было свободно от других закладных. Как и в Европе главным препятствием к правильности реального кредита являлась фактическая негласность многих сделок и все усилия законодателя направлены были к искоренению этого зла для достижения достоверности. Сведения об имениях изначально доставлялись в Банк в виде общего перечня сделок с недвижимостью, заключаемых в течение известного промежутка времени, а затем и в отношении отдельных имений.

Кроме общих сведений о недвижимой собственности, которые должны были быть собраны Банком, последний требовал еще сообщений относительно стоимости отдельного имения. Обеспечению интересов всего общества

⁹⁷Кассо Л.А. Указ соч. С. 208-210.

⁹⁸Там же. С. 233-234.

содействовала необходимости огласки залогов, установленных в Банке, а также их прекращения. В уставе Банка предписывалось точное соотношение между размером ссуды и объемом закладываемого имущества. Банк руководствовался при оценке особыми правилами, и залог должен был простираться только на участок, по своей стоимости соответствующий выданной ссуде, так что воспрещено было налагать общее обременение на все недвижимости залогодателя. В связи с этим Л.А. Кассо констатировал утешительность такого развития момента публичности и специальности в нашем законодательстве, на фоне того, что в большинстве западных государств конца XVIII века еще господствовали римские безмолвные и генеральные ипотeki⁹⁹. Все вышеописанные свойства древнерусского залога и его природа, таким образом, свидетельствуют о том, что залог индивидуально-определенных будущих вещей в тот период не допускался.

Советский период. В ст. 91 ГК РСФСР 1922 года помимо прочих требований к содержанию договора залога было указано, что одним из его условий должно быть описание заложенного имущества. При этом залог может обременять как индивидуально-определенные вещи, так и вещи, определенные родовыми признаками (ст. ст. 92, 93 ГК РСФСР 1922 года). Примечательно, что в самом начале советской эпохи, навязанный проводимыми в те времена реформами, связанными с новой экономической политикой, востребованность приобрел залог товаров в обороте, результатом чего стало закрепление соответствующей разновидности залога в ГК РСФСР 1922 года. Не смотря на достаточно сложную и противоречивую правовую природу залога товаров в обороте, сложно отрицать тот факт, что законодательное регулирование предполагает, что такой залог помимо товаров, имеющих в наличии залогодателя, покрывает также и те товары, которые будут приобретены залогодателем в будущем. Иными словами он совершенно недвусмысленно распространяет свое действие на будущую имущественную сферу сторон договора залога. Таким образом, восприятие российским правом залога товаров

⁹⁹Там же. С. 234-235.

в обороте следует расценивать в качестве исторически первого законодательного упоминания залога будущего имущества в России.

Кроме того, существуют свидетельства о допустимости залога и иных разновидностей будущего имущества. Отмечая, что в отличие от западных капиталистических банков, выдающих кредит исключительно подо что-нибудь (под залог какого-то имущества), советские банки выдавали целевые кредиты, то есть в первую очередь на что-нибудь, и уже во вторую – подо что-нибудь, И. С. Вольман указывал на то, что жизнь действительно выдвигает случаи, когда при установлении обязательства, которое должно быть обеспечено залогом, в наличности у должника нет вовсе возможности представить какое-либо реальное имущество, но имеется возможность предполагать, надеяться, что в определенный момент такое имущество появится. Указанный тезис И.С. Вольман подкреплял ссылкой на § 37 Устава Центрального Сельско-Хозяйственного Банка (утв. ЦИК СССР 15.11.1921 года), разрешавший Банку выдавать ссуды под векселя и другие долговые обязательства, обеспеченные залогом будущего урожая, и ссылкой на § 27 того же Устава, допустивший ссуды под залог урожая на корню (хлеба, фруктов и пр.). Он отмечал, что в последнем случае речь прямо идет о будущем, ожидаемом имуществе в чистом виде и притом таком имуществе, реальность которого гадательна. Если урожай будет, то залоговое право немедленно его охватывает¹⁰⁰.

Советской судебной практике доводилось сталкиваться и со случаями залога всей рыбы, которая будет выловлена должников в текущем году на точно определенных рыбных промыслах. Высшими Арбитражными Комиссиями РСФСР и СТО вопрос о действительности такого залога был разрешен положительно, в основу их решений были положены, в том числе, и ссылки на римское право, в частности – на генеральную ипотеку. Отмечается и И.С. Вольманом и имевшее место в Советском союзе кредитование под залог добываемой и изготавливаемой, т.е. будущей продукции. Особое внимание следует обратить и на допускаявшийся судебной практикой того времени залог

¹⁰⁰ Вольман И.С. Указ. соч. С. 908.

недвижимости, вопрос о котором был поставлен перед советскими судами в связи с кредитованием жилищно-строительных кооперативов¹⁰¹.

Во второй половине XX века оборот потребности в залоге товаров в обороте утратил, свидетельством чему является ГК РСФСР 1964 года, в котором упоминание о таком залоге отсутствует. Равным образом отсутствует там и упоминание о залоге вещей, определенных родовыми признаками и о залоге индивидуально-определенных вещей, еще не созданных и не приобретенных залогодателем. При этом в ст. 195 ГК РСФСР 1964 также как и в предыдущем Гражданском Кодексе содержится указание на необходимость описи в договоре заложенного имущества. Таким образом, можно констатировать, что в период действия ГК РСФСР 1964 года маятник качнулся в сторону усиления начал спецификации предмета залога, в то время, как ГК РСФСР 1922 года содержал весьма и весьма мягкие требования к описанию заложенного имущества.

Постсоветские период. С переходом от плановой экономики к экономике рыночной случился и поворот в отношении залогодателя к залогу будущего имущества. Второе рождение пережил залог товаров в обороте (ст. ст. 46-48 Закона Российской Федерации от 29.05.1992 года № 2872-1 «О залоге»¹⁰² (далее – Закон о залоге), ст. 357 ГК РФ), впервые нашло себе место регулирование залога индивидуально-определенной будущей вещи. Он также упоминался в Законе о залоге, п. 3 ст. 6 которого гласил, что *договором или законом может быть предусмотрено распространение залога на вещи, которые могут быть приобретены залогодателем в будущем*. Схожая норма существовала и в ранее действовавшей редакции ГК РФ, п. 6 ст. 340 которой предусматривал, что *договором о залоге, а в отношении залога, возникающего на основании закона, законом может быть предусмотрен залог вещей и имущественных прав, которые залогодатель приобретет в будущем*.

¹⁰¹Там же. С. 909-910.

¹⁰²Закон РФ от 29.05.1992 № 2872-1 (ред. от 06.12.2011) «О залоге» (утратил силу с 01.07.2014) // Российская газета. № 129. 06.06.1992.

Впоследствии определенное развитие указанные нормы получили благодаря судебной практике. Так, в п. 4 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее – ВАС РФ) № 26 от 15.01.1998 года¹⁰³ было подчеркнуто, что по договору о залоге, заключенному на основании п. 6 ст. 340 ГК РФ, *право залога возникает у залогодержателя с момента приобретения залогодателем соответствующего имущества.* Примечательно при этом, что суды зачастую напрямую ссылались на норму п. 6 ст. 340 ГК РФ как на норму, непосредственно закрепляющую момент создания или приобретения имущества в качестве момента возникновения залога. Ссылка на правовую позицию, сформулированную ВАС РФ, в судебных актах отсутствовала, хотя норма п. 6 ст. 340 ГК РФ и закрепляла лишь общую допустимость залога имущества, которое залогодатель приобретет в будущем. В качестве примера такого решения можно привести Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.05.2007 года по делу № А36-3022/2006, в котором предметом рассмотрения суда стал договор залога будущего урожая. Данный договор был признан незаключенным в связи с незаключенностью договора субаренды земельного участка, с которого и планировалось получить урожай. При этом суд прямо указал, что право залога возникает только с момента приобретения соответствующего имущества залогодателем, а в данном случае у залогодателя отсутствовали законные основания приобретения права на урожай.

Масштабная реформа Гражданского кодекса Российской Федерации, начавшаяся еще в 2008 году, не могла обойти стороной регулирование залоговых правоотношений. При этом еще на стадии разработки Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации¹⁰⁴ ее авторы подчеркивали, что совершенствование положений о залоге, непосредственной

¹⁰³ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 № 26 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге» // Вестник ВАС РФ. № 3. 1998.

¹⁰⁴ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009 г.) // Вестник ВАС РФ. № 11. 2009.

целью которых является обеспечение стабильности гражданско-правового регулирования и устойчивости гражданского оборота, можно выделить в особое направление развития (п. 9 Концепции). Из изложенного выше можно сделать вывод, что к моменту создания Концепции (2008 – 2009 годы) идея залога будущего имущества для отечественного законодательства и права новой не являлась, в связи с чем непосредственно в тексте Концепции она какого-либо отражения и не нашла.

Однако Концепцию следует рассматривать в качестве безусловного катализатора для тех изменений, которые были внесены в ГК РФ федеральным законом от 21.12.2013 года № 367-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации»¹⁰⁵ (далее – Закон № 367-ФЗ от 21.12.2013 года). Названный же закон проблематики, связанной с залогом будущего имущества, стороной не обошел. Одним из ключевых результатов его принятия стало то, что с момента его вступления в силу с 01.07.2014 года перестал действовать Закон о залоге. В результате, во-первых, в рамках § 3 главы 23 ГК РФ унификацию получила формулировка, допускающая использование в качестве предмета залога имущества, которое залогодатель приобретет в будущем (п. 2 ст. 336 ГК РФ). Во-вторых, на законодательном уровне была закреплена ранее высказанная позиция ВАС РФ о моменте возникновения права залога на будущее имущество (п. 2 ст. 341 ГК РФ). Таким образом, с 01.07.2014 года нормы, посвященные залогом будущего имущества, стали выглядеть следующим образом. Согласно п. 2 ст. 336 ГК РФ *договором залога или в отношении залога, возникающего на основании закона, законом может быть предусмотрен залог имущества, которое залогодатель приобретет в будущем*. В соответствии с п. 2 ст. 341 ГК РФ, *если предметом залога является имущество, которое будет создано или приобретено залогодателем в будущем, залог возникает у*

¹⁰⁵ Федеральный закон от 21.12.2013 № 367-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 51. Ст. 6687.

залогодержателя с момента создания или приобретения залогодателем соответствующего имущества, за исключением случая, когда законом или договором предусмотрено, что оно возникает в иной срок.

Остановимся на юридической технике приведенных норм. Даже беглого взгляда на них достаточно, чтобы задаться вопросом: почему в первой речь идет только о том имуществе, которое залогодатель приобретет в будущем, а во второй к нему прибавляется также то имущество, которое в будущем будет создано? Нельзя не отметить при этом, что как регулирование, содержащееся в п. 6 ст. 340 прежней редакции ГК РФ, так и регулирование, содержащееся в п. 3 ст. 6 Закона о залоге, термином «созданная» не оперировали. Очевидным следует признать тот факт, что результатом как приобретения, так и создания имущества является возникновение у пообещавшего передать его в залог лица права *собственности* на него. Здесь же уместно будет напомнить, что в доктрине гражданского права *способы приобретения права собственности* традиционно подразделяются на две категории: способы *деривативные*, производные, которые заключают в себе преемство (*successio*) и способы *оригинальные*, первоначальные, в которых такого преемства не заключается¹⁰⁶. Кроме того, глава 14 ГК РФ называется именно «Приобретение права собственности», а в силу п. 1 ст. 218 ГК РФ право собственности на новую вещь, изготовленную или *созданную* лицом для себя с соблюдением закона и иных правовых актов, *приобретается* этим лицом. Следовательно, создание вещи является одним из оригинальных способов приобретения права собственности.

Таким образом, в ситуации, когда речь идет о праве собственности, термины «приобретение» и «создание» соотносятся между собой как род и вид. Следовательно, излишним и неудачным законодательным приемом является перечисление указанных терминов через союз «или», как это имеет место в п. 2 ст. 341 ГК РФ¹⁰⁷. Напротив, указание на одно лишь приобретение вещи,

¹⁰⁶ Хвостов В.М. Указ. соч. С. 14.

¹⁰⁷ Примечательно, что в случае с договором купли-продажи законодателем допущена аналогичная логическая ошибка, поскольку в п. 2 ст. 455 ГК РФ речь также идет о товаре, «который будет создан или приобретен

имевшее место в ранее действовавших законодательных нормах и отраженное в п. 2 ст. 336 действующей редакции ГК РФ, является, на наш взгляд, достаточным и исчерпывающим. Приведение нормы п. 2 ст. 341 ГК РФ в соответствие с положениями п. 2 ст. 341 ГК РФ поспособствовал бы в свою очередь достижению большей корреляции между нормами закона, регулируемыми один и тот же сегмент общественных отношений. В случае же, если законодатель по каким-то причинам решил особо выделить такой способ приобретения прав собственности, как создание вещи, возможным удачным представлялось бы формулирование нормы по иному принципу, с использованием, например, такого оборота: «имущество, которое будет приобретено залогодателем в собственность, включая созданное им самим».

Обращает на себя внимание и то, что оговорка, сделанная законодателем в п. 2 ст. 341 ГК РФ, крайне неудачна с точки зрения русского языка. Во-первых, словосочетание «за исключением случая» свидетельствует о том, что такой исключительный случай может быть одним единственным. Однако следом упоминаются сразу два таких случая: когда иное предусмотрено законом и когда иное предусмотрено договором. Во-вторых, при буквальном прочтении нормы, фраза «оно возникает в иной срок» относится к термину «имущество», хотя логика нормы свидетельствует о том, что эта фраза должна относиться к термину «залог».

Следующим моментом, на который нам следует обратить внимание, является то, что в результате принятия Закона № 367-ФЗ от 21.12.2013 года § 3 главы 23 ГК РФ был разделен на две части: общие положения и отдельные виды залога, следствием чего стало появление во второй его части самостоятельных норм, регулирующих залог будущих прав. Не вдаваясь в догматические рассуждения о логичности структуры, приобретенной указанным параграфом, а также оставляя за скобками невозможность обнаружения сколько-нибудь

продавцом в будущем». С другой стороны это свидетельствует о системном использовании такой терминологии. Здесь следует отметить и то обстоятельство, что создание или приобретение вещи не всегда приравнивается к приобретению на нее права собственности создавшим или приобретшим вещь лицом. Однако для целей настоящего исследования сказанное значения не имеет, в связи с чем при дальнейшем изложении создание или приобретение вещи будет отождествляться с приобретением на нее права собственности.

внятного критерия, положенного законодателем в основу выделения именно тех разновидностей залога, которые в итоге попали во вторую его часть, мы лишь приведем здесь пласт норм, посвященных залогу будущих прав. В силу п. 2 ст. 358.1 ГК РФ, *предметом залога может быть право, которое возникнет в будущем из существующего или будущего обязательства*. В соответствии с п. 1 ст. 358.5 ГК РФ *залог права возникает с момента заключения договора залога, а при залоге будущего права с момента возникновения этого права. Если залогом права обеспечено исполнение обязательства, которое возникнет в будущем, залог права возникает с момента возникновения этого обязательства* (п. 2 ст. 358.5 ГК РФ).

Однако если залог будущих прав и раньше допускался законодателем, то действительно значимым изменением, связанным с регулированием залога будущего имущества, следует признать появление в законе нормы абзаца 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ. Так, *в договоре залога, залогодателем по которому является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, предмет залога может быть описан любым способом, позволяющим идентифицировать имущество в качестве предмета залога на момент обращения взыскания, в том числе путем указания на залог всего имущества залогодателя или определенной части его имущества либо на залог имущества определенных рода или вида*. Выбор места расположения указанной нормы в законе может быть объяснен лишь известным уровнем законодательной техники, поскольку общие требования к предмету залога установлены в ст. 336 ГК РФ. Интересно и то, что указанная норма вступила в силу с 01.01.2015 года. Мотивы, связанные с выбором даты вступления в силу указанной нормы, являются не вполне ясными. В первую очередь обращает на себя внимание то обстоятельство, что эта дата стала единственным исключением из общего правила о моменте вступления в силу новелл, внесенных Законом № 367-ФЗ от 21.12.2013 года (см. п. 2 ст. 3 Закона).

Само по себе такое исключение не вызывает большого количества вопросов, однако ситуация усугубляется последовательным стремлением

законодателя урегулировать отдельные разновидности залога. Посчитав, вероятно, что абзац 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ оставляет какие-то сомнения относительно подпадания под его действие имущественных прав, законодатель счел необходимым ввести в ГК РФ п. 4 ст. 358.1. Согласно данной норме *предметом залога по одному договору залога может быть совокупность прав (требований), каждое из которых вытекает из самостоятельного обязательства, в том числе совокупность будущих прав, а также совокупность существующих и будущих прав. При этом в случаях, если предметом залога является совокупность прав (требований) или будущее право (пункты 2 и 4 ст. 358.1 ГК РФ), сведения об обязательстве, из которого вытекает закладываемое право, и о должнике залогодателя могут быть указаны в договоре общим образом, то есть посредством данных, позволяющих индивидуализировать закладываемые права и определить лиц, которые являются или на момент обращения взыскания на предмет залога будут являться должниками по этим правам (п. 2 ст. 358.3 ГК РФ).* В результате нормы об универсальном залоге вступили в силу с 01.01.2015 года, в то время как нормы о залоге совокупности имущественных прав – с 01.07.2014 года, что выглядит несколько противоречиво и парадоксально.

§ 2. Залог индивидуально-определенной будущей вещи и момент возникновения права залога

Развитие российского залогового права подтверждает ранее высказанный тезис о том, что известные еще римскому праву залоговые формы имеют свойство исчезать из законодательства и снова в нем закрепляться в зависимости от текущих потребностей оборота. Так, совсем недавно мы стали свидетелями очередного такого поворота: убрав из закона всякое упоминание о

закладе и тем самым сделав акцент на значении непосессорного залога, законодатель, тем не менее, счел необходимым вернуть в закон *lex commissoria* (абзац 1 п. 1 ст. 334 ГК РФ). Изложенное означает, что под термином «залог» в действительности подразумевается своеобразное собирательное понятие, объединившее в себе некоторое количество обеспечительных конструкций, зачастую значительно друг от друга отличающихся.

Тем не менее, все они могут быть объединены за счет общей для них обеспечительной цели, под которой в литературе понимается внутреннее основание обеспечительной сделки, связывающее интерес кредитора в получении обеспечения с возможным риском неисполнения обязательства должником. Обеспечительная цель обосновывает защищенную позицию кредитора, а также его притязание на установление обеспечительных мер и при необходимости на их принудительную реализацию. Обеспечительная цель является типичной целью для обеспечительной сделки - ее каузой¹⁰⁸. Она выражает и экономическую направленность обеспечительной сделки, которая состоит в обеспечении реализации требования, возникающего из другого отношения¹⁰⁹. В случае с неакцессорными способами обеспечения эта внешняя по отношению к обеспечительной сделке цель привносится путем включения в обеспечительное соглашение условия о привязке данной обеспечительной меры к обеспечительной цели. Напротив, обеспечительная цель является имманентно присущей всем акцессорным способам обеспечения. Ее упоминания в тексте соглашения не требуется. В обоих случаях защищенный кредитор является не просто формальным обладателем прав по обеспечительной сделке. Он может использовать свое право только в той мере, в какой это необходимо для обеспечения его требования к должнику¹¹⁰. Наличие общей обеспечительной

108[□]Рассказова Н.Ю. Последствия исполнения обеспечительного обязательства // Вестник гражданского права. 2010. С. 92 – 130. // СПС «КонсультантПлюс»

109[□]Тудков Д.В. Проблема квалификации отношений сторон до разрешения отлагательного условия // Вестник гражданского права. 2015. № 3. С. 7 – 56 // СПС «КонсультантПлюс»

110[□]Becker-Eberhard E. Die causa *f* *ü* die Bestellung von Sicherungsrechten // Festschrift *f* *ü* Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag / Th. Baums, M. Lutter, K. Schmidt, J. Wertenbruch (Hgs.). Mohr Siebeck, 2006. S. 124 - 125.

цели, в то же время, не отменяет возможности дифференциации существующих в главе 23 ГК РФ обеспечительные механизмов по самым разным критериям: объекту, субъектному составу, моменту возникновения права залога и т.д. На последнем критерии мы остановимся подробнее: по моменту возникновения права залога допустимой представляется следующая классификация:

1) С момента заключения договора залога (п. 1 ст. 341 ГК РФ)

Это положение следовало бы рассматривать как общее правило, однако в действительности в указанный момент залог возникает в единственном и не очень часто встречающемся на практике случае. Речь идет о ситуациях, когда предметом непоссessorного залога является движимое имущество, при условии, что основное обязательство к моменту заключения договора залога уже возникло, а объект гражданских прав, являющийся предметом залога, не относится к объектам, в отношении учета которых существуют специальные требования. Иными словами, ни о каком общем правиле в данном случае не может быть и речи;

2) С момента совершения регистрационной записи:

- *для недвижимого имущества* – с момента государственной регистрации обременения (ипотеки) в реестре прав на недвижимое имущество (п. 1 ст. 339.1 ГК РФ);

- *для залога земельного участка (права аренды или субаренды на него) и строящегося на нем в порядке долевого участия в строительстве дома* законодателем сделано исключение из общего правила о сроке возникновения залога на недвижимость. Такой залог возникает не с момента государственной регистрации обременения, а с момента регистрации договора долевого участия в строительстве (п. 1 ст. 13 Закона № 214-ФЗ¹¹¹).

- *для залога объекта незавершенного строительства* – *многоквартирного дома*, в котором планировалось размещение объектов

¹¹¹ Федеральным законом от 30.12.2004 года № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 1 (часть 1). Ст. 40.

долевого участия в строительстве, - с момента регистрации права собственности на такой объект незавершенного строительства (п. 2 ст. 13 Закона № 214-ФЗ¹¹²).

- **для залога прав участия в обществе с ограниченной ответственностью** - с момента внесения записи об этом в едином реестре юридических лиц (п. 1 ст. 339.1 ГК РФ);

- **для бездокументарных ценных бумаг** - с момента внесения записи о залоге по счету держателя в реестр (абз. 2 п. 1 ст. 358.16 ГК РФ);

3) С момента уведомления третьего лица – для залога банковского счета. Такой залог возникает с момента уведомления банка (за исключением случаев, когда залогодержателем является сам банк);

4) С момента передачи предмета залога. Указанное правило установлено для документарных ценных бумаг (абз. 1 п. 1 ст. 358.16 ГК РФ), и, как представляется, должно распространяться на иные движимые вещи, подлежащие передаче во владение залогодержателю (п. 1 ст. 338 ГК РФ)¹¹³. Здесь напрашивается аналогия с моментом возникновения права собственности на движимую вещь в результате совершения распорядительной сделки (п. 1 ст. 223 ГК РФ). Вывод о возникновении права залога на движимое имущество с момента его передаче может быть подтвержден и положениями п. 2 ст. 7 Закона о ломбардах¹¹⁴, согласно которым договор между ломбардом и физическим лицом-заемщиком является заключенным с момента передачи заемщику суммы займа и с момента передачи ломбарду закладываемой вещи¹¹⁵.

¹¹² На особенностях залога по Закону № 214-ФЗ мы остановимся ниже.

¹¹³ Стоит отметить, что именно с моментом передачи вещи было увязано возникновение права залога на движимые вещи, подлежащие передаче залогодержателю, в ст. ст. 92 и 93 ГК РСФСР 1922 года и в ст. 197 ГК РСФСР 1964 года.

¹¹⁴ Федеральный закон от 19.07.2007 № 196-ФЗ «О ломбардах» // СЗ РФ. 2007. № 31. Ст. 3992.

¹¹⁵ Из этого следует, во-первых, что такой договор является реальным договором, а, во-вторых, что право залога у ломбарда возникает никак не раньше получения от заемщика закладываемой вещи. В то же время, следует признать неудачной зависимость факта заключения договора от совершения сразу двух взаимообусловленных фактических действий каждой из его сторон. Так, не исключена ситуация при которой одна сторона такие действия выполнит, а вторая, получив причитающееся ей предоставление, свою часть действий выполнять откажется. По смыслу закона, в ситуациях, когда залогодатель уже получил от ломбарда деньги, но не отдал последнему предполагаемые предмет залога, либо когда закладываемая вещь уже передана ломбарду, но заемщиком не получены деньги, юридическая связь, необходимая для признания договора заключенным между сторонами не возникает. Следствием такого законодательного подхода становится невозможность применение целого спектра способов защиты обязательственных прав, возникающих из договора, включая, например, понуждение к исполнению обязанности по передаче предмета залога или суммы

5) С момента возникновения основного (обеспечиваемого залогом) обязательства (п. 3 ст. 341 ГК РФ, п. 2 ст. 358.5 ГК РФ);

б) С момента создания имущества или возникновения на него права у залогодержателя: для приобретаемых залогодателем товаров в обороте (п. 2 ст. 347 ГК РФ) и для имущества которое будет создано или приобретено в будущем (п. 2 ст. 341 ГК РФ), в том числе – для будущих прав (п. 1 ст. 358.5 ГК РФ). На этом моменте мы остановимся подробнее.

Подобный момент возникновения права залога на будущие вещи обусловлен тем, что действующее российское законодательство не отступило от продиктованных всей историей залогового права предпосылок и исходит из того, что залогодателем должен быть собственник вещи¹¹⁶. Д.В. Дождев указывает, что если установление обязательства никогда не уподобляется отчуждению (отчуждение объекта обязательства состоится лишь в будущем), то обременение вещи залогом трактуется как отчуждение подобно установлению сервитута¹¹⁷. Из этого следует, что еще одной предпосылкой такого подхода является устоявшаяся в доктрине и поддержанная законодателем необходимости дифференцировать договор залога, как основание возникновения вещного права, и само вещное право залога, возникающее в силу его заключения¹¹⁸. Р.С. Бевзенко отмечает, что особенно хорошо это разделение прослеживается в конструкции залога будущей вещи, когда договор залога заключен, но залог как вещное право еще не возник¹¹⁹.

Заключение обязательственной залоговой сделки в отношении будущей вещи. Лицо, не обладающее правом собственности на являющееся предметом залога имущество, тем не менее, может выступать залогодателем,

займа. Ведь в данном случае передача вещи и передача денег не являются обязанностями, принятыми на себя сторонами по договору, а, напротив, являются условиями, необходимыми для заключения договора.

116 При этом в прямо предусмотренных ГК РФ случаях залогодателем помимо собственника может стать также лицо, имеющее на предмет залога иное вещное право (абз. 1 п. 2 ст. 335 ГК РФ). К таким вещным правам относятся право хозяйственного ведения и право оперативного управления, что также является издержками истории, а именно - советского права.

117 Дождев Д.В. Вещный момент в залоговом праве: отечественная доктрина и исторические уроки // Гражданское право. 2015. № 2. С. 6 - 11.

118 Рассказова Н.Ю. Новое в регулировании залоговых отношений // Арбитражные споры. 2012. № 3. С. 115-130 // СПС «КонсультантПлюс»

119 Бевзенко Р.С. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

при этом действующее законодательство не содержит дополнительных требований к содержанию договора залога будущего имущества¹²⁰. Сказанное означает, что лицо вправе создавать для себя различные обязательства, вытекающие из договора залога до создания или приобретения вещи. Самое *главное из таких обязательств*, по мнению Р.С. Бевзенко, - установить залог, но право залога (как вещное право) возникнет не ранее, чем залогодатель приобретет право собственности на заложенную вещь¹²¹. Схожей точки зрения придерживается и Е.С. Куликов, указывающий, что именно в силу договора о залоге должник - будущий залогодатель *обязан приобрести* в собственность предмет будущего залога¹²². На то, что на залогодателя *накладывается обязательство предпринять меры для приобретения имущества*, указанного в договоре будущей вещи, указывает и Н.В. Теплов¹²³.

Точка зрения о порождении договором залога будущей вещи обязательства установить залог не является единственной встречающейся в литературе. На отсутствие обязанности залогодателя обеспечить возникновение предмета залога обращает внимание Д.В. Гудков, утверждающий, что соглашению об установлении залога будущей вещи присуще распределение рисков, характерное для уступки условного права. Цессионарий при достижении соглашения принимает на себя риск невозникновения права вследствие отпадения (ненаступления) условия. Это связано с вероятностным характером условия как события, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет. В этом случае было бы несправедливо закрепить положение об ответственности цедента за невозникновение условного права в качестве общего правила. Такое положение означало бы ответственность за объективный

120^В п. 1 ст. 339 ГК РФ содержание договора залога определено следующим образом. В нем должны быть указаны *предмет залога, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом*. Условия, относящиеся к основному обязательству, считаются согласованными, если в договоре залога имеется отсылка к договору, из которого возникло или возникнет в будущем обеспечиваемое обязательство. Кроме того, стороны могут предусмотреть в договоре залога условие о порядке реализации заложенного имущества, взыскание на которое обращено по решению суда, или условие о возможности обращения взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке.

121^{Там же}.

122^{Куликов Е.С.} Соглашение о задатке в гражданском праве России: Монография. М., 2011 // СПС «КонсультантПлюс»

123^{Теплов Н.В.} Указ соч. // СПС «КонсультантПлюс»

факт, находящийся вне области контроля цедента. Речь идет о ситуациях, при которых возникновение права поставлено в зависимость от случайного или смешанного условия¹²⁴. Хотя закон действительно не выдвигает подобного требования к содержанию договора залога будущего имущества в качестве обязательного, с логикой рассуждений Д.В. Гудкова однако можно согласиться лишь в той мере, в какой банк сможет согласиться в целях обеспечения кредита заключить договор, по которому у должник будет лишь право, но не обязанность создания или приобретения предмета залога.

Принципиальным последствием наличия у залогодателя обязанности создать или приобрести предмет залога является возможность залогодержателя использовать такой способ защиты, как понуждение к исполнению указанной обязанности в натуре. При этом исполнение этой обязанности может обеспечиваться, например, неустойкой. Кроме того залогодатель должен будет возместить залогодержателю убытки, возникшие у последнего в связи с тем, что его долг не был обеспечен обещанным образом. В этом случае лицо вправе выбирать, становится ли ему собственником имущества, обремененного залогом, или же ограничиться уплатой залогодержателю денежной компенсации в форме неустойки или убытков.

Таким образом, возможность заключения обязательственных обеспечительных сделок в отношении будущего имущества в целом не вызывает сомнений, как не вызывает сомнения поддержка совершаемых в отношении такого имущества договоров аренды и купли-продажи. В отношении последнего Р.С. Бевзенко указывает, что заключенный договор породил обязательство продавца передать вещь в собственность покупателя, но до передачи вещи (движимость) или государственной регистрации перехода права (недвижимость) право собственности на имущество у покупателя не возникает¹²⁵. Определенные сомнения, в то же время, возникают относительно

¹²⁴ Гудков Д.В. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

¹²⁵ Бевзенко Р.С. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

момента возникновения вещного права залога после заключения такого договора.

Возникновение права залога на будущую вещь. Именно на нем было сконцентрировано внимание большинства исследователей, затрагивавших проблематику залога будущей вещи. Так, Г. Дернбург был сделан акцент на то, что залог будущих вещей *действителен* постольку, поскольку они в действительности возникают и *становятся собственностью* залогодателя¹²⁶. В.М. Хвостов также подчеркивал, что чужую вещь можно дать в залог *в ожидании* будущего приобретения ее в собственность; в таком случае залог устанавливается *как бы под условием* и получает силу лишь *по приобретении права собственности залогодателем*¹²⁷. Ф.М. Дыдынский обращал внимание на возможность заключения акта об установлении залога на чужой вещи, если *он составлен с условием*, что вещь в последствии будет принадлежать устанавливающему его (I 16. § 7. D. 20. 1). При этом он подчеркивает, что не подлежит сомнению, что сам залог становится *действительным и получает силу с тех пор, когда залогодатель сделался собственником заложенной вещи* (in diem acquisitionis) (I 34. § 2. D. 201), так как в минуту заключения договора вещь не состояла in bonis должника¹²⁸. В. Грачева указывая на допустимость договора залога вещи (права), которые залогодатель приобретет в будущем, отмечает, что в этом случае право залога возникнет в момент приобретения залогодателем соответствующего имущества. Таким образом, с заключением договора о залоге будущей вещи (права) у залогодержателя появляется *условное залоговое право (право ожидания)*, которое превратится в полное право залога в момент приобретения залогодателем вещи или права. В силу специфики залоговых отношений предписания [ст. 157](#) ГК РФ здесь не применяются. Применительно к движимым вещам и имущественным правам право залога *возникает в силу самого факта приобретения залогодателем этих объектов при условии, что их залог не подлежит регистрации и в договоре с*

¹²⁶ Дернбург Г. Указ. соч. С. 287.

¹²⁷ Хвостов В.М. Указ. соч. С. 111.

¹²⁸ Дыдынский Ф.М. Указ. соч., 1872. С. 51.

достаточной степенью точности индивидуализирован предмет, подлежащий приобретению в будущем. В противном случае право залога возникнет лишь после индивидуализации предмета залога или после регистрации договора о залоге (курсив в цитатах наш – А.Н.)¹²⁹.

Таким образом, господствующая точка зрения о моменте возникновения права залога является наглядным подтверждением того, что лишь собственник вещи может быть залогодателем. Здесь примечательно следующее суждение Ф.М. Дыдынского, писавшего: «однако некоторые юристы утверждают, что относительно возникновения залога следует тоже принимать во внимание и волю договаривающихся сторон. На это никак нельзя согласиться, коль скоро такое выражение воли прямо противно закону»¹³⁰. Однако диспозитивный характер п. 2 ст. 341 ГК РФ наталкивает нас на мысль о том, что действующее гражданское законодательство подходит к вопросу о моменте возникновения права залога более гибко. Речь идет о содержащейся в названной норме оговорке о допустимости иного срока возникновения права залога.

Опция по изменению срока возникновения права залога предоставлена п. 2 ст. 341 ГК РФ сторонам договора залога будущей вещи. Также допускается изменение этого срока и законом. При этом в ГК РФ отсутствует какое-либо законодательное уточнение того, в какую сторону указанный срок может быть сдвинут. Придерживаясь предложенной выше господствующей точки зрения, данную диспозитивность следовало бы толковать ограничительно: возникновение права залога может быть смещено лишь на момент более поздний, чем приобретение права собственности на закладываемую вещь. Однако позволяет ли нам законодательная формулировка п. 2 ст. 341 ГК РФ утверждать, что такое толкование является единственным возможным? Во всех ли случаях право залога возникает не раньше, чем залогодатель приобретет право собственности на вещь?

¹²⁹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: Учебно-практический комментарий (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева, 2010 // СПС «КонсультантПлюс»

¹³⁰ Дыдынский Ф.М. Указ. соч. С. 51

Поскольку в законе отсутствует прямой запрет на возникновение права залога непосредственно в момент заключения договора залога или в какой-либо иной момент времени, находящийся в промежутке между заключением договора и приобретением вещи залогодателем, мы имеем все основания предположить, что диспозитивный характер п. 2 ст. 341 ГК РФ предоставляет сторонам возможность установить, что право залога возникнет ранее приобретения залогодателем права собственности на вещь. Опровержение или подтверждение этого предположения зависит от ответа на вопрос, вправе ли лицо совершать распорядительные действия в отношении чужой, еще не принадлежащей ему вещи, в данном случае - установить на такую вещь право залога? Исходя из ранее приведенных исторических примеров, относящихся к указанному вопросу, да и просто из формальной логики, ответ на него следует дать отрицательный, хотя нашему гражданскому праву теперь известен упоминавшийся выше случай исцеления указанного порока (неуправомоченности залогодателя) добросовестностью залогодержателя (абзац 2 п. 2 ст. 335 ГК РФ).

Таким образом, в той мере, в какой только собственник вещи вправе передать ее в залог и не может распоряжаться большим числом прав, чем у него есть, в той мере и существующая законодательная формулировка п. 2 ст. 341 ГК РФ представляется неоправданно мягкой и вводящей стороны залоговых сделок в заблуждение. Она способствует возникновению иллюзии о наличии у сторон права установить в договоре более ранний, чем приобретение права собственности на вещь залогодателем, момент возникновения права залога. По этой причине допустимыми следует признавать только такие договорный и законный залого, при которых право залога возникает после создания или приобретения имущества. В связи с изложенным действующая формулировка п. 2 ст. 341 ГК РФ должна быть пересмотрена с целью ее ограничения указанием на то, что договором или законом возможно изменение момента возникновения права залога лишь на срок, более поздний, чем приобретение вещи.

Неоправданность такого подхода можно проследить и сквозь призму международных документов рекомендательного характера. Например, из п. 3 ст. IX.-2:104 DCFR, придерживающихся строгого подхода к спецификации, следует, что *если стороны намерены создать обеспечение залогового типа в отношении будущего, определенного родовыми признаками или необоротоспособного имущества, обеспечительное право возникает, если и тогда, когда имущество появляется, индивидуализируется и становится оборотоспособным*. Указанная норма сформулирована как императивная и не предоставляет сторонам возможности своим соглашением сдвигать момент возникновения права залога. Интересным дополнением к ней служат положения п. 1 ст. IX.-2:107 DCFR, регулирующие порядок предоставления обеспечения потребителем. Так, создание обеспечения залогового типа посредством его предоставления обеспечительным должником - потребителем действительно при соблюдении двух ограничений. Во-первых, имущество, подлежащее обременению, должно быть индивидуально определено, а во-вторых, *имущество, собственником которого потребитель не является в момент заключения договора о реальном обеспечении, может быть обременено только для обеспечения кредита, получаемого потребителем на приобретение этого имущества*. Эта норма направлена на создание дополнительной определенности в отношениях между экономически неравными субъектами. К сожалению, российским законодателем подобная логика воспринята не была, в связи с чем градация договоров залога будущей вещи на потребительский и предпринимательский российскому праву неизвестна.

Руководство ЮНСИТРАЛ также уделяет внимание правам потребителей. Там отмечается, что во многих государствах лицам, предоставляющим обеспечительные права, разрешено создавать такие права только в существующих активах, которыми они владеют. Они не могут предоставлять обеспечение в активах, которых еще нет или которые они еще не приобрели. Это ограничение призвано защитить должников от чрезмерного обременения их активов, в том числе их будущих активов, в пользу одного обеспеченного

кредитора. Однако, учитывая, что у предприятий не всегда имеются существующие активы, которые могут служить обеспечением кредита, это ограничение не позволяет им получать многие виды кредитов, предоставляемых под будущие активы, например будущие инвентарные запасы и будущую дебиторскую задолженность. В этой связи Руководство допускает создание обеспечительного права в будущих активах, если только это не противоречит законодательству о защите потребителей. Что касается момента возникновения права залога, то авторами Руководства также предложена императивная формулировка: если соглашение об обеспечении предусматривает создание обеспечительного права в активах, права или полномочия на обременение в отношении которых лицо, предоставляющее обеспечительное право, рассчитывает получить только в будущем, *обеспечительное право в таких активах создается с момента приобретения указанных прав или полномочий на обременение в случае их реального приобретения.*

Механизм возникновения права залога на индивидуально-определенную будущую вещь. Если по общему правилу право залога возникает с момента заключения договора, то по изложенным выше причинам для возникновения права залога на будущую вещь одного лишь факта заключения договора недостаточно. Каков же механизм возникновения права залога в этом случае? В первую очередь необходимо отметить, что в случае с залогом будущей вещи мы имеем дело с таким же консенсуальным договором, как и в случае с обычным залогом. Однако здесь для возникновения права залога к факту заключения договора неизменно должен быть прибавлен еще как минимум один факт – действия по созданию или приобретению вещи. После того, как указанные действия совершены, право залога следует считать возникшим. Закон не возлагает на залогодателя обязанности по уведомлению залогодержателя о приобретении вещи, то есть залог в этом случае возникает автоматически. В то же время, стороны вправе включить условие о необходимости направления уведомления залогодержателю в договор, однако и

в этом случае залог должен также возникать автоматически в силу самого факта приобретения права на вещь залогодателем, а не в силу получения залогодержателем уведомления от последнего.

Регистрация залогов. Сказанное выше верно лишь для отношений, возникающих непосредственно между залогодателем и залогодержателем. Для третьих же лиц момент возникновения права залога с 01.07.2014 года – даты вступления в силу Закона № 367-ФЗ от 21.12.2013 года – определяется по правилам п. 4 ст. 339.1 ГК РФ. Положениями этой нормы зафиксирована предпринятая российским законодателем попытка создания централизованной системы учета залогов движимого имущества. Такой залог может быть учтен путем регистрации уведомлений о залоге, поступивших от залогодателя, залогодержателя или от другого лица, в реестре уведомлений о залоге движимого имущества. Этот реестр ведется в порядке, установленном законодательством о нотариате.

В случае изменения или прекращения залога, в отношении которого зарегистрировано уведомление о залоге, залогодержатель или обязан направить уведомление об изменении залога или об исключении сведений о залоге в течение трех рабочих дней с момента, когда он узнал или должен был узнать об изменении или о прекращении залога. Залогодержатель в отношениях с третьими лицами вправе ссылаться на принадлежащее ему право залога только с момента совершения записи об учете залога, за исключением случаев, если третье лицо знало или должно было знать о существовании залога ранее этого. Отсутствие записи об учете не затрагивает отношения залогодателя с залогодержателем. Как следует из ранее изложенного, схожие реестры ведутся и в некоторых западных странах (Англия, США, Франция и т.д.).

Ключевой особенностью, отличающей отечественный реестр от западных, следует признать необязательность направления уведомления о возникновении залога нотариусу, о чем свидетельствует использованный законодателем термин «может». Эта особенность служит, на наш взгляд, и ключевым недостатком, допущенным при регламентации порядка ведения

реестра, поскольку требования публичности по-прежнему носят скорее рекомендательный, чем обязательный характер. Но если стороны все же решили зарегистрировать возникшее обременение, то последующие его изменения и прекращение подлежат обязательному отражению в реестре. Поскольку в реестр вносятся записи о возникновении, изменении и прекращении права залога, постольку в данной норме речь идет об учете именно права залога, а не договоров залога. Следовательно, при залоге будущего имущества в реестр запись может быть внесена лишь после создания или приобретения такого имущества, а не сразу после подписания договора залога. Такой подход следует признать пробелом действующего регулирования, поскольку невозможностью внесения записи о заключении договора залога в отношении будущей вещи нарушается определенность и публичность, которым в первую очередь и призван служить указанный реестр.

Старшинство. Вводя определенные институты в закон, законодатель тем самым зачастую отражает соответствующие интересы и потребности участников оборота. В чем же заключается такой интерес в случае с договором залога имущества, которое еще не было приобретено залогодателем? Ведь из изложенного ранее напрашивается вполне однозначный вывод о том, что само по себе наличие договора залога до момента приобретения имущества не создает для залогодержателя никакого альтернативного и дополнительного источника удовлетворения своих требований к должнику.

В этой связи уместным представляется следующее высказывание В.М. Хвостов: моментом, определяющим старшинство залогового права, не всегда считается *момент возникновения залогового права: если будущее залоговое право обосновано до его возникновения, но так, что оно уже связывает залогодателя, то старшинство залога приурочивается к моменту его обоснования (а не возникновения)*. Так, например, залог, установленный в обеспечение *условного* или *срочного* обязательства, пользуется старшинством не со времени наступления условия или срока, а со времени совершения акта установления залога. Если заложена вещь, *не принадлежащая еще*

залогодателю, то старшинство залога определяется временем совершения (договора – А.Н.) залога, а не моментом, когда залогодатель получит заложенную вещь в собственность¹³¹. Аналогичного мнения придерживался и И.С. Вольман, писавший, в отношении заложенного будущего урожая, что «если он будет, то залоговое право немедленно его охватывает, при чем, очевидно, залоговое право (вопросы приоритета и т.п.) считается возникшим с момента заключения договора»¹³². Хотя последнюю цитату и сложно признать образцом логичности и красноречия, нельзя, однако, не оценить упоминания в ней залогового приоритета, который, по мнению автора, должен исчисляться с момента заключения договора залога, а не с момента появления урожая.

Таким образом, практический смысл возможности залога будущей вещи традиционно покоится именно в сфере старшинства залогов. Заключая соответствующий договор, залогодержатель с одной стороны принимает на себя риск того, что вещь никогда не будет создана или приобретена залогодателем, но с другой стороны он стремится выгадать для себя наиболее комфортные условия на случай несостоятельности должника. Если после создания (приобретения) вещи она будет использоваться в качестве обеспечения исполнения обязательств, возникших у должника перед другими кредиторами, то залогодержатель, заключивший договор залога будущей вещи, старшее право залога зарезервировано заранее. При этом в случае, если в отношении будущей вещи будет заключено два или более договора залога, старшинство таких залогов исторически определяется датами заключения договоров.

Согласно действующему российскому законодательству, *в случаях, если имущество, находящееся в залоге, становится предметом еще одного залога в обеспечение других требований (последующий залог), требования последующего залогодержателя удовлетворяются из стоимости этого имущества после требований предшествующих залогодержателей* (п. 1 ст. 342

131 Хвостов В.М. Указ. соч. С. 118-119.

132 Вольман И.С. Указ. соч. С. 908.

ГК РФ). При этом *если заложенное имущество, в отношении которого ведется учет залогов, является предметом нескольких залогов, требования залогодержателя, обеспеченные залогом, запись об учете которого совершена ранее, удовлетворяются преимущественно перед требованиями залогодержателя, обеспеченными залогом того же имущества, запись об учете которого не совершена в установленном законом порядке или совершена позднее, независимо от того, какой залог возник ранее* (п. 10 ст. 342.1 ГК РФ). Этой нормой, во-первых, вводится порядок определения старшинства залогов по дате их совершения, а во-вторых установлена презумпция приоритета записанного залога перед незаписанным, что должно стимулировать участников оборота к внесению записей о залоге в реестр, несмотря на необязательный характер его ведения.

В этой связи интересна точка зрения Е.А. Евдокимовой, полагающей, что и залог будущего имущества, и залог товаров в обороте, и универсальный залог могут быть учтены в реестре уведомлений о залоге движимого имущества уже в момент заключения договора залога (или даже раньше), т.е. до того, как залогодатель приобретет право собственности на соответствующую вещь. Ею отмечается, что во всех указанных случаях если вещь, ранее переданная в залог как будущая, будет заложена еще раз, то соотношение прав нескольких залогодержателей будет определяться по датам учета. Иначе говоря, залогодержатель будущей вещи может заранее зарезервировать себе старшинство своего права залога¹³³. Приведенная точка зрения представляется нам некоей идеальной моделью, к которой отечественному правопорядку лишь предстоит стремиться *de lege ferenda*. Однако, как было отмечено выше, действующее законодательство не предполагает возможности внесения в реестр уведомлений о залоге движимого имущества сведений о самом факте заключения договора залога будущего имущества, поскольку в реестре отражаются только сведения об уже возникших залогах. Дополнительным

¹³³ Евдокимова Е.А. Сверхстаршинство определенной категории залогодержателей: сравнительно-правовое исследование // Закон. 2015. № 7. С. 191 - 202. // СПС «КонсультантПлюс»

аргументом изложенному служит сама структура реестра¹³⁴, требующая идентификаторов, характерных для существующего имущества.

Здесь интересно рассмотреть казус, предложенный Н.В. Тепловым, согласно которому договор залога товаров в обороте был заключен 5 января, а договор залога будущей вещи - 1 января. Предметом двух договоров оказались товары должника. Те товары, которые первоначально были предметом залога, отчуждены залогодателем и последний планирует заменить их новой партией. Допустим также, что партия товара появилась у залогодателя 10 января. Именно на эту новую партию и был заключен договор залога будущей вещи. Отвечая на вопрос о том, какой залог в такой ситуации будет первоначальным, а какой последующим, Н.В. Теплов с полной уверенностью заявляет, что таковым будет залог товаров в обороте. Аргументирует он это тем, что несмотря на то что договор залога товаров в обороте был заключен позже договора залога будущей вещи, залоговое право при залоге товаров в обороте возникло 5 января, а залоговое право при залоге будущей вещи возникло только 10 января¹³⁵. И *de lege lata* с этим следует согласиться. Полностью противоположное решение приобретал бы предложенный казус, если бы практикой разделялась точка зрения Е.А. Евдокимовой, и в реестр действительно могла бы вноситься запись не только о возникшем праве залога, но и запись о факте заключения договора будущей вещи. Следовательно, действующим законодательством нивелирована вся та польза, которую участники оборота способны были бы извлечь из определения старшинства по дате совершения договора залога, в том числе совершенного в отношении будущей вещи, при условии, что такая вещь в последующем действительно будет приобретена залогодателем.

Интересно отметить и еще одну связанную со старшинством залогов проблему, миновавшую наше законодательство, но затронутую в п. 3 IX.-5:303 DCFR, согласно которому обеспечения залогового типа, которые до перехода права собственности на обремененное имущество к новому собственнику были

134 <https://www.reestr-zalogov.ru/#/> (дата обращения 20.04.2016 года)

135⁵ Теплов Н.В. Указ. соч. // СПС КонсультантПлюс

созданы для его обеспечительных кредиторов в отношении этого имущества как его (нового собственника) будущего имущества, не пользуются старшинством в отношении обеспечений залогового типа, обременявших передаваемое имущество в момент передачи права собственности на него. Фактически это означает, что если имущество до перехода права собственности на него было обременено залоговыми правами кредиторов первоначального собственника, то эти залоговые права будут иметь приоритет над залоговыми правами, которые были установлены новым собственником до момента приобретения имущества.

Сверхстаршинство. Особого внимания заслуживают положения о сверхстаршинстве (*superpriority*), известные зарубежным (США, Канада, Новая Зеландия, Австралия) правовым порядкам и некоторым международным документам рекомендательного характера. Как отмечает Е.А. Евдокимова, о сверхстаршинстве речь заходит прежде всего постольку, поскольку тот или иной правовой порядок допускает залог будущих вещей (или залог товаров в обороте) с определением старшинства залогодержателей не по дате приобретения соответствующей вещи залогодателем, а по дате регистрации или учета права залога, т.е. с возможностью зарезервировать старшинство залогодержателя еще до приобретения залогодателем права собственности на вещь. Ей приводится такой пример: А заключает с В договор залога в отношении любых автомобилей, которые принадлежат или будут принадлежать В. А учитывает право залога в специальном реестре, при этом старшинство А по отношению к иным залогодержателям определяется по моменту внесения записи в реестр. Если впоследствии В передаст какой-либо из своих вновь приобретенных автомобилей в залог С, то С сможет стать лишь младшим залогодержателем¹³⁶. При наличии такого правила определения старшинства возникает потребность в том, чтобы предоставить особую защиту определенным категориям кредиторов, которые впоследствии приобретут право залога на вещь, ранее заложенную в качестве будущей вещи. К подобной категории кредиторов относятся прежде всего продавцы, продающие вещь в кредит, а также (однако не во всех

136 Евдокимова Е.А. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

правопорядках) иные лица, финансирующие приобретение, т.е. предоставляющие заем или кредит специально на цели приобретения конкретного движимого имущества¹³⁷.

Сверхстаршинству посвящена ст. IX.-4:102 DCFR, в соответствии с п. 1 которой инструмент финансирования приобретений, вступивший для третьих лиц в силу в результате его регистрации, обладает старшинством в отношении обеспечения залогового типа или иного ограниченного вещного права, созданного обеспечительным должником. Отмечая сходство между системой регистрации по DCFR и системой учетов залога движимого имущества по российскому праву, Е.А. Евдокимова обращает внимание и на то, что DCFR не проводит различия в применении правил о сверхстаршинстве в зависимости от того, на основании договора или в силу закона возникло обеспечительное право, а также в зависимости от того, заключен ли первоначальный договор залога в отношении конкретной индивидуально-определенной вещи (хотя и будущей) или же в отношении вещи, определенной родовыми признаками¹³⁸. Отметим, что схожий подход нашел место и в Руководстве ЮНСИТРАЛ. При этом как в DCFR, так и в руководстве ЮНСИТРАЛ особое внимание отводится интересам потребителей. В частности если финансирование приобретения имущества осуществляется потребителем, то указанные акты рекомендуют отказаться от его регистрации.

Часть 5 ст. 9 ЕТК США также не предусматривает регистрации сверхстаршинства в случаях, когда имущество приобретается в потребительских целях. Сверхстаршинство в США распространяется как на случаи обеспечения обязательства покупателя перед продавцом по уплате покупной цены, так и на случаи обеспечения обязательства должника перед кредитором, специально предоставившим денежные средства для приобретения имущества (см. § 9-103 (a)(2) ЕТК). При этом если денежные средства предоставляются без определения конкретной цели и за счет данных денежных

¹³⁷ Gilmore G. The purchase money priority // Harvard Law Review. 1963. № 7. Vol. 76. P. 1387.

¹³⁸ Евдокимова Е.А. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

средств приобретается имущество, в такой ситуации правила о сверхстаршинстве применяться не будут. Правила сверхстаршинства были выработаны в США для того, чтобы предоставить кредитору, финансирующему приобретение, преимущество перед кредитором, который ранее получил обеспечительное право в отношении будущего имущества должника¹³⁹.

Е.А. Евдокимовой приводятся следующие объяснения правилам сверхстаршинства залогодержателя, финансирующего приобретение предмета залога. Во-первых, такой залогодержатель заслуживает сверхстаршинство, поскольку благодаря именно его денежным средствам залогодатель приобретает конкретный предмет залога. Во-вторых, правила о сверхстаршинстве защищают залогодателя, поскольку позволяют ему получить новый кредит, направленный именно на увеличение его активов, в том числе производственных, что будет способствовать получению им прибыли. В-третьих, и этот аргумент имеет особую ценность для целей настоящего исследования, правилами о сверхстаршинстве не нарушаются и интересы первоначального кредитора, поскольку он не мог быть полностью уверен в приобретении в будущем того или иного имущества. Первоначальному кредитору достаточно выгодно приобрести обеспечительное право хотя бы и второго ранга в имуществе, которое должник без участия финансирующего приобретения кредитора, возможно, и не смог бы приобрести. К тому же если приобретенное имущество используется для получения прибыли, то создается высокая вероятность того, что обязательства перед финансирующим кредитором будут исполнены надлежащим образом, и тогда первоначальный кредитор вновь станет кредитором, обладающим обеспечительным правом первого ранга. В результате, применительно к российскому законодательству, Е.А. Евдокимовой делается вывод о том, что в нем следовало бы закрепить правила о сверхстаршинстве залогодателя, финансирующего приобретение предмета залога¹⁴⁰.

¹³⁹См. официальный комментарий к § 9-103 ЕТК: Uniform Commercial Code. The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. 2014 // Lexis Nexis.

¹⁴⁰Евдокимова Е.А. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

§ 3. Залог будущего недвижимого имущества

Если залог будущего движимого имущества прямо предусмотрен действующим законодательством и его правомерность не может вызывать сомнений, то относительно будущей недвижимости в доктрине сформировалась господствующая точка зрения, согласно которой современная ипотечная система не допускает осуществления с ней залоговых сделок. В качестве аргументов приводятся в частности ссылки на [п. 1 ст. 5 Закона об ипотеке](#)¹⁴¹, согласно которому *предметом ипотеки могут выступать объекты недвижимости, права на которые зарегистрированы в установленном порядке,*

¹⁴¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: Учебно-практический комментарий (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева, 2010 // СПС «КонсультантПлюс».

и ст. 9 Закона об ипотеке¹⁴², в которой установлены требования к содержанию договора ипотеки. К существенным условиям договора ипотеки в силу п. 1 ст. 9 Закона об ипотеке отнесены *условия о предмете ипотеки, его оценке, а также существо, размер и срок основного обязательства*¹⁴³. Рассмотрим, насколько указанные требования действительно препятствуют заключению договора залога в отношении еще не созданного объекта недвижимости (сказанное ниже будет в первую очередь относиться к таким объектам недвижимости, как строения, здания и сооружения).

Условие о предмете договора ипотеки. Согласно п. 2 ст. 9 Закона об ипотеке предмет ипотеки определяется в договоре указанием *его наименования, места нахождения и достаточным для идентификации этого предмета описанием*. Именно здесь находит свое легальное закрепление принцип спецификации ипотеки по предмету, ставший продуктом длительной эволюции залога как формы реального кредита и заключающийся в обязательном выделении определенного имущества для целей удовлетворения требований залогового кредитора. Как отмечалось в первой главе настоящего исследования, его разработка имела своей целью среди прочего и отказ от генеральных ипотек, обременяющих все имущество должника, как наличное, так и будущее. Кроме того, его значение заключается в придании ясности и определенности обороту, поскольку объект, на который может быть направлено взыскание и обеспечено преимущественное удовлетворение требований ипотечного кредитора, заранее известен иным потенциальным кредиторам должника, что дополнительно обеспечивается записями в реестрах прав на недвижимость. И в современном российском праве специальность ипотеки прежде всего необходимо понимать в ключе невозможности обременения ипотекой будущих недвижимых вещей, а также установления ипотек, охватывающих наличное и будущее имущество должника¹⁴⁴.

142 Евдокимова Е.А. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

143[□] Последнее означает, что в отличие от договора залога движимого имущества простая отсылка к обеспечиваемому договору не достаточна.

144[■] Мочалова В.А. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

Впрочем, как представляется, требования закона, относящиеся непосредственно к описанию предмета ипотеки могут быть соблюдены и в отношении будущей недвижимости. Здесь уместно вспомнить о требованиях индивидуализации, установленных в п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ № 54¹⁴⁵ для предмета договора купли-продажи будущей недвижимости. Обратив внимание на то, что для индивидуализации предмета договора купли-продажи недвижимого имущества достаточно указания в договоре кадастрового номера объекта недвижимости (при его наличии), ВАС РФ разъясняет следующее. Если сторонами заключен договор купли-продажи будущей недвижимой вещи, то индивидуализация предмета договора может быть осуществлена путем указания иных сведений, позволяющих установить недвижимое имущество, подлежащее передаче покупателю по договору (например, *местонахождение возводимой недвижимости, ориентировочная площадь будущего здания или помещения, иные характеристики, свойства недвижимости, определенные, в частности, в соответствии с проектной документацией*). Представляется, что данные разъяснения Пленума ВАС РФ могут быть по аналогии применены к любым договорам, предметом которых является не созданная на момент их заключения недвижимость, включая договоры ипотеки. Такой единообразный подход существенным образом снизил бы риски признания подобных договоров незаключенными по мотивам не согласования условия о предмете.

Условие об оценке предмета ипотеки. Что касается условия об оценке предмета ипотеки, то согласно п. 3 ст. 11 Закона об ипотеке она осуществляется по соглашению залогодателя и залогодержателя¹⁴⁶. Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного суда, залогодатель и залогодержатель вправе заключенной в последующем двусторонней сделкой изменить первоначально достигнутую договоренность по вопросу о залоговой стоимости предмета залога (Постановление Президиума ВАС РФ от 17.09.2013 № 755/13 по делу №

¹⁴⁵ Постановление Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем» // Вестник ВАС РФ. № 9. 2011.

¹⁴⁶ Исключение составляют случаи, когда предметом ипотеки является государственное и муниципальное имущество. При таких условиях оценка осуществляется в соответствии с Законом об оценочной деятельности в Российской Федерации.

А45-5119/2009). Таким образом, можно прийти к выводу о том, что необходимость включения в договор ипотеки условия об оценке также не является препятствием к заключению такого договора в отношении будущей недвижимости, поскольку стороны могут указать в договоре любую оценку будущего недвижимого объекта, а после его создания заключить дополнительное соглашение, уточняющее такую оценку. Кроме того, отметим допустимость не соответствия между залоговой оценкой и рыночной стоимостью имущества (Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 02.04.2010 по делу № А19-15589/09).

Условия, относящиеся к основному обязательству. Представляется, что включение в договор ипотеки будущей вещи таких условий также не может стать препятствием к его заключению, поскольку обеспечиваемое обязательство, как правило, уже существует к моменту заключения соглашения о залоге, а, следовательно, указание его существа, размера и срока исполнения не должно вызывать затруднений.

Указание права залогодателя на предмет ипотеки. Залог недвижимости не допускает неопределенности предмета залога не только в силу индивидуального характера недвижимости, но и по причине возникновения (перехода) титула на недвижимость на основании сделок с момента государственной регистрации права. Поэтому сведения о принадлежности недвижимого имущества должнику, подтверждаемые данными о государственной регистрации права собственности на него, отнесены законом к существенным условиям договора ипотеки¹⁴⁷. Необходимость указания права, в силу которого имущество, являющееся предметом ипотеки, принадлежит залогодателю, и наименование органа, зарегистрировавшего это право (п. 2 ст. 9 Закона об ипотеке), таким образом, следует признать единственной формальной преградой для заключения договора ипотеки будущей вещи. Указание подобных данных возможно только в том случае, если на момент заключения договора предмет ипотеки уже существует и принадлежит

¹⁴⁷ Мочалова В.А. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

залогодателю. Таким образом, с господствующей точкой зрения о недопустимости залога будущей недвижимости *de lege lata* следует согласиться.

Впрочем, правильность такого подхода с политико-правовой точки зрения вызывает сомнения, поскольку на практике залог будущей недвижимости может оказаться более чем востребованным инструментом. Подтверждением сказанному является и исторический опыт, согласно которому Наркомат юстиций УССР указал на допустимость выдачи целевых ссуд для строительства под залог не только уже построенных на участке строений, но и тех строений, которые будут построены при помощи полученного кредита¹⁴⁸, и современная судебная практика. Например, в Постановлении Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.11.2009 № 15АП-9426/2009 по делу № А32-12027/2009 суд, проанализировав кредитный договор, предусматривающий среди прочего передачу в залог банку недвижимость, которая будет построена за счет кредитных средств, счел достаточным следующее описание предмета залога: завод по производству пластикового профиля, который будет построен за счет кредитных средств. Мотивировал свой вывод суд следующим образом: при заключении кредитного договора и его исполнении у сторон не было сомнений относительно того, на какие цели и по созданию какого объекта могут быть предоставлены и использованы заемные средства, а заемщиком был предоставлен договор генерального подряда на строительство производственного здания, административного корпуса с указанием адреса. Именно по указанному адресу согласно свидетельствам о государственной регистрации права собственности ответчика было создано недвижимое имущество - завод по изготовлению профилей из ПВХ. При этом *отсутствие в кредитном договоре индивидуализирующих признаков предмета залога, указанных в свидетельстве о праве собственности, определялось тем, что на момент заключения договора объект недвижимости не был построен, соответственно не могла быть произведена его оценка. Однако*

¹⁴⁸ В то время, как наркомат юстиций РСФСР в аналогичном деле пришел к противоположному выводу (См.: Вольман И.С. Указ. соч. С. 910.)

согласованность воли сторон на передачу создаваемого за счет кредитных средств завода пластикового профиля, определенно выражена в договоре, что исключает возможность признания его в этой части незаключенным. Такой подход едва ли соответствует закону, но, тем не менее, отвечает потребностям участников оборота, и в этой связи может лишь приветствоваться.

Интересно обратиться и к Определению ВАС РФ от 28 марта 2011 г. № ВАС-7/11 по делу № А41-40642/09, которым было отказано в передаче в надзорную инстанцию дела по иску об обращении взыскания на предмет залога, которым являлось право на оформление в собственность нежилых помещений. Отказывая в удовлетворении иска, суды нижестоящих инстанций исходили из того, что залогодателем были заложены права на недвижимое имущество, которые он приобретет в будущем, однако в такой ситуации право залога возникает у залогодателя только с момента приобретения этого имущества. Суды отметили, что залог права, которое возникнет в будущем на чужую вещь, невозможен без согласия собственника данной вещи либо лица, которому право собственности на вновь создаваемую вещь принадлежит в силу закона. Соответствующего согласия со стороны третьего лица, которому принадлежит право собственности на результаты инвестиционной деятельности, получено не было. Между тем, примечательным следует признать попытку заложить не само право, а фактически право требования ее создания и регистрации, в чем прослеживается попытка участников оборота обойти вышеприведенные требования Закона об ипотеке, не позволяющие закладывать будущие недвижимые вещи непосредственно.

Отметим, что точка зрения, согласно которой норму о залоге будущей вещи (не только недвижимой, но и движимой) предпочтительнее рассматривать как предписание, позволяющее брать в залог требования по обязательствам, в силу которых в дальнейшем будут приобретены вещи и имущественные права, встречается даже в учебной литературе¹⁴⁹. С таким подходом невозможно согласиться. Как исторически (начиная со времен римского права), так и в

149 Российское гражданское право: Учеб. Т. 2 / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. С. 113. (автор главы - В.С. Ем).

действующем законодательстве залог будущей вещи и залог права требования (как денежного, так и индивидуально-определенной вещи) имели свой специфический режим. В частности, залог права требования возникает с момента заключения договора, залог будущей вещи – с момента ее приобретения; заложенные права требования имеют особенности, связанные с их оборотоспособностью и необходимостью направления уведомлений должнику. Кроме того, действующее законодательство также выделяет возможность залога будущих прав требований, о чем мы писали выше, что едва ли укладывается в критикуемую нами точку зрения.

Предварительная запись. Как бы то ни было, приведенные выше примеры свидетельствуют о том, что у участников оборота возникают потребности заключить договор залога будущей вещи до ее создания и регистрации. В литературе встречается точка зрения, согласно которой данная потребность может быть удовлетворена за счет того, что стороны могут заключить предварительный договор, обязывающий их к заключению договора ипотеки в будущем, после регистрации права залогодателя на недвижимую вещь¹⁵⁰. Однако если исходить из того, что целью заключения договора залога будущей недвижимости, как и в случае с залогом движимых вещей, является резервирование за залогодержателем старшего залогового права¹⁵¹, то следует признать, что заключение предварительного договора не позволяет достичь указанной цели. Это связано с тем, что предварительный договор носит лишь организационный характер и не порождает имущественных прав. Таким образом, предложенная выше модель с использованием предварительного договора представляется нецелесообразной.

При этом возникает вопрос: как совместить сказанное о старшинстве, обеспечиваемом заключением договора залога будущей недвижимости, с требованиями закона о необходимости включения записи о залоге недвижимого

150[□] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: Учебно-практический комментарий (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева, 2010 // СПС «КонсультантПлюс»

151[□] Сам по себе договор ипотеки будущей недвижимости не способен наделить залогодержателя вещным правом ипотеки ранее создания и регистрации объекта недвижимости.

имущества в реестр? Ведь явно не отвечающим целям публичности будет считаться заключение договора ипотеки будущей вещи без его регистрации: тем самым будут нарушены права третьих лиц, включая потенциальных кредиторов залогодателя. В этой связи уместно вспомнить про инструмент, известный как истории ипотечного права, так и некоторым современным законодательствам - предварительную запись. По свидетельству И.А. Базанова, институт отметок на случай, когда почему-либо не может быть еще совершена самая запись права впервые, хоть и в зачаточной форме, был введен *Силезским уставом 1750 года*. Интересант в этом случае предъявляет свою Praetensio суду (именно суд занимался в то время регистрацией прав – А.Н.) и просит суд ничего не делать в ущерб ему по ипотечной книге в отношении данной недвижимости, пока не созреет его отношение к недвижимости настолько, чтобы оно могло быть записано. Этот акт называется protestatio. Суд заносит протестативную отметку как в вотчинную книгу, так и в вотчинное свидетельство. Протестативная отметка сохраняет за протестантом приоритет, принадлежащий ей по ипотечной книге. И если кто-либо приобретет потом право на недвижимость, это право уступает праву протестанта, раз только последнее получит полную зрелость¹⁵². Аналогичные отметки предварительного или протестативного характера (Vorammerkungen, Pränotationen) могут быть обнаружены и в австрийских *Landtafel* второй половины XVIII века. Они имеют место тогда, когда правоотношение возникло, но не сложилось в такой мере, чтобы могло быть окончательно записано в ипотечную книгу¹⁵³. Встречаются упоминания о предварительных отметках и в некоторых других европейских памятниках.

Российскому праву XIX века был известен институт запрещения, являвшегося по указанию Л.А. Кассо необходимым спутником ипотеки и налагавшегося в интересах третьих лиц в качестве предупреждения о состоявшемся уже обременении. Впрочем, до определенного момента недопустимым было установление двух залогов на одно и то же имение, а если

¹⁵²Базанов И.А. Указ. соч. С. 164.

¹⁵³Там же. С. 226.

такое случалось, то действительным считалось залоговое право, раньше возникшее, т. е. то залоговое право, которое содержится в закладной, раньше совершенной. При такой конструкции запрещение не играет роли даже для определения старшинства. С тех же пор, как было разрешено установление двух и более залоговых прав на одну недвижимость (положение об этом закрепилось в уставах кредитных учреждений), банкам стало важно занять первое место, которое бы не было за ними обеспечено, если бы другие кредиторы могли приобрести старшинство в промежуток времени от момента выдачи свидетельства до предъявления его в кредитное учреждение. Сенат в этой связи решил, что старшинство в пользу учреждения считается со дня наложения запрещения по выдаче свидетельства старшим нотариусом¹⁵⁴.

В действующем немецком праве согласно п. 1 § 883 ГГУ для обеспечения притязания на уступку или прекращение права на земельный участок или на обременяющее его право либо притязания на изменение содержания или очередности такого права в поземельную книгу может быть внесена предварительная запись. Внесение предварительной записи допускается также в обеспечение будущего или условного притязания. Предварительной записи в поземельной книге отводится функция защиты интересов правомочного лица. Будучи внесенной в поземельную книгу с согласия собственника она предупреждает заинтересованных лиц о предстоящей регистрации в пользу другого лица. Согласно п. 2 § 883 ГГУ распоряжение относительно земельного участка или права, совершенное после внесения предварительной записи, недействительно в той мере, в какой оно могло бы воспрепятствовать осуществлению указанного притязания. При этом очередность права, на получение которого направлено притязание, в силу п. 3 § 883 ГГУ определяется по внесению предварительной записи.

В свою очередь *английское право*, по свидетельству Ф. Вуда, допускает первичную (предварительную) регистрацию залога будущего имущества, если такой залог предоставляется компанией. Однако необходимо также учитывать и

¹⁵⁴ Кассо Л.А. Указ. соч. С. 254.

то обстоятельство, что в Англии преимущественное право удовлетворения из будущих активов зависит от многих факторов, в том числе и от качества титула, в связи с чем кредитору рекомендуется предпринять необходимые для улучшения титула действия после приобретения имущества должником¹⁵⁵. Отметим и то обстоятельство, что институт предварительных записей известен и DCFR, в силу п. 2 ст. IX.-3:305 которых записи об обеспечении залогового типа могут быть сделаны до или после того, как было создано указанное обеспечение либо был заключен договор о реальном обеспечении.

Возвращаясь к современному российскому праву, обратимся к положениям Закона № 214-ФЗ. Согласно п. 1 ст. 13 указанного закона, *с момента государственной регистрации договора долевого участия у участников долевого строительства (залогодержателей) считается находящимся в залоге не только предоставленный для строительства многоквартирного дома земельный участок, принадлежащий застройщику на праве собственности (либо право аренды или субаренды на указанный земельный участок), но и строящиеся (создаваемые) на этом земельном участке многоквартирный дом и (или) иной объект недвижимости*. Таким образом, здесь мы имеем дело не с чем иным, как с залогом будущей недвижимости (многоквартирный дом, иной объект недвижимости), возникающим в силу закона. При этом складывается впечатление, что еще до создания вещи возникает именно вещное право залога, однако до момента регистрации права на дом он, как объект гражданских прав (а в ряде случаев и как объект материального мира), еще не существует и взыскание в пользу дольщиков на него обращено быть не может. Поэтому на первый взгляд комментируемая норма носит лишь декларативный характер. Укрепляет в этой мысли и термин «считается находящимся в залоге», использованный вместо «находится в залоге».

Однако не все столь однозначно. Так, в силу п. 5 ст. 13 Закона № 214-ФЗ *застройщик обязан зарегистрировать право собственности на объект незавершенного строительства при возникновении оснований для обращения*

¹⁵⁵ Wood Ph.R. Op. cit. P. 114.

взыскания на предмет залога. При уклонении застройщика от государственной регистрации права собственности на объект незавершенного строительства государственная регистрация права собственности на такой объект осуществляется на основании решения суда, принятого по иску участника долевого строительства об обращении взыскания на предмет залога. В силу же п. 2 ст. 13 Закона № 214-ФЗ при государственной регистрации права собственности застройщика на объект незавершенного строительства такой объект незавершенного строительства считается находящимся в залоге у участников долевого строительства с момента государственной регистрации права собственности застройщика на такой объект.

Системное толкование данных норм свидетельствует, на первый взгляд, о стремлении законодателя каким-то образом сгладить декларативный характер п. 1 ст. 13 Закона № 214-ФЗ. Ведь комментируемые положения требуют от застройщика вполне конкретных действий с не менее конкретными последствиями: регистрации права собственности на объект незавершенного строительства в случае возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога для возникновения права залога на объект незавершенного строительства. Получается, что в случае возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога, происходит не реализация предмета залога, а возникает новый залог того же имущества.

Однако если прочесть приведенные законоположения между строк, то, в контексте сказанного выше про предварительную запись, они наполняются совершенно конкретным смыслом. Так, представляется, что в действительности в п. 1 ст. 13 Закона № 214-ФЗ речь идет не о возникновении права залога, которое не должно и не может возникать до создания объекта, а о явлении, схожем по своей природе с предварительной регистрационной записью и выполняющем аналогичную с ней функцию: обеспечение залогодержателю (участнику долевого строительства) старшего залогового права. Отметим то, какое практическое решение было найдено законодателем. Согласно п. 3 ст. 25.1

Закона о государственной регистрации¹⁵⁶ при государственной регистрации договора участия в долевом строительстве в Единый государственный реестр прав вносится запись о возникающем на основании федерального закона залоге земельного участка или залоге права аренды, права субаренды с указанием в Едином государственном реестре прав распространения права залога на создаваемый объект недвижимого имущества. По нашему мнению, такое решение верно с точки зрения принципа единства земельного участка и создаваемой на нем недвижимости, но, вместе с тем, игнорирует суть складывающегося отношения: полноценное залоговое право, наделяющее дольщиков правом обращения взыскания, может обременять лишь сформировавшийся объект недвижимости, то есть либо объект незавершенного строительства (п. 2 ст. 13 Закона № 214-ФЗ), либо здание многоквартирного дома после его ввода в эксплуатацию (п. 3 ст. 13 Закона № 214-ФЗ).

С политико-правовой точки зрения указанный подход Закона № 214-ФЗ может быть объяснен необходимостью предоставления дополнительных гарантий дольщикам, являющимся наименее защищенной стороной в их правоотношениях с застройщиком. Конечно, комментируемая норма далека от совершенства и может быть доработана как с точки зрения простоты преподнесения нормативного материала, так и с точки зрения чистоты юридических конструкций. Однако такой законодательный подход может являться следствием отсутствия общей нормы о допустимости предварительных записей. Если бы подобная норма нашла свое место в Законе об ипотеке, то, возможно, и не пришлось бы законодателю маскировать предварительную запись под таким нагромождением сложновоспринимаемого законодательного материала.

Таким образом, *de lege ferenda* логичным видится закрепление в Законе об ипотеке общей нормы о предварительной записи, распространяющей свое действие не только на законные залоговые по Закону № 214-ФЗ, но и на любые договорные предпринимательские залоговые будущей вещи. Резюмируя, следует

¹⁵⁶ Федеральным законом от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594.

подчеркнуть, что определение старшинства в сущности не разрешает вопроса об определении того момента, с которым связано установление залога как такового: при книжной системе предварительная отметка обеспечивает старшинство в пользу определенного лица, но не создает еще залогового права, поскольку неизвестен еще бывает размер ипотечного обременения; неизвестно еще, состоится ли вообще залог, так как кредитное учреждение может отказаться от выдачи ссуды¹⁵⁷, а в случае с будущей вещью нет еще и самого предмета залога. Сказанное про предварительную запись может быть учтено законодателем и при совершенствовании положений о реестре залогов движимого имущества (п. 4 ст. 339.1 ГК РФ), поскольку, как отмечалось выше, существующая структура указанного реестра не позволяют включать в него записи о залоге до момента создания или приобретения имущества залогодателем.

Что касается ипотеки будущего недвижимого имущества в целом, то представляется, что российским законодателем может быть учтен и приведенный в § 3 главы 1 настоящего исследования *белорусский опыт*. Так, допуская заключение договора ипотеки в отношении будущей недвижимости, белорусский законодатель указал на правомерность не включения в него сведений о праве, на основании которого имущество, являющееся предметом ипотеки, принадлежит залогодателю, и наименования зарегистрировавшего это право органа. Тем самым было устранено то единственное препятствие к заключению договоров ипотеки будущего имущества, которое мы отметили в действующем российском праве.

¹⁵⁷ Кассо Л.А. Указ. соч. С. 255.

§ 4. Залог товаров в обороте

По свидетельству Н.С. Теплова отечественная дореволюционная научная мысль не оставляла залог товаров в обороте места ни в законодательстве, ни в доктрине¹⁵⁸. Так, Г.Ф. Шершеневич считал допустимой замену одних объектов залога другими при закладе совокупных вещей, как, например, магазина или библиотеки, при закладе которых залоговое право должно прекращаться на товары или книги, выходящие из совокупности, и, наоборот, должно распространяться на новые предметы, поступающие в магазин или библиотеку, вследствие продолжения оборота¹⁵⁹. Это положение подверглось критике со стороны К.Н. Анненкова, полагавшего, что и «при закладе такой вещи она все же должна переходить во владение залогопринимателя, через что

¹⁵⁸Теплов Н.В. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

¹⁵⁹См. об этом: Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. 3: Права обязательственные. СПб., 1898. С. 406.

закладодатель по необходимости должен лишаться и права распоряжения ею... ввиду чего... если и может считаться допустимой замена одних вещей другими, входящими в ее состав, то также не иначе, как с согласия закладоприемателя, как и во всех прочих случаях движимого имущества»¹⁶⁰.

Однако коренным образом ситуация изменилась после революции 1917 года. Залог товаров в обороте и переработке впервые закрепился в отечественном законодательстве благодаря принятию Постановления ВЦИК, СНК РСФСР от 20.12.1927 года «О дополнении раздела второго Гражданского Кодекса Р.С.Ф.С.Р. «Вещное право» главою III-а – «Залог товара в обороте и переработке». Указанным документом было установлено, что *залоговое право при залоге товара в обороте возникает с момента совершения договора в письменной форме* (ст. 105-в ГК РСФСР 1922 года). Также *при залоге товара в обороте всякий товар, выбывающий из определенного договором помещения, освобождается от залога, а всякий товар, поступающий в это помещение, становится предметом залога* (ст. 105-г ГК РСФСР 1922 года).

И.С. Вольман, определяя залог товаров в обороте и в переработке как заклад товарной массы, совокупности вещей, писал, что «отдельные предметы, поступившие в залог после совершения договора представляют собою в момент заключения договора будущие вещи, быть может еще не существовавшие вовсе при установлении залога (при заключении договора)». Со ссылкой на ст. 86 ГК РСФСР 1922 года указанный автор обращал внимание на то, что «залогодатель должен быть собственником закладываемой вещи», и делал вывод, что «закон о залоге товаров в обороте таким образом допустил возможность поступления вещи в собственность залогодателя не в момент заключения договора о залоге, а впоследствии». Кроме того, им со ссылкой на приведенные выше ст. ст. 105-в и 105-г ГК РСФСР 1922 года было отмечено, что всякий товар, поступающий в состав заложенной товарной массы, считается заложенным с момента совершения основного договора залога¹⁶¹.

¹⁶⁰ Там же.

¹⁶¹ Вольман И.С. Указ. соч. С. 908.

Таким образом, И.С. Вольман отождествлял моменты заключения договора залога и обременения вещным правом залога несуществующих или неприобретенных еще товаров. Между тем, оснований согласиться с таким подходом не давали даже те нормы, на которые ссылался сам автор. В частности с учетом положений ст. 86 ГК РСФСР о том, что только собственник вещи может быть залогодателем, положения ст. 105-в о моменте возникновения права залога с момента заключения соглашения подлежали ограничительному толкованию, и с момента заключения соглашения должно было возникать только право залога на уже существующие товары. Всякий же товар, поступивший в помещение после заключения договора залога, должен был подпадать под обременение лишь с момента приобретения права собственности на него. Особенно отчетливо это можно проследить в отношении тех будущих товаров, которые к моменту заключения договора еще вовсе не существуют. Логика рассуждений здесь схожа с той, которая имеет место при анализе залога индивидуально-определенных будущих вещей. Так, любое право на несозданный оборотный товар, как и на несозданную индивидуально-определенную вещь, следует признать вторичным по отношению к факту существования самой такой вещи или товара. Если они не существуют, не могут возникать и вещные права на них. Таким образом, в рассуждениях И.С. Вольмана был допущен явный логический порок.

В действующем российском законодательстве под залогом товаров в обороте подразумевается *залог товаров с оставлением их у залогодателя и с предоставлением залогодателю права изменять состав и натуральную форму заложенного имущества (товарных запасов, сырья, материалов, полуфабрикатов, готовой продукции и т.п.) при условии, что их общая стоимость не становится меньше указанной в договоре залога* (п. 1 ст. 357 ГК РФ). Будучи менее лаконичным по сравнению с предшествующим ему законодательством советского периода, оно прямо определяет, что

*приобретенные залогодателем товары*¹⁶², которые указаны в договоре залога товаров в обороте, становятся предметом залога с момента возникновения у залогодателя на них права собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления (п. 2 ст. 357 ГК РФ). Тем самым снимаются все вопросы относительно момента возникновения права залога: заключение договора не имеет (и не может иметь) значения для возникновения права залога на те товары, на которые у залогодателя отсутствовали соответствующие права. Н.С. Теплов обращает внимание на значение принципа спецификации, указывая, что основная критика залога товаров в обороте (как, собственно, и почти сто лет назад) заключается в том, что залог может быть только в отношении индивидуально-определенных вещей, что, в свою очередь, означает невозможность договора залога в отношении вещей, определенных родовыми признаками¹⁶³.

В литературе можно встретить попытки отождествления залога товаров в обороте и залога будущих вещей. Например, «обоснование залога товаров в обороте, если смотреть на него через призму залога будущих вещей, каким этот вид залога по существу является...»¹⁶⁴, «залог товаров в обороте фактически представляет собой залог будущих вещей, то есть тех, которые залогодатель приобретет взамен проданных...»¹⁶⁵. Отмечая, что такое смещение произошло из-за того, что при залоге товаров в обороте под обременение подпадают не только те товары, которые существовали на момент заключения договора залога, но и те, которые залогодатель приобретет (изготовит) в будущем, Н.В.

¹⁶²Здесь следует повторно обратить внимание на непоследовательность законодательных формулировок. Так, в ст. 357 ГК РФ, как и в п. 2 ст. 336 ГК РФ, речь вновь идет лишь о приобретенных, но не о созданных товарах. Таким образом, если исходить из того, что термин «приобретение» не является родовым по отношению к «созданию», то при буквальном толковании закона созданные самим залогодателем товары не покрываются нормами о залоге товаров в обороте. Такое положение вещей едва ли оправдано и разумно, поскольку нередко одним и тем же лицом совмещается деятельность по созданию и реализации товаров, то есть такое лицо не приобретает их у третьих лиц, как того требует ст. 357 ГК РФ.

¹⁶³Теплов Н.В. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

¹⁶⁴Егоров А.В. Залог и банкротство: актуальные вопросы // Научно-практический комментарий новелл законодательства и практики его применения / Под ред. В.В. Витрянского. М., 2010. С. 78

¹⁶⁵Новикова А.А. Залог товаров в обороте: вопросы правоприменения // СПС «КонсультантПлюс»

Теплов однако стремится доказать самостоятельный характер этих обеспечений¹⁶⁶.

В качестве одного из критериев разграничения Н.В. Теплов указывает на то, что предметом залога товаров в обороте может быть только имущество, которое определено родовыми признаками и имеет характеристику товара, а в случае залога будущей вещи перечень объектов, которые могут служить предметом залога, существенно шире. Также он отмечает, что при залоге товаров в обороте предмет залога реально существует уже сейчас. Таким образом, при залоге товаров в обороте предметом договора будут являться как реально существующие товары, так и товары, приобретенные в будущем. Следовательно, заключение такого договора сразу же наделяет залогодержателя залоговым правом, а обязанность залогодателя заключается в поддержании общей стоимости заложенного имущества на уровне не меньше указанной в договоре о залоге. Происходящая замена предметов залога не должна прекращать залогового права залогодержателя. Иными словами, в данном случае залог будет существовать с даты заключения договора о залоге товаров в обороте, несмотря на то что предметом залога в определенный момент могут стать уже абсолютно иные товары, нежели те, которые закладывались изначально. При этом со стороны залогодателя не требуется никаких дополнительных распорядительных актов, чтобы вновь приобретенные товары попали под обременение¹⁶⁷.

Со сказанным следует согласиться, добавив также такой критерий разграничения, как наличие специального основания прекращения залога товаров в обороте: *отчужденные залогодателем товары, перестают быть предметом залога с момента их перехода в собственность, хозяйственное ведение или оперативное управление приобретателя* (п. 2 ст. 357 ГК РФ). В то же время нельзя не подчеркнуть, что у залога товаров в обороте и залога будущих вещей имеется общий сегмент – обе разновидности залога

¹⁶⁶Теплов Н.В. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

¹⁶⁷Там же.

распространяются на будущую имущественную сферу залогодателя. О наличии общего сегмента также свидетельствует и то обстоятельство, что момент возникновения права залога на будущие товары в обороте полностью коррелирует моменту возникновения права залога на будущее имущество, установленном в п. 2 ст. 341 ГК РФ. Однако залогом товаров в обороте в то же время покрывается и существующая имущественная сфера залогодателя. В этой связи залог товаров в обороте следует признать обеспечительным инструментом более широкого действия, чем залог индивидуально-определенной будущей вещи.

§ 5. Универсальный залог

Рассмотрев ряд положений, связанных с залогом индивидуально-определенных будущих вещей и залогом товаров в обороте, обратимся к проблемам, связанным с новым для российского права обеспечительным инструментом, регулированию которого посвящен абзац 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ. Здесь в первую очередь следует отметить, что Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации не предусматривала введение в закон обеспечительной конструкции, подобной той, что была закреплена в комментируемой норме. Следовательно, ее авторство принадлежит исключительно составителям Закона № 367-ФЗ от 21.12.2013 года. Попробуем

разобраться в мотивах, которые легли в основу такого законодательного решения.

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что в литературе отсутствует единообразный подход к обозначению указанной обеспечительной конструкции, хотя рядом исследователей были предприняты попытки ввести в российский юридический лексикон короткий, но ёмкий термин для её обозначения. В частности Р.С. Бевзенко предлагает условно обозначать такую форму обеспечения термином «тотальный залог»¹⁶⁸, что встретило критику со стороны Б.М. Гонгало, отметившего, что само слово «тотальный» («тотальная») скомпрометировано геббельсовской пропагандой и используется, как правило, в связи со словом «война»¹⁶⁹. Иным вариантом обозначения предусмотренного абзацем 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ обеспечительного механизма стал термин «генеральный залог»¹⁷⁰. Этот термин представляется нам более обоснованным, особенно для стран романо-германской правовой семьи, поскольку его корни следует искать в идее о генеральной ипотеке, известной как римскому, так и средневековому европейскому праву. Но, как было продемонстрировано выше, обременяло такое обеспечение в первую очередь недвижимое имущество, подпадание которого под обеспечительную конструкцию, предусмотренную абзацем 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ, вызывает серьезные сомнения, о чем мы скажем далее. В любом случае, принимая во внимание, что термины «тотальный залог» и «генеральный залог» являются синонимами, призванными обозначить один и тот же феномен, ранее отечественному правопорядку неизвестный, мы все же остановим наш выбор на третьем варианте, пришедшем к нам из тех правопорядков, в которых указанный механизм и был заимствован. В англо-американской доктрине обеспечения, обременяющие все имущество залогодателя, принято обозначать терминами «universal security» или «universal charges»¹⁷¹, что в результате незначительной адаптации к российским реалиям

¹⁶⁸ Бевзенко Р.С. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶⁹ Гонгало Б.М. Развитие кодификации законодательства о залоге: трансформация понятий // Кодификация российского частного права 2015 / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2015. // СПС «КонсультантПлюс»

¹⁷⁰ Евдокимова Е.А. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс»

¹⁷¹ Wood Ph.R. Op. cit. P. 94.

может быть переведено как «универсальное обеспечение» или «универсальный залог». Именно последний вариант и будет использоваться нами в ходе дальнейшего изложения.

Введение такой нормы следует расценивать как попытку резкого снижения стандартов описания заложенного имущества в договоре залога, поскольку согласно складывавшейся до этого судебной практике любые малейшие дефекты либо двусмысленности в описании предмета залога приводили к тому, что залог вообще признавался невозникшим, что наносило серьезный удар по прочности залога как обеспечения обязательств. Р.С. Бевзенко отмечает, что норма абзаца 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ направлена на усиление значения воли сторон залоговых сделок в части такого описания предмета обеспечения, которое им представляется необходимым для данной конкретной сделки. Не до конца понятным и противоречащим смыслу данной нормы, впрочем, выглядит последующее высказывание того же автора, где он утверждает, что «залог, являясь вещным правом, подчиняется требованию спецификации (обособления) предмета этого права с той или иной степенью детальности; совсем уж абстрактным описание предмета залога быть не может»¹⁷², ибо конструкция, предусмотренная комментируемой нормой, как раз и наделяет стороны залоговой сделки правом описать предмет залога максимально общим способом - как все имущество залогодателя. А.Л. Маковский в связи с этим указывает, что авторы нормы абзаца 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ не увидели (или не захотели видеть) очевидного противоречия в своем тексте. Отмечая, что при таком общем описании отпадает необходимость и возможность идентификации имущества в качестве предмета залога, как отпадают и вообще все условия закона, относящиеся к предмету залога, он подчеркивает, что на первый план выходит другой вопрос - определение состава всего имущества залогодателя (без всякой идентификации) на момент

¹⁷² Бевзенко Р.С. Указ. соч. // СПС «КонсультантПлюс».

обращения на его имущество взыскания. Неважно, что заложено, важно, что удастся найти в наличии¹⁷³.

Универсальный залог предполагает включение в закладываемую имущественную массу как имущества, существующего на момент заключения договора, так и имущества, которое к указанному моменту еще не было создано или приобретено залогодателем, то есть будущего имущества. Представляется, что поскольку положения абзаца 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ не устанавливают никакого исключения из общего правила, содержащегося в п. 2 ст. 341 ГК РФ, то, с учетом данного ему выше толкования, право залога на имущество, отсутствующее у залогодателя к моменту заключения договора универсального залога, должно возникать с момента создания или приобретения такого имущества. При этом особенно следует подчеркнуть то, что закон не возлагает на залогодателя обязанность направлять залогодержателю ведомости или иным образом уведомлять последнего о вновь приобретенном или созданном им имуществе. Отсутствует в законе и предписание по поводу необходимости заключения дополнительных соглашений для обременения такого имущества.

Представленное в действующем законодательстве регулирование вызывает скорее больше вопросов, чем дает ответов. Речь идет в частности о том, что по тексту всей комментируемой нормы использован термин «имущество», без какой-либо его конкретизации. При буквальном прочтении это означает, что заложенными по такому договору становятся любые активы залогодателя: движимые вещи, права требования, недвижимость, ценные бумаги, доли в уставном капитале, исключительные права. Однако, как было показано выше, возникновение права залога на каждый из представленных видов имущества подчиняется особым правилам и приурочено к определенным моментам. В стремлении отклониться в указанной норме от требований спецификации всех этих совершенно разных объектов гражданских прав, законодатель полностью упустил из виду порядок возникновения залога, сразу

¹⁷³Маковский А.Л. Собственный опыт – дорогая школа / Актуальные проблемы частного права: сборник статей к юбилею П.В. Крашенинникова // отв. ред. Б.М. Гонгало, В.С. Ем. М. Статут, 2014. 272 с. // СПС «КонсультантПлюс».

перейдя к «моменту обращения взыскания». Было ли это сделано умышленно, и должно расцениваться как квалифицированное умолчание, либо на то были иные - загадочные – причины, но в результате без внимания был оставлен один из ключевых для данной конструкции моментов. Возможным ключом к толкованию указанной нормы может послужить предположение о том, что право залога возникает не в момент заключения соглашения, а лишь в момент обращения взыскания. Однако и в этом случае нерешенной остается проблема обременения универсальным залогом тех входящих в закладываемую массу разновидностей имущества, для возникновения залога на которые требуется регистрация.

Интересной в связи со сказанным представляется точка зрения А.Л. Маковского. Отмечая, что почти все отдельные виды залога (залог обязательственных требований, залог банковского счета, залог исключительных прав и др.) урегулированы в ГК РФ применительно к определенным предметам залога, ученый приходит к выводу о том, что условие о залоге «всего имущества» залогодателя или его «определенной части» (например, половины) означает, что правила об этих отдельных видах залога при подобном «описании» предмета залога действовать не будут. В качестве аргумента он указывает, что на неприменимость к этой ситуации правила п. 4 ст. 334 ГК РФ (о соотношении общих правил о залоге и правил о его отдельных видах), так как никаких изъятий из предоставляемой теперь возможности взять в залог не определенные предметы (вещи, права), а вообще все имущество залогодателя, какое удастся у него потом найти, правила об отдельных видах залога не содержат. При ином понимании этого условия (как общего правила, корректируемого правилами об отдельных видах залога), резюмирует А.Л. Маковский, оно теряет смысл: зачем брать в залог «все имущество» предпринимателя, какое может оказаться у него на момент обращения взыскания, если при этом все равно нельзя будет обратить взыскание на деньги

на его счетах, или зачем брать в залог «все имущество» ритейлера, если от взыскания окажутся «забронированы» все товары в его торговом обороте¹⁷⁴?

Однако именно такое, иное, понимание с нашей точки зрения и является верным. Действующего регулирования явно недостаточно для того, чтобы уклониться, например, от обязанности по регистрации права залога на недвижимое имущество, входящее в заложенную по договору универсального залога имущественную массу. Именно такое понимание отражено и в п. 25 Рекомендаций Научно-консультативного совета при Федеральном арбитражном суде Уральского округа¹⁷⁵. Советом отмечено, что положения абзаца 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ не исключают действия иных норм, в частности подп. 1,2 п. 1 ст. 339.1 ГК РФ, из содержания которых следует, что залог подлежит государственной регистрации и возникает с момента такой регистрации, если в соответствии с законом права, закрепляющие принадлежность имущества определенному лицу, подлежат государственной регистрации (ст. 8.1 ГК РФ), предметом залога являются права участника (учредителя) общества с ограниченной ответственностью (ст. 358.15 ГК РФ) или бездокументарные ценные бумаги (п. 1 ст. 358.16 ГК РФ). Если стороны предусмотрели, что предмет залога является часть имущества залогодателя, предмет залога конкретизируется в виде отдельных объектов гражданского оборота, указанием на число, меру, вес определяемых родовыми признаками вещей, а не на долю в правах на них.

Кроме того, совет обращает внимание на то, что при разрешении споров о включении объекта в состав имущества, находящегося в залоге, следует учитывать, что идентификация имущества в качестве предмета залога может быть подтверждена совершением действий по противопоставлению прав залогодержателя в отношениях с третьими лицами (например, учет в реестре уведомлений о залоге движимого имущества, ведущийся нотариальным

¹⁷⁴Маковский А.Л. Указ. соч.

¹⁷⁵Рекомендации Научно-консультативного совета при Федеральном арбитражном суде Уральского округа. Вопросы правоприменения по гражданским делам, подведомственным арбитражным судам (По итогам заседания, состоявшегося 10 июня 2015 года в г. Ижевске) // Экономическое правосудие в Уральском округе. 2015. № 3.

порядком (п. 4 ст. 339.1 ГК РФ и др.). Здесь судом была затронута еще одна проблема – проблема соотношения положений об учете залога движимого имущества и возможности максимально широкого описания предмета залога. Законодательство данный вопрос обходит стороной, а сама структура реестра и порядок его ведения, как отмечалось выше, не предполагают общих описаний. Необходимо, впрочем, отметить, что регистрация залога движимых вещей обязательной не является.

Резюмируя изложенное, отметим, что на сегодняшний день едва ли возможно признать удачной предпринятую законодателем попытку смягчения требований спецификации предмета залога. В сухом остатке мы имеем следующую картину. Заключение договора универсального залога не может повлечь за собой обременения имущества, залог которого возникает в силу особых правил, например, в результате государственной регистрации. Не могут быть проигнорированы, таким образом, и требования спецификации отдельных видов имущества, поскольку при совершении регистрационных действий соответствующие требования закона будут соблюдены. Следовательно, в результате заключения договора универсального залога напрямую будут обременены лишь движимые вещи, в отношении которых не предусмотрен особый порядок возникновения права залога. Такими вещами на практике могут оказаться оборудование и товары, что с практической точки зрения существенно сближает универсальный залог и залог товаров в обороте. Различие между этими конструкциями с этой точки зрения будет заключаться лишь в том, что с утратой права собственности залогодателя на вещь, её обременение в силу прямого указания закона прекратится при залоге товаров в обороте (п. 2 ст. 357 ГК РФ), и, напротив, в силу отсутствия соответствующего указания, сохранится при универсальном залоге. Однако в случае добросовестного приобретения предмета залога он, согласно пп. 2 п. 1 ст. 352 ГК РФ прекратится и при универсальном залоге. Добросовестное же приобретение в виду отсутствия обязательной регистрации залогов движимого имущества представляется вполне вероятным, что с практической точки зрения

еще сильнее сближает указанные обеспечительные конструкции. И здесь возникает вопрос: а нужен ли нашему обороту инструмент, во многом дублирующий залог товаров в обороте, особенно с учетом того, что последнему за последнюю четверть века так и не удалось стать обеспечительным средством широкого применения? Красноречивым ответом здесь служит полное отсутствие какой-либо судебной практики, связанной с абзацем 2. п. 2 ст. 339 ГК РФ, спустя полтора года с момента вступления в силу содержащейся в нем нормы.

Допустимость универсального залога порождает еще одну проблему. Для этого следует обратиться к DCFR, согласно которым под «универсальным обеспечением» понимается *зависимое личное обеспечительное* обязательство, принимаемое с целью обеспечить исполнение всех обязательств должника перед кредитором, либо его обязательств по оплате задолженности по текущему счету, либо исполнение его обязательств, размер которых определяется аналогично указанным выше. Вещное же универсальное обеспечение Модельным правилам неизвестно. На первый взгляд такой подход выглядит удивительным. Однако взгляд на универсальное обеспечение как на личный – обязательственно-правовой – обеспечительный инструмент неслучаен. Если рассматривать универсальное обеспечение сквозь призму традиционного личного обеспечения, каковым является поручительство, то многое проясняется.

Гарантируя исполнение должником обязательства, поручитель обязуется нести за это ответственность *всем своим имуществом*. При этом принимая на себя любое обязательство, должник также *отвечает* перед кредитором *всем принадлежащим ему имуществом* (ст. ст. 24, 56 ГК РФ). Однако такая ответственность не дает кредитору права преимущественного удовлетворения, в связи с чем он, в случае неисправности должника или поручившегося за него лица, хотя и удовлетворяется из всего их имущества, но делает это наравне с другими кредиторами, в соответствии с очередностью, установленной Гражданским кодексом и законодательством о банкротстве. Вещные же

обеспечения, такие, как залог, напротив дают должнику привилегированное право удовлетворения из конкретной вещи, и только в случае ее недостачи залоговый кредитор обращает взыскание на все имущество должника - в общем порядке (п. 2 ст. 334 ГК РФ). Таким образом, как отмечает Д.В. Дождев, 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 должника¹⁷⁶.

Таким образом, необходимо провести параллель между двумя ситуациями. Так, в процитированной норме DCFR речь идет о личной ответственности поручителя по всем долгам третьего лица. Не смотря на то, что поручитель отвечает всем своим имуществом, обеспечительный кредитор не получает преимущественного права на его имущественную массу, и такой подход не вызывает возражений. В свою очередь конструкция, предусмотренная абзацем 2. п. 2 ст. 339 ГК РФ, восходя корнями к утвердившейся во французской средневековой доктрине теории генеральной ипотеки, основывается на смешении с одной стороны права обращения взыскания на имущество должника, согласно которому должник отвечает по своим обязательствам всем своим имуществом, а с другой - на праве получения преимущественного удовлетворения из стоимости вещи, обремененной залогом. Об исторической обусловленности и явной ошибочности такого представления о залоге нами было сказано в первой части настоящей работ¹⁷⁷. Здесь же мы вслед за А.Л. Маковским отметим две серьезные опасности, порождаемые конструкциями, подобными универсальному залогом. Во-первых, он дает возможность более сильной в конкретных условиях стороне по существу закабалить другую сторону, взяв ее в залог «со всеми потрохами» (кроме того имущества, на которое по закону вообще нельзя обратить взыскание). Очевидно, что банк в таких ситуациях всегда будет сильной стороной, а мелкий и даже средний

¹⁷⁶ Дождев Д.В. Указ соч. С. 6 – 11.

¹⁷⁷ См. об этом также: Дождев Д.В. Указ. соч. С. 6 – 11.

предприниматель - стороной, полностью от него зависящей. Во-вторых, заложив все имущество «своему» надежному залогодержателю (да еще задним числом), можно раз и навсегда исключить для других кредиторов возможность обратиться взыскание хоть на что-то из этого имущества¹⁷⁸.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

По результатам проведенного исследования могут быть сформулированы следующие выводы:

1) Диспозитивный характер п. 2 ст. 341 ГК РФ и отсутствие в указанной норме прямого запрета на возникновение права залога с момента заключения договора залога будущей вещи (или в какой-либо иной момент времени, находящийся в промежутке между заключением этого договора и приобретением права собственности на вещь залогодателем) создают иллюзию того, что право залога может возникать ранее приобретения залогодателем права собственности на вещь. Такой подход является неверным, поскольку

¹⁷⁸ Маковский А.Л. Указ. соч.

лицо не должно распоряжаться большим числом прав, чем есть у него самого, поэтому пока оно не приобретет достаточное для передачи вещи в залог право (право собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления), не может возникнуть и сам залог. Именно такой подход отражен в большинстве исторических памятников, зарубежных правопорядках и международных актах рекомендательного характера. Таким образом, существующая законодательная формулировка п. 2 ст. 341 ГК РФ представляется неоправданно мягкой, вводящей стороны залоговых сделок в заблуждение, и в этой связи подлежащей корректировке. Допустимым следует признать только такой договор залога будущей вещи, по которому право залога будет возникать лишь после ее создания или приобретения.

2) С точки зрения автора неоспоримой является потребность коммерческого оборота даже в столь хрупких, на первый взгляд, обеспечительных конструкциях, как договор залога будущей вещи. В ряде случаев такой вывод продиктован самой структурой общественных отношений. В качестве наиболее распространенного примера может быть приведено автокредитование, поскольку банк выдаёт потребителю целевой кредит под залог того автомобиля, который последним ещё не приобретён. Он будет приобретён в будущем и именно на полученные в кредит денежные средства. Но гарантия получения обеспечения требуется банку именно в момент предоставления кредита. В уверенности банка в получении обеспечения заинтересован и потребитель, поскольку степень такой уверенности оказывает непосредственное влияние на заложенную в процентную ставку стоимость пользования деньгами.

Конечно, в ряде случаев существует риск того, что вещь вообще не будет создана или неприобретена залогодателем. Однако подобный риск свойственен любому обязательству. Уместной здесь представляется следующая цитата Г. Дернбурга: «Обязательство имеет в виду будущее. Что-то должно произойти, совершиться или не совершиться. В этом смысле *каждое обязательство* заставляет нас, иногда даже против собственной воли, *кредитовать*, т.е. *верить*

в будущее исполнение и ожидать его. Этим и объясняется обычный при всех, даже недоговорных обязательствах термин: «кредитор», «веритель»¹⁷⁹. Сказанное в полной мере относится и к договору залога будущей вещи, являющемуся обязательственной сделкой, порождающей обязательство приобрести в будущем предмет обеспечения. Когда и если такой предмет будет приобретен в собственность залогодателем, тогда и у залогодержателя возникнет на него полноценное залоговое право. Из сказанного следует, что несмотря на свою хрупкость, договор залога будущей вещи все же обладает значительным обеспечительным потенциалом.

3) В контексте проведенного исследования интерес представляет следующее суждение И.А. Базанова: «оборот движимостей нуждался всегда в организации, имеющей главной задачей облегчение его; оборот недвижимостей, даже в эпохи мобилизации, когда сказывалась потребность в облегчении форм, организовывался на началах, преследующих обеспеченность и надежность его»¹⁸⁰. С тех пор, как были написаны процитированные строки, прошло немногим более ста лет. И если верность второй части данного тезиса не вызывает сомнений и по сей день, то создание систем учета залогов движимого имущества в таких странах, как, например, США, Англия, Франция и Россия (даже с учетом ее необязательного на данный момент характера) опровергает верность части первой. Объяснение этому следует искать в такой скорости технического прогресса, которую в конце XIX века представить себе было попросту невозможно. Так, благодаря компьютерным технологиям и интернету утратило свое значение деление регистрационных систем на вещные и личные, появилась возможность, обладая минимумом информации из самых разных уголков планеты отслеживать и фиксировать фактически любые события, происходящие с самыми разными объектами гражданских прав.

Что касается будущей недвижимости, то отсутствие в Законе об ипотеке регулирования, допускающего её залог, следует расценивать в качестве не

¹⁷⁹Дернбург Г. Пандекты. Т. 2: Обязательственное право. М., 1911.С. 3.

¹⁸⁰Базанов И.А. Указ. соч. С. 124.

осуществленной еще синхронизации норм ГК РФ с положениями указанного закона. Подспорьем для закрепления на законодательном уровне ипотеки будущих недвижимых вещей может стать и опыт Республики Беларусь, в которой такая ипотека прямо предусмотрена законом. В то же время Россия может пойти и по иному пути, вспомнив о небезызвестной истории цивилистики инструменте - предварительных регистрационных записях. Нашли свое отражение такие записи и в ряде действующих зарубежных законодательств. Именно предварительные записи позволят наиболее ярким образом отразить практическое значение допустимости залога будущей недвижимости, которое проявляется в наделении лица, внесшего такую запись, старшим залоговым правом по отношению к остальным залогодержателям. Именно в получении такого приоритета заинтересованы участники оборота, выгадывающие себе залог до создания или приобретения вещи. Сказанное относится и к упомянутой системе учета залогов движимого имущества, на сегодняшний день также не предусматривающей возможности внесения предварительных записей.

4) Изменения законодательного подхода к стандартам описания заложенного имущества, в частности попытка ввести в отечественное право конструкцию универсального залога (залога всего имущества предпринимателя), является, на наш взгляд, подтверждением все более и более ярко проявляющей себя в последнее время тенденции заимствования конструкций англо-саксонского права и внедрения их в российское законодательство. Однако параллельно существующие законодательные нормы, вводящие требования спецификации отдельных видов имущества, передаваемого в залог, а равным образом устанавливающие особенности возникновения на них права залога, свидетельствуют о том, что без должного уровня предварительной проработки и адаптации залогоу всего имущества предпринимателя уготована судьба оставаться мертворожденной конструкцией. Подтверждением сказанному служит полное отсутствие арбитражной практики

применения нормы абзаца 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ, несмотря на то, что с момента вступления в силу последней прошло уже более полутора лет.

Отметим, что требования индивидуализации, сохраняющие силу в отношении многих активов, таких как недвижимость, доли в уставном капитале, ценные бумаги, банковские счета, исключительные права, а также существующие требования публичности, призваны служить интересам должника. Кроме того, такой подход способствует тому, что большее количество активов остается доступным необеспеченным кредиторам, например работникам с их требованиями по зарплате. Представляется, что именно вопрос о доступности или недоступности необеспеченным кредиторам тех или иных активов следует признать ключевым в перечне вопросов, на которые должен дать ответ законодатель при принятии решения о дальнейшем смягчении требований индивидуализации и адаптации к российским условиям конструкции универсального залога. Исходя из сказанного, любые подобные законодательные действия надлежит расценивать как носящие прокредиторский характер и соответствующие интересам финансовых институтов, как лиц, чаще всего оказывающихся залоговыми кредиторами.

СПИСОК НОРМАТИВНЫХ АКТОВ И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Нормативно-правовые акты:

- 1) Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 31.01.2016) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.
- 2) Закон РФ от 29.05.1992 № 2872-1 (ред. от 06.12.2011) «О залоге» (утратил силу с 01.07.2014) // Российская газета. № 129. 06.06.1992.
- 3) Федеральный закон от 21.12.2013 № 367-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании

утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 51. Ст. 6687.

4) Федеральный закон от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594.

5) Федеральный закон от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» // СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400.

6) Федеральный закон от 30.12.2004 года № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 1 (часть 1). Ст. 40.

7) Федеральный закон от 19.07.2007 № 196-ФЗ «О ломбардах» // СЗ РФ. 2007. № 31. Ст. 3992.

8) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (См.: Модельные правила европейского частного права/ Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М., 2013).

9) Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам. Нью-Йорк, 2010. URL: http://uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/r/09-82672_R_Ebook.pdf (дата обращения: 01.03.2016).

Судебная практика:

1) Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 № 26 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге» // Вестник ВАС РФ. № 3. 1998.

2) Постановление Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем» // Вестник ВАС РФ. № 9. 2011.

3) Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.05.2007 года по делу № А36-3022/2006 // СПС «КонсультантПлюс»

4) Постановление Президиума ВАС РФ от 17.09.2013 № 755/13 по делу № А45-5119/2009// СПС «КонсультантПлюс»

- 5) Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 02.04.2010 по делу № А19-15589/09 // СПС «КонсультантПлюс»
- 6) Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.11.2009 № 15АП-9426/2009 по делу № А32-12027/2009 // СПС «КонсультантПлюс»
- 7) Определению ВАС РФ от 28 марта 2011 г. № ВАС-7/11 по делу № А41-40642/09 // СПС «КонсультантПлюс»

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Литература:

- 1) Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. 3: Права обязательственные. СПб., 1898. 482 с.
- 2) Базанов И.А. Происхождение современной ипотеки. Новейшее течение в вотчинном праве в связи с современным строением народного хозяйства. М., 2004. 589 с.
- 3) Башмаков А.А. Основные начала ипотечного права. Либава, 1891. 268 с.
- 4) Бевзенко Р.С. Борьба за залог: третий этап реформы залогового права России // Вестник гражданского права. 2015. № 2. С. 8 – 50. // СПС «КонсультантПлюс»
- 5) Будилов В.М. Приобретение права собственности по договору в концепции вещного права Германии: к дискуссии о развитии Российского вещного права. М., 2015. 560 с.
- 6) Вольман И.С. Залог будущих вещей и будущих строений // Советская юстиция. 1928. № 33. С. 908-910.
- 7) Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона)/ пер.с. фр. Захватаева В.Н. М., 2012. 626 с.
- 8) Гонгало Б.М. Развитие кодификации законодательства о залоге: трансформация понятий // Кодификация российского частного права 2015 / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2015. // СПС «КонсультантПлюс»
- 9) Гудков Д.В. Проблема квалификации отношений сторон до разрешения отлагательного условия // Вестник гражданского права. 2015. № 3. с. 7 – 56 // СПС «КонсультантПлюс»
- 10) Дернбург Г. Пандекты. Т. 1. Ч. 2. Вещное право. СПб., 1905. 363 с.
- 11) Дернбург Г. Пандекты. Т. 2. Обязательственное право. М., 1911. 412 с.

- 12) Дождев Д.В. Вещный момент в залоговом праве: отечественная доктрина и исторические уроки // Гражданское право. 2015. № 2. С. 6 - 11.
- 13) Дождев Д.В. Комиссорная оговорка при залоге: проблема совместимости правовых конструкций // Частное право и финансовый рынок: Сборник статей. Вып. 2 / Отв. ред. М.Л. Башкатов. М., 2014. С. 84 – 122 // СПС «КонсультантПлюс»
- 14) Дыдынский Ф. Залог по римскому праву. Варшава, 1872. 292 с.
- 15) Евдокимова Е.А. Сверхстаршинство определенной категории залогодержателей: сравнительно-правовое исследование // Закон. 2015. № 7. С. 191 - 202. // СПС «КонсультантПлюс»
- 16) Егоров А.В. Залог и банкротство: актуальные вопросы // Научно-практический комментарий новелл законодательства и практики его применения / Под ред. В.В. Витрянского. М., 2010. 336 с.
- 17) Зинченко С.А., Лапач В.А., Шапсугов Д.Ю. Проблемы объектов гражданских прав. Ростов-на-Дону, 2001. 248 с.
- 18) Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. 777 с.
- 19) Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. М.1999. 284 с.
- 20) Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: Учебно-практический комментарий (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева, 2010 // СПС «КонсультантПлюс»
- 21) Куликов Е.С. Соглашение о задатке в гражданском праве России: Монография. М., 2011 // СПС «КонсультантПлюс»
- 22) Коммерческий кодекс Франции / предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии В.Н. Захватаева. М., 2008. 1272 с.
- 23) Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009 г.) // Вестник ВАС РФ. № 11. 2009.
- 24) ЛоПаки Л. Сделка без обеспечения (часть первая) (перевод Р.С. Бевзенко) // Вестник гражданского права. 2014. № 6. С. 259 - 278.
- 25) Маковский А.Л. Собственный опыт – дорогая школа / Актуальные проблемы частного права: сборник статей к юбилею П.В. Крашенинникова //

- отв. ред. Б.М. Гонгало, В.С. Ем. М. Статут, 2014. 272 с. // СПС «КонсультантПлюс».
- 26) Мейер Д.И. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2003. 389 с.
- 27) Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 2. М., 1997. 455 с.
- 28) Мочалова В.А. Гражданско-правовые вопросы обращения заложенного недвижимого имущества: научно-практическое пособие. М., 2013. 224 с.
- 29) Новикова А.А. Залог товаров в обороте: вопросы правоприменения // СПС «КонсультантПлюс»
- 30) Памятники римского права: Законы 12таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997. 608 с.
- 31) Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. 353 с.
- 32) Рассказова Н.Ю. Новое в регулировании залоговых отношений // Арбитражные споры. 2012. № 3. С. 115-130. // СПС «КонсультантПлюс»
- 33) Рассказова Н.Ю. Последствия исполнения обеспечительного обязательства // Вестник гражданского права. 2010. С. 92 – 130. // СПС «КонсультантПлюс»
- 34) Рекомендации Научно-консультативного совета при Федеральном арбитражном суде Уральского округа. Вопросы правоприменения по гражданским делам, подведомственным арбитражным судам (По итогам заседания, состоявшегося 10 июня 2015 года в г. Ижевске) // Экономическое правосудие в Уральском округе. 2015. № 3.
- 35) Российское гражданское право: Учеб. Т. 2 / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. 1208 с.
- 36) Соловьев Н. Залог товаров в обороте // Еженедельник советской юстиции. 1926. № 21. С. 640-643.
- 37) Теплов Н.В. Залог товаров в обороте: анализ института на примере floating charge // Вестник ВАС РФ. 2013. № 10. С. 4 - 15; № 11. С. 75 - 101. // СПС «КонсультантПлюс»
- 38) Хвостов В.М. Система римского права. II. Вещное право. Конспект лекций. М., 1908. 485 с.
- 39) Эльяссон Л.С. Залог товаров в обороте // Революционная законность. 1926. № 11-12. С. 25-27.
- 40) Baur/Stürner: Sachenrecht, 18. Auflage, München 2009, 1086 S.

- 41) Becker-Eberhard E. Die causa f ü die Bestellung von Sicherungsrechten // Festschrift f ü Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag / Th. Baums, M. Lutter, K. Schmidt, J. Wertenbruch (Hgs.). Mohr Siebeck, 2006. 1270 S.
- 42) Carlyle Th. The Nigger Question // Carlyle Th. Critical and Miscellaneous Essays: In 7 vols. Vol. 6. Chapman & Hall, 1869. 280 p.
- 43) Gilmore G. The purchase money priority // Harvard Law Review. 1963. № 7. Vol. 76. 1391 p.
- 44) Johansson E. Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity. Springer, 2009. 220 p.
- 45) Steinbeck J. The Grape of Wrath. The Viking Press, 1939. 619 p.
- 46) Uniform Commercial Code. The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. 2014 // Lexis Nexis.
- 47) Wood Ph.R. Comparative Law of Security Interests and Title Finance. London, 2007. 805 p.

Интернет-источники:

- 1) Гражданский кодекс Республики Беларусь http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30415161#pos=58;-246&sel_link=1001130967 (дата обращения 20.04.2016 года)
- 2) Закон Республики Беларусь об ипотеке <http://pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=H10800345> (дата обращения 20.04.2016 года)
- 3) Реестр залогов движимого имущества <https://www.reestr-zalogov.ru/#/> (дата обращения 20.04.2016 года)