

В Е С Т Н И К ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

№ 3

2024

Том 24

Редакционный совет

Юрген БАЗЕДОВ

Беа ВЕРШРАЕГЕН

В.В. ВИТРЯНСКИЙ

Г.А. ГАДЖИЕВ

А.Г. ДОЛГОВ

В. ЕМ

И.С. ЗЫКИН

А.С. КОМАРОВ

Хельмут КОЦИОЛЬ

П.В. КРАШЕНИННИКОВ

А.А. МАКОВСКИЙ (председатель)

Л.Ю. МИХЕЕВА

Л.А. НОВОСЕЛОВА

Е.А. СУХАНОВ

В.В. ЧУБАРОВ

В.Ф. ЯКОВЛЕВ

Главный редактор

Е.А. СУХАНОВ

Зам. главного редактора

А.Е. ШЕРСТОБИТОВ

С.В. ТРЕТЬЯКОВ

Ответственные редакторы

М.И. ЛУХМАНОВ

М.А. ПШЕНИЧНИКОВ

Редакционная коллегия

Е.В. ВЕРШИНИНА,

А.В. ЕГОРОВ, О.М. КОЗЫРЬ,

А.Н. КУЧЕР, А.А. МАКОВСКАЯ,

Е.А. ПАВЛОВА, С.В. САРБАШ,

С.А. СИНИЦЫН, Н.Б. ШЕРБАКОВ,

Т.С. ЯЦЕНКО

ISSN 1992-2043

Отдел подписки: mvgp@mvgp.org

Журнал «Вестник гражданского права» выходит три раза в полугодие, зарегистрирован Федеральной службой по надзору за соблюдением законодательства в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия. Рег. № ФС77-25484 от 14 августа 2006 г.

Учредители:

В. ЕМ, А.А. Маковский, Е.А. Суханов

Издатель: ООО «Издательский дом В. Ема»
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2.
тел.: +7 (495) 649 18 06; www.mvgp.org

Перепечатка материалов из журнала «Вестник гражданского права» допускается только с согласия Издателя. Ссылка на источник опубликования обязательна.

Издатель или Редакция не дают справок и консультаций и не вступают в переписку. Рукописи не возвращаются.

Учредитель, Издатель не несут ответственности за содержание рекламы и объявлений.

Журнал «Вестник гражданского права» включен в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата юридических наук.



Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева
при Президенте Российской Федерации

CIVIL LAW

R E V I E W

No. 3

2024

Vol. 24

Editorial Council

Jürgen BASEDOW

Bea VERSCHRAEGEN

V.V. VITRYANSKY

G.A. GADZHIEV

A.G. DOLGOV

V. EM

I.S. ZYKIN

A.S. KOMAROV

Helmut KOZIOL

P.V. KRASHENINNIKOV

A.L. MAKOVSKY (chairman)

L.Yu. MIKHEEVA

L.A. NOVOSELOVA

E.A. SUKHANOV

V.V. CHUBAROV

V.F. YAKOVLEV

Editor-in-Chief

E.A. SUKHANOV

Deputy Editors-in-Chief

A.E. SHERSTOBITOV

S.V. TRETYAKOV

Managing and Executive Editors

M.I. LUKHMANOV

M.A. PSHENICHNIKOV

Editorial Board

E.V. VERSHININA,

A.V. EGOROV, O.M. KOZYR,

A.N. KUCHER, A.A. MAKOVSKAYA,

E.A. PAVLOVA, S.V. SARBASH,

S.A. SINITSYN, N.B. SHCHERBAKOV,

T.S. YATSENKO

ISSN 1992-2043

Subscription Dep.: mvgp@mvgp.org

Founders:

V. Em, A.L. Makovsky, E.A. Sukhanov

The *Civil Law Review* Journal is being published three times in a half of the Year.

The *Civil Law Review* is registered by the Federal Service for supervision of legislation in mass communications and cultural heritage protection (Russia). Reg. No. FS77-25484 of August 14, 2006.

Reprint and republication of all the materials of the *Civil Law Review* Journal are allowed only with the consent of the Publisher. The appropriate reference to the source of publication is obligatory.

The Publisher and the Editor's office do not render information and consultations and do not enter into correspondence. Manuscripts are not being returned. The Founders and the Publisher are not responsible for the content of advertisements and announcements.

Publisher:
LLC «V. Em Publishing House»
119454, Moscow, Lobachevskogo st., 92,
building 2.
Phone: +7 (495) 649 18 06; www.mvgp.org

The *Civil Law Review* Journal is included into the official governmental List of leading peer-reviewed scientific periodicals (Russia).



Private Law Research Centre under the President
of the Russian Federation named after S.S. Alexeev

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

ПРОДАЖА УТРАЧЕННОГО ПРЕДМЕТА ЗАЛОГА. ЧАСТЬ 1: ОБРАЩЕНИЕ ВЗЫСКАНИЯ НА УТРАЧЕННЫЙ ПРЕДМЕТ ЗАЛОГА*



И.И. ЗИКУН,

кандидат юридических наук,
заместитель председателя совета (руководителя) ИЦЧП им. С.С. Алексеева
при Президенте РФ

<https://doi.org/10.24031/1992-2043-2024-24-3-9-57>

В статье рассматривается вопрос о возможности сохранения залогового права на утраченный предмет залога и реализации права собственности на вещь в ее отсутствие. Автор пытается доказать, что в требовании нахождения предмета залога во владении залогодателя на момент обращения взыскания на него нет необходимости. Для решения данной проблемы автор рассматривает природу иска об обращении взыскания, правила об определении цены предмета залога, влияние владения предметом залога на добросовестность покупателя, идентичность заключаемого по итогам реализации предмета залога договора купли-продажи и общих правил о договоре купли-продажи

Ключевые слова: договор залога; обращение взыскания; реализация предмета залога; стоимость предмета залога; начальная продажная цена; цена отсечения; торги; публичные торги; добросовестный приобретатель.

* Настоящее исследование подготовлено в рамках выполнения государственного задания, утвержденного Исследовательскому центру частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ (номер научно-исследовательской работы в ЕГИСУ НИОКТР 1023032300357-3-5.5.1-5.5.1).

SALE OF LOST PLEDGES ASSETS. PART 1: FORECLOSURE OF LOST PLEDGES ASSETS

I.I. ZIKUN,

PhD in Law, Deputy Head, Private Law Research Center
under the President of the Russian Federation
named after S.S. Alekseev

The article considers the issue of the possibility of preserving the lien on the lost pledge item and realisation of the right of ownership of the thing in its absence. The author tries to prove that there is no need in the requirement of finding the subject of pledge in the possession of the pledgor at the time of foreclosure. To solve this problem, the author considers the nature of the foreclosure action, the rules for determining the price of the pledged item, the influence of the possession of the pledged item on the good faith of the buyer, the identity of the sales contract concluded as a result of the realisation of the pledged item and the general rules on the sales contract.

Keywords: pledge agreement; foreclosure; realisation of the pledged item; value of the pledged item; initial sale price; cut-off price; auction; public auction; bona fide purchaser.

1. ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

Важно ли для вещного права наличие вещи и насколько вещным должно быть вещное право? В институте залога ответ на этот вопрос будет иметь вполне ощутимые практические последствия. Может ли залогодержатель обратиться за взысканием на предмет залога и реализовать его, если по каким-то причинам вещи нет и от нее осталось только право собственности? Должно ли залоговое правоотношение завершиться тем, что любой залогодержатель овладеет предметом залога, или залогодержатель ввиду закрепления в российском праве правила непосредственности залога может никогда не увидеть предмет залога? По сути, вопрос ставится таким образом: должен ли залогодержатель получить предмет залога под свой контроль и можно ли продать то, чего нет в наличии?

В статье будет предпринята попытка выяснить, обладает ли в гражданском праве украденная или утраченная вещь особым режимом, выбывает ли она из оборота или такое имущество может быть предметом договора купли-продажи. Данная

проблема приобретает особое значение в сфере залогового права, поскольку велико желание залогодателя скрыть предмет залога и поскольку реализация предмета залога происходит в состоянии хозяйственного упадка собственника вещи, когда собственник спасается от преследования и оставляет свое имущество в запустении. Еще одной причиной особого значения проблемы режима украденных и утраченных вещей в залоговом праве является экономика правоотношения. Предметом залога часто является строительная техника, которая находится в полях, на Крайнем Севере, в труднодоступном месте, где ведется строительство. Предметом залога часто выступают транспортные средства, мобильность которых заложена, словами К.И. Скловского, в «программу вещи». Также предметом залога часто являются золотые и серебряные украшения, которые легко теряются или становятся предметом кражи. Таким образом, сами особенности предмета залога как такового ставят проблему реализации утраченного и украденного предмета залога.

Предстоит решить также еще одну проблему более общего характера, которая прямо влияет на проблему реализации утраченного и украденного предмета залога, – это проблема идентичности договора купли-продажи предмета залога общему типу договора купли-продажи. Как представляется, в договоре купли-продажи предмета залога, который заключается в результате реализации предмета залога, соперничают два начала: общие положения о договоре купли-продажи (гл. 30 ГК РФ и в первую очередь ст. 223 ГК РФ) и накопившиеся за несколько тысяч лет развития института залога особенности, когда «несобственник, но кредитор» продает чужую вещь (например, в отказе от привлечения залогодержателя к ответственности за эвикцию, в снятии с залогодержателя ответственности за качество предмета залога, в закреплении специальных правил о моменте оплаты и моменте приобретения права собственности). Соответственно, возникает некий зазор, *оправданное* и *неоправданное* отставание подходов в залоговом праве от концептуальных подходов в институте купли-продажи. Отсюда появляются вопросы о том, нужно ли «подтягивать» положения о реализации предмета залога к общим правилам о заключении и исполнении договора купли-продажи или нормы о реализации предмета залога идут своим путем, а также насколько положения ст. 223 ГК РФ релевантны для решения вопросов в залоговом праве.

Напрасно думать, что в статье можно будет до конца решить все намеченные проблемы, но в качестве первого подхода к снаряду будет поставлена проблема непосessorной реализации предмета залога. Сразу оговоримся, что в этой статье не будет обсуждаться вещная или обязательственная природа залога, хотя этот аргумент имеет значение для решения основной проблемы статьи. Но природа складывается из разных мелких деталей по конкретным вопросам, что требует комплексного исследования всего института, чего в этой статье сделать никак нельзя. Если кому-то будет достаточно сказать, что залог вещный и поэтому вещь должна быть при ее продаже, то так тому и быть, хотя автору представляется такое утверждение заслуживающим сомнения.

В настоящий момент *de lege lata* ответ на вопрос очевиден. Чтобы обратить взыскание на предмет залога, залогодержатель должен указать, где находится предмет залога. У такого правила есть несколько объяснений: 1) такое правило предусмотрено в п. 33 постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10 (утратил силу); 2) если вещи нет во владении залогодателя, нет и вещного права у залогодержателя, которое могло бы быть реализовано¹; 2) реализация предмета залога невозможна, поскольку нет предмета реализации²; 3) вынесение судебного акта является основанием для отобрания предмета залога, что в силу императивной нормы должен сделать судебный пристав-исполнитель, а отбывать ему нечего, а значит, будет вынесен заведомо неисполнимый судебный акт³; 4) суду и судебному приставу-исполнителю предписано провести оценку предмета залога (ипотеки), а оценивать им нечего⁴.

По большей части эти рассуждения основываются на логической ошибке, которая всегда свойственна индуктивному методу рассуждения. Лошадь живет ради телеги, а театр нужен ради вешалки. Нормы об оценке и об изъятии предмета залога рассчитаны на частные ситуации. Их наличием нельзя отвергать другие ситуации. Отсылка к природе залога более правильна с точки зрения логики. Однако есть риск получить решение «голой» догматики, противоречащее фактическому положению дел. Тем более, когда догматика дает на самом деле другой ответ. Проблема состоит также и в том, что российское право так и не смогло найти форму оборота прав без вещей.

По мнению Президиума ВАС РФ, воспользоваться способами реализации предмета залога по соглашению сторон, т.е. правом оставить предмет залога за собой или продать предмет залога третьему лицу без проведения торгов (п. 3 ст. 28.1 Закона РФ от 29 мая 1992 г. № 2872-1 «О залоге» (утратил силу)), мог только владеющий залогодержатель. В противном случае действия залогодержателя не могли быть расценены как надлежащее обращение взыскания на заложенное имущество⁵.

Иное решение предусмотрено для случаев включения требования кредитора в реестр требований кредиторов (далее – РТК) залогодателя в качестве обе-

¹ См.: Егоров А.В. Залог и банкротство: актуальные вопросы // Несостоятельность (банкротство): научно-практический комментарий новелл законодательства и практики его применения / под ред. В.В. Витрянского. М.: Статут, 2010. С. 29.

² См. постановление АС Поволжского округа от 27 марта 2024 г. № Ф06-1863/2024 по делу № А65-19133/2023.

³ См. постановление АС Уральского округа от 11 августа 2020 г. № Ф09-2148/20 по делу № А76-11261/2019.

⁴ См. определение Четвертого кассационного суда общей юрисдикции от 5 сентября 2023 г. по делу № 88-29583/2023.

⁵ См. постановление Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2012 г. № 15085/11 по делу № А19-5794/10-10-4.

спеченного залогом. В соответствии с абз. 2 п. 1 постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 58 суд при разрешении вопроса должен проверить факт нахождения предмета залога у должника в натуре (сохраняется ли возможность обращения взыскания на него)¹. Искусственность этого правила бросается в глаза. На момент рассмотрения требования кредитора нет даже намека на начало процедуры продажи предмета залога, а конкурсную массу только предстоит сформировать. За годы процедуры может произойти что угодно. Разве есть что-то необычное в том, что имущество должника-банкрота, часто прекратившего осуществление деятельности, уволившего работников и в лучшем случае запевшего имущество на замок, не находится в его владении? Вместо того, чтобы возложить на конкурсного управляющего обязанность по отысканию предмета залога, что он должен делать в отношении всякого имущества (заложеного и нет), Пленум ВАС РФ решил отказать залогодержателю во включении требования в РТК, в связи с чем залогодержатель рискует пропустить срок для включения в реестр.

Пытаясь хоть как-то восстановить баланс, ВС РФ в 2018 г. дал обширные разъяснения по вопросу доказывания факта выбытия предмета залога из-под контроля залогодателя². Бремя доказывания условий для отказа в удовлетворении заявленных им требований (возражения о ничтожности договора залога, уничтожении заложенного имущества, приобретении залогового имущества третьим лицом по добросовестности и т.д.) переходит на его процессуальных оппонентов (арбитражного управляющего и других кредиторов). Торги не могут быть проведены, поскольку отсутствует их предмет. Следовательно, суд не может принять заведомо неисполнимый судебный акт. Однако любые сомнения по вопросу о том, имеется данное имущество либо нет, по общему правилу должны быть истолкованы в пользу признания сохранения залога.

Достаточными доказательствами того, что предмет залога не выбыл из владения залогодателя, признавались, например, следующие: предмет залога (автомобиль) на момент подачи иска об обращении взыскания числится на регистрационном учете за залогодателем и, следовательно, «из имущественной сферы

¹ «Если судом не рассматривалось ранее требование залогодержателя об обращении взыскания на заложенное имущество, то суд при установлении требований кредитора проверяет, возникло ли право залогодержателя в установленном порядке (имеется ли надлежащий договор о залоге, наступили ли обстоятельства, влекущие возникновение залога в силу закона), не прекратилось ли оно по основаниям, предусмотренным законодательством, имеется ли у должника заложенное имущество в натуре (сохраняется ли возможность обращения взыскания на него)» (абз. 2 п. 1 постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 58).

² Например, при предоставлении залогодержателем выписки из ЕГРН о регистрации ипотеки для отклонения существования залогового права «судом должны быть приведены очень веские мотивы (например, имущество уничтожено на момент включения требований в реестр (с приложением соответствующих документов)». Нельзя возлагать на залогодержателя негативные последствия процессуального бездействия оппонента (п. 21 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2018) (утв. Президиумом ВС РФ от 28 марта 2018 г.)).

залогодателя не выбыл»¹; представление залогодержателем в материалы дела акта осмотра предмета залога²; должник не обращался к залогодержателю с сообщением об утрате предмета залога³; право собственности на предмет ипотеки не перешло ввиду недействительности договора купли-продажи⁴; конкурсный управляющий не установил место нахождения предмета залога, что само по себе не свидетельствует об отсутствии предмета залога во владении залогодателя⁵; судебный пристав-исполнитель не осуществил выезд на предполагаемое место нахождения предмета залога из-за высокого снежного покрова на дороге⁶; заложенный автомобиль эвакуирован и помещен на закрытую стоянку, к которой у конкурсного управляющего нет доступа⁷; должнику было отказано в возбуждении уголовного дела в связи с отсутствием состава преступления⁸; договор купли-продажи является мнимым и предмет залога (автобус) из владения залогодателя не выбывал⁹; покупатель заложенного автомобиля неоднократно давал противоречивые показания по вопросу передачи ему владения при заключении договора

¹ См. постановление АС Северо-Западного округа от 8 июня 2023 г. № Ф07-6547/2023 по делу № А66-4946/2022.

² См. постановление АС Центрального округа от 2 ноября 2023 г. № Ф10-266/2023 по делу № А36-9551/2021, а также постановление АС Центрального округа от 24 августа 2021 г. № Ф10-3540/2021 по делу № А48-1750/2020.

³ См. постановление АС Центрального округа от 25 мая 2022 г. № Ф10-1353/2022 по делу № А83-13951/2020.

⁴ См. постановление АС Московского округа от 30 января 2023 г. № Ф05-20611/2015 по делу № А41-66051/2015.

⁵ См. постановление АС Дальневосточного округа от 29 июня 2023 г. № Ф03-2652/2023 по делу № А73-15173/2020, а также постановление АС Северо-Кавказского округа от 10 апреля 2023 г. № Ф08-1952/2023 по делу № А32-24296/2021.

⁶ См. постановление АС Дальневосточного округа от 29 июня 2023 г. № Ф03-2652/2023 по делу № А73-15173/2020. Предмет залога часто находится в труднодоступном месте, учитывая, что предметом залога часто является строительная техника. Однако даже в таком случае залоговое правоотношение не считается прекратившимся, а предмет залога должен быть реализован в рамках мероприятий в процедуре банкротства. Конкурсный управляющий при содействии залогодержателя также должен обеспечить сохранность такого предмета залога (см. постановление АС Западно-Сибирского округа от 6 октября 2023 г. № Ф04-4441/2023 по делу № А03-4731/2022).

⁷ См. постановление АС Северо-Западного округа от 25 января 2022 г. № Ф07-19014/2021 по делу № А13-16381/2020.

⁸ См. постановление АС Московского округа от 15 декабря 2021 г. № Ф05-30978/2021 по делу № А41-56609/2020.

⁹ См. постановление АС Северо-Западного округа от 19 сентября 2022 г. № Ф07-10671/2022 по делу № А52-4784/2021 (определением ВС РФ от 30 декабря 2022 г. № 307-ЭС22-24980 отказано в передаче дела № А52-4784/2021 в Судебную коллегию по экономическим спорам ВС РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного Постановления), а также определение Седьмого кассационного суда общей юрисдикции от 17 ноября 2022 г. № 88-18800/2022.

купли-продажи, в связи с чем суд применил запрет противоречивого поведения и обратил взыскание на предмет залога¹; опровергнута добросовестность покупателя при приобретении предмета залога²; заявляя об угоне автомобиля, ответчик надлежащих доказательств данному обстоятельству не представил³.

Напротив, выбытием предмета залога из владения залогодателя было признано: отчуждение предмета залога третьему лицу и передача вещи во владение приобретателя⁴; отчуждение предмета залога добросовестному приобретателю, но с оставлением на время автомобиля в пользовании залогодателя⁵; реализация предмета залога в рамках исполнительного производства по другому обязательству⁶; конкурсный управляющий провел инвентаризацию имущества должника-банкрота и не обнаружил предмет залога (движимое имущество)⁷; регистрационный учет в отношении заложенного автомобиля прекращен⁸; предмет залога был приобретен добросовестным приобретателем⁹; истек срок исковой давности для предъявления иска об обращении взыскания на предмет залога к покупателю, за которым автомобиль стал числиться на государственном учете¹⁰; залогодержатель не обращался в суд с иском о признании договора об отчуждении

¹ См. определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 28 февраля 2024 г. по делу № 88-357/2024.

² См. определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 12 декабря 2023 г. по делу № 88-27576/2023.

³ См. определение Седьмого кассационного суда общей юрисдикции от 10 декабря 2019 г. № 88-1150/2019.

⁴ См. постановление АС Восточно-Сибирского округа от 12 октября 2023 г. № Ф02-5125/2023 по делу № А10-7794/2022 (определением ВС РФ от 15 января 2024 г. № 302-ЭС23-26468 отказано в передаче дела № А10-7794/2022 в Судебную коллегию по экономическим спорам ВС РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного Постановления). Также если предмет залога был передан в качестве отступного для погашения другого обязательства, то в обращении взыскания на предмет залога нужно отказать (постановление АС Московского округа от 4 октября 2023 г. № Ф05-23192/2023 по делу № А41-23759/2022).

⁵ См. определение Четвертого кассационного суда общей юрисдикции от 25 января 2022 г. по делу № 88-287/2022.

⁶ См. постановление АС Уральского округа от 11 августа 2023 г. № Ф09-4354/23 по делу № А60-55916/2022.

⁷ См. постановление АС Северо-Западного округа от 22 сентября 2022 г. № Ф07-13387/2022 по делу № А13-4536/2021.

⁸ См. постановление АС Центрального округа от 20 января 2021 г. № Ф10-4885/2020 по делу № А36-9769/2019.

⁹ См. постановление АС Центрального округа от 26 июля 2021 г. № Ф10-5990/2020 по делу № А48-2965/2019, а также определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 25 декабря 2023 г. № 88-26379/2023.

¹⁰ См. определение Восьмого кассационного суда общей юрисдикции от 2 апреля 2024 г. № 88-6535/2024.

предмета залога недействительным¹; конкурсный управляющий направил запросы в прокуратуру, органы МВД России, УГИБДД в целях розыска транспортного средства, а также подал иски об истребовании имущества из незаконного владения (имущество передано третьему лицу на основании расписки, которая не может быть признана договором аренды)².

Возникает еще одна проблема. Утрата предмета залога (как некое промежуточное состояние между владением и гибелью предмета залога) поименована в подп. 2 п. 1 ст. 351 ГК РФ, в связи с чем у залогодержателя появляется право на досрочное исполнение обязательства. Но утрата предмета залога не поименована в качестве основания прекращения залога, хотя гибель предмета залога указана в качестве такого основания в подп. 3 п. 1 ст. 352 ГК РФ. Такой лимб часто вызывает сложности, потому что суд не знает, будет в будущем найден предмет залога или нет, хотя при любой утрате вероятность нахождения вещи сохраняется.

Из приведенных позиций судов можно сделать несколько выводов. Во-первых, суды в меньшей степени волнуются о том, есть ли фактически вещь во владении залогодателя. Их больше интересует вопрос, сохранил ли залогодатель право собственности на предмет залога на момент обращения взыскания и является ли покупатель предмета залога добросовестным. В связи с этим речь в судебных актах идет не о фактическом владении, а об «имущественной сфере» залогодателя и сфере его контроля над предметом залога³. Во-вторых, судами активно используется процессуальная логика о распределении бремени доказывания и оценивании доказательств. В связи с этим факт владения залогодателем предметом залога становится второстепенным, а более важно – насколько активно вели себя залогодатель и залогодержатель, обращались ли они в государственные органы и друг к другу, использовали ли способы защиты. В-третьих, залогодатель может иметь во владении предмет залога, а может не иметь – ни то ни другое не предreshает позицию суда по конкретному делу. Помимо этого есть много других обстоятельств, которые оценивает суд (прежде всего, вопрос права собственности на вещь). В-четвертых, нахождение предмета залога в трудно-

¹ См. определение Четвертого кассационного суда общей юрисдикции от 1 ноября 2022 г. по делу № 88-24072/2022.

² См. постановление АС Поволжского округа от 16 ноября 2023 г. № Ф06-10403/2023 по делу № А65-20117/2019.

³ В залоговых спорах суды часто отождествляют владение и контроль вне зависимости от предмета залога. Например, как указал суд, положения ст. 338 ГК РФ о владении предметом залога применяются также в том случае, когда предметом залога являются доли в ООО («В соответствии с пунктом 1 статьи 338 Гражданского кодекса Российской Федерации, заложенное имущество остается у залогодателя, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другим законом или договором. Таким образом, если иное не предусмотрено договором, права корпоративного контроля, в случае залога доли в уставном капитале, остаются за залогодателем» – постановление АС Поволжского округа от 6 июля 2020 г. № Ф06-61115/2020 по делу № А65-11078/2019). См. также постановление АС Северо-Западного округа от 14 сентября 2020 г. № Ф07-8656/2020 по делу № А56-75577/2019.

доступном или закрытом месте не является основанием для отказа в удовлетворении иска об обращении взыскания на предмет залога.

Как представляется, и с процессуальным решением распределения бремени доказывания согласны не все нижестоящие суды, поскольку оно все так же покоится на требовании Пленума ВАС РФ о необходимости фактического наличия предмета залога на момент включения требования кредитора в реестр, что приравнивается к обращению взыскания на предмет залога¹. Высказываются почти прямо. «Если впоследствии имущество так и не отыщется, права должника и его незалоговых кредиторов не будут существенным образом нарушены фактом признания банка залогодержателем, поскольку в этом случае торги по продаже заложенного имущества не состоятся по причине его отсутствия и залоговый кредитор не получит исполнение за счет реализации предмета залога. Если же автомашина будет обнаружена, то, как указал суд апелляционной инстанции, отказ в признании залогового статуса создаст серьезные препятствия для реализации кредитором прав залогодержателя»². По сути, суд сказал, что рассмотрение заявления о признании требования в качестве обеспеченного залогом – не тот момент, когда нужно думать о том, есть предмет залога в натуре или нет.

Смушает также и то, что посессорная модель обращения взыскания на предмет залога появляется как результат судебного нормотворчества, хотя в законе такой подход не проявляется. Например, должен ли нотариус устанавливать факт наличия вещи во владении залогодателя при совершении исполнительной надписи и отказать в ее совершении, если залогодатель представит доказательства обращения в государственные органы с заявлением о краже или утрате? Основания для такого отказа в законе нет (ст. 94.4 Основ законодательства РФ о нотариате (утв. ВС РФ 11 февраля 1993 г. № 4462-1), ст. 348, 349 ГК РФ). В перечне необходимых для совершения исполнительной надписи документов доказательства наличия вещи во владении у залогодателя не поименованы (ст. 94.1 Основ законодательства РФ о нотариате). К возражениям залогодателя утрата предмета залога не отнесена (ст. 94.3 Основ законодательства РФ о нотариате). А Поста-

¹ См. п. 21 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2018) (утв. Президиумом ВС РФ от 28 марта 2018 г.).

² См. постановления АС Московского округа от 6 июня 2023 г. № Ф05-12402/2023 по делу № А40-117049/2022, АС Уральского округа от 16 октября 2023 г. № Ф09-6699/23 по делу № А07-24810/2022. А.В. Егоров отвечает на поставленный вопрос иначе: «Значение также имеет вопрос о том, как следует поступить, если переданная в залог вещь обнаружится уже после принятия судом решения об отказе во включении требований кредитора как обеспеченных залогом (например, судно возвратится из-за границы). Здесь, при грозящем закрытии реестра требований кредиторов в конкурсном производстве, не годится напрашивающееся простое решение в виде допущения повторного обращения в суд с требованием об установлении статуса залогового кредитора. Лучшим вариантом станет, на наш взгляд, пересмотр ранее принятого определения об отказе в признании статуса залогового кредитора по вновь открывшимся обстоятельствам. В этом случае срок на предъявление требований кредиторами окажется соблюденным, так как будет исчислен по дате первоначального обращения» (см.: Егоров А.В. Залог и банкротство: актуальные вопросы. С. 31).

новление Пленума ВАС РФ № 10, в котором требовалась проверка факта наличия предмета залога, утратило силу. На каком основании нотариус должен отказать в совершении исполнительной надписи? Основания нет.

Как представляется, правило о посессорной реализации предмета, т.е. о необходимости установления факта владения при обращении взыскания на предмет залога, возникает в качестве рычага на стрелке. Если факт владения установлен, то залогодержатель должен двигаться по пути реализации предмета залога. Если факт владения не установлен, т.е. установлены обстоятельства прекращения залога из ст. 352 ГК РФ, то залогодержатель должен двигаться по траектории: прекращение залога (ст. 352 ГК РФ) – замена предмета залога (ст. 345 ГК РФ) – возникновение права на досрочное исполнение обязательства (ст. 351 ГК РФ).

При такой альтернативе на протяжении нескольких столетий возникает следующая проблема. Залогодержатель понимает, что заменить предмет залога нечем, а сумму займа должник вернуть не сможет, в связи с этим залогодержатель хочет заблокировать действие ст. 352 ГК РФ, сохранить свое залоговое право и продолжить отыскивать предмет залога (например, в случае его кражи). То есть положения о прекращении залога начинают противоречить интересам залогодержателя. В обычной ситуации залогодержатель просто не будет подавать иск об обращении взыскания на предмет залога и будет в течение срока исковой давности отыскивать предмет залога. Проблема возникает в ситуации банкротства залогодателя, когда залогодержатель вынужден досрочно использовать свое залоговое право и включаться в РТК залогодателя. В этом случае при посессорном подходе залогодержатель просто лишается залогового права. Возникает вопрос: почему нельзя в рамках реализации конкурсной массы продать «голое» право собственности без вещи, чтобы залогодержатель хоть в какой-то части удовлетворил свое требование, а победитель торгов продолжил отыскивать украденное имущество? На этот вопрос автор попытается дать ответ далее в статье. В исторической ретроспективе этот вопрос звучит так: может ли залогодержатель отказаться от своего права на досрочное исполнение обязательства и вместо этого использовать залоговые иски для отыскания предмета залога, запрета залогодателю определенного поведения или, напротив, предписания залогодателю определенного поведения?

2. НЕОБХОДИМОСТЬ ПОЛУЧЕНИЯ ВЛАДЕНИЯ ПРЕДМЕТОМ ЗАЛОГА ДЛЯ ОБРАЩЕНИЯ ВЗЫСКАНИЯ

Должен ли залогодержатель это делать и можно ли обратиться взыскание на предмет залога и в последующем реализовать его без установления над ним владения (контроля)? Представляется, что по этому вопросу можно выделить посессорный и непосессорный подходы. В первом случае залогодержатель не сможет обратиться взыскание и реализовать отсутствующую вещь – его право залога прекратится, а во втором случае – сможет.

2.1. Истоки вопроса

Л.В. Гантовер указывал на случайность заимствования правила о том, что залогодержатель должен завладеть предметом залога, чтобы его реализовать¹. Проценты по требованию кредитора к должнику переставали начисляться с момента передачи владения имуществом кредитору, т.е. с момента, когда залогодатель утрачивал возможность пользоваться предметом залога. Значит, как писал Л.В. Гантовер, кредитор заменял свое право на будущие проценты правом реализовать предмет залога. Это единственное логическое объяснение требования о вводе залогодержателя во владение предметом залога². Соответственно, ввод во владение и начисление процентов по обеспечиваемому обязательству расценивались как взаимозаменяемые правила. Ф.М. Дыдынский видел в предоставлении залогодержателю владения предметом залога саму сущность залога, иначе в противном случае залогодержатель, во-первых, не может получать плодов заложенной вещи, а во-вторых, не может продать предмет залога *выгодно*³.

Правило о вводе кредитора во владение появилось под влиянием германского института *neure Satzung*⁴, который в XIX в. имел мало отношения к институ-

¹ См.: Гантовер Л.В. Залоговое право: Объяснения к положениям гл. IV разд. 1 проекта Вотчинного устава. СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1890. С. 90.

² Следует напомнить, что по действующему российскому праву проценты на сумму основного требования кредитора продолжают начисляться до тех пор, пока требование не будет погашено. Следовательно, эта и без того сомнительная и случайная причина посессорности обращения взыскания на предмет залога в настоящий момент отпала.

³ См.: Дыдынский Ф.М. Залог по римскому праву. Рассуждение, написанное для получения степени доктора римского права. Варшава: Тип. С. Оргельбранда, 1872. С. 170.

⁴ Форма *neure Satzung*, в рамках которой не требовалась передача владения предметом залога залогодержателю, появилась в качестве ответа на правило XIII в. о том, что лишавшийся владения собственник теряет также право на осуществление политических прав. В отличие от ипотеки *neure Satzung* выражалось не в вещном, а в обязательственном праве. Следовательно, чтобы реализовать предмет залога, кредитор должен был заменить обязательственное право на вещное, а это достигалось путем отобрания предмета залога. Однако с усилением влияния римского права на средневековое германское право институт ипотеки заменял институт *neure Satzung*. Пропадала потребность заменять обязательственное право вещным, в связи с чем отпадала необходимость отобрания предмета залога для целей его реализации. См.: Гантовер Л.В. Указ. соч. С. 25–27. *Neure Satzung* заключалось в открытии исполнительного (исполнительного) процесса, прерывании его до неисполнения обязательства и продолжении уже на стадии просрочки должника, т.е. это своеобразный институт о втягивании должника в процесс принудительного исполнения. Соответственно, кредитор, начавший экзекуцию, лишался права обратиться взыскание на какое-либо другое имущество. Период созревания требования – это период защиты от притязаний залогодержателя и период, когда залогодатель может использовать свое имущество. Но институт не успел прижиться – на смену ему пришла понятная римская ипотека. См.: Базанов И.А. Происхождение современной ипотеки. Новейшие течения в вотчинном праве в связи с современным строем народного хозяйства. М.: Статут, 2004. С. 92–96. То есть отобрание вещи было прямым следствием вхождения в стадию принудительного исполнения, искусственно сдвинутую до созревания требования. Очевидно, что *neure Satzung* давно забыто, но осколок конструкции в виде необходимости отобрания предмета залога продолжает сохраняться.

ту залога¹. На тот момент времени передача имущества для обращения взыскания во владение кредитора была общим правилом как для залогодержателя, так и для обычного необеспеченного кредитора. Мнения пандектистов разошлись по вопросу необходимости обязательного завладения предметом залога для его последующей реализации.

Дадим ссылку на фрагмент Павла из «Дигест» Юстиниана (D. 20.5.13):

Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.	Кредитор, который в силу своего права произвел отчуждение предмета залога, должен уступить свое право, и если он владеет предметом залога, во всяком случае должен передать владение.
---	---

Этот фрагмент интересен тем, что его использовали как сторонники посессорного подхода реализации предмета залога, так и противники. Тот случай, когда юристы читают один и тот же текст, но делают два прямо противоположных вывода.

Позиция О. Гирке. Залогодержатель может воспользоваться правом на продажу предмета залога только в том случае, если он владеет предметом залога³. Соответственно, только тот из залогодержателей может воспользоваться правом на продажу, у кого предмет залога находится во владении. Созревание права на продажу предмета залога происходит автоматически при наступлении просрочки. Кредитор не обязан использовать право на продажу предмета залога, но соглашение об исключении этого права ничтожно. Очевидно, что О. Гирке просто находился под влиянием недавно принятого *BGB*, в котором, как известно, закреплена посессорная модель не только права на реализацию предмета залога, но и всего института залога. Аргументировал О. Гирке свою позицию тем, что владение усиливает право. Без владения распорядительная власть не возникает (*Verfügungsmacht*).

Большой интерес представляют позиции пандектистов, на которых еще не оказал влияние текст *BGB*.

¹ Согласно Ф.Х. Гестердингу вопрос о выборе между посессорной и непосессорной моделями активно обсуждался в XIX в. Большинство исходило из того, что залогодержатель сначала должен воспользоваться ипотечным иском и завладеть предметом залога, а уже потом продавать его (*Wesembeck, Bachov, Binnius, Westphal*). Напротив, *Negusan* и *Mudäus* утверждали, что залогодержатель может продолжать владеть предметом залога, а залогодержатель может реализовать предмет залога. Покупатель же решит сам, отыскивать ему предмет залога или нет. См.: *Gesterding F.C. Die Lehre vom Pfandrecht, nach Grundsätzen des Römischen Rechts. 2. Aufl. Greifswald: E. Mauritius, 1831. S. 168–169.*

² Перевод приведен по: Дигесты Юстиниана. Т. 4 / пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут, 2004. С. 77.

³ См.: *Gierke O. Deutsches Privatrecht. Bd. 2: Sachenrecht. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. S. 986.*

Позиция Б. Виндишайда. Право на владение предметом залога и право на его продажу тождественны, поскольку залогодержателю предоставлено право на предъявление иска об истребовании предмета залога¹. Если право на иск есть, то нужно отыскивать предмет залога. Чтобы покупатель стал собственником, ему нужно передать предмет залога во владение. Если же залогодержатель не владеет предметом залога, то речь должна идти об уступке своего залогового притязания (*Abtretung seines Pfandanspruchs*)². Павел говорил, что либо владеющий залогодержатель передает право собственности покупателю, либо невладеющий залогодержатель уступает покупателю свое право залога³.

Позиция Х. Дернбурга. В римском праве не требовали, чтобы залогодержатель имел предмет залога во владении для его реализации⁴. После такой реализации покупатель получает не право залога залогодержателя, но получает право собственности. Соответственно, залогодатель лишается права погасить долг по обеспечиваемому обязательству и тем самым прекратить право залога. Вместе с тем реализация предмета залога не отменяет общие правила предоставления товара по договору купли-продажи в собственность, поэтому передача владения необходима для завершения реализации предмета залога, но не является предварительным условием, необходимым для реализации⁵. Павел говорил лишь

¹ См.: *Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 2. Aufl. Düsseldorf: J. Buddeus, 1867. S. 679–702.*

² А. Шмид, анализируя указанную цессию, говорил, что последняя в данном случае выполняет функцию юридической формы, которой оформляется передача права собственности в отсутствие возможности предоставить право собственности из-за несоответствия требованиям вещного права о наличии владения. Это всего лишь фикция. На самом деле никакой цессии не происходит. Это способ предоставления покупателю права на иск. Передача иска опосредует предоставление покупателю права собственности. На самом деле Павел хотел сказать, что владелец предмета залога имеет такие же возражения, которые имел против продавца-залогодержателя. См.: *Schmid A. Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht dargestellt. Bd. 1. Braunschweig: Vieweg & Söhne, 1863. S. 228–245.*

³ Такой же позиции придерживался В.М. Хвостов, который также указывал, что покупатель приобрел право собственности только после передачи вещи и уплаты покупной цены. Если же вещь не была передана во владение, то покупателю уступали залоговые иски. См.: *Хвостов В.М. Система римского права. М.: Юрайт, 2019. С. 362.*

⁴ См.: *Dernburg H. Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. 2. Leipzig: S. Hirzel, 1864. S. 132.* Х. Дернбург ссылаясь также на другой фрагмент Павла из «Дигест» Юстиниана (D. 44. 3.12): «Кредитор, которого владелец заложенной вещи мог бы устранить прескрипцией о длительном владении, продал предмет залога. Я спрашиваю: сохранил ли владелец эксцепцию против покупателя? Павел ответил, что также и против покупателя (ему) принадлежит та же эксцепция» (см.: *Дигесты Юстиниана. Т. 4. Полутом 2 / пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут, 2005. С. 493*). Х. Дернбург старался опровергнуть и этот фрагмент, указывая на его формальность, на то, что речь идет только о возражении владельца на истечение исковой давности, которое он имеет как против залогодержателя, так и против собственника. Павел говорил лишь о том, что одно лицо менялось на другое, но речь не идет о том, что произошло (передача права собственности или уступка залогового права).

⁵ Х.Ф. Мюленбрух писал, что предмет залога может отчуждать как владеющий, так и не владеющий залогодержатель. См.: *Mühlenbruch C.F. Lehrbuch des Pandekten-Rechts: nach der Doctrina Pandectarum deutsch bearbeitet. Bd. 2. 2. Aufl. Halle: C.A. Schwetschke, 1844. S. 208.*

о том, что посессорный подход является обычным, но возможна реализация предмета залога как владеющим, так и невладеющим залогодержателем. Невладеющий залогодержатель должен будет отыскивать предмет залога, чтобы сделать покупателя собственником, но акт реализации предмета залога уже состоялся и договор купли-продажи уже заключен. Вопрос о том, кто захочет приобретать такое право собственности, не должен препятствовать самой возможности продажи права без вещи.

Позиция Ф.П. Бремера. Отсутствие предмета залога препятствует его реализации (распоряжению предметом залога), но не препятствует обращению взыскания и заключению договора купли-продажи с третьим лицом¹. Право владеть нельзя отождествлять с правом продать предмет залога. Есть имущество, которым нельзя владеть или владение которым не передается залогодержателю, но это не мешает реализации этого предмета залога. Заключенный договор купли-продажи будет действителен, но право собственности нельзя будет передать.

Позиция К.Ф.Ф. Зинтениса. Предоставление в собственность возможно только при передаче владения, в остальных случаях совершается уступка права залога, которая выражается в уступке залогового иска об отыскании предмета залога². Если допускается заключать договор купли-продажи без наличия вещи, то почему к реализации предмета залога нужно относиться строже, чем к обычному договору купли-продажи? Договор купли-продажи действителен, для реализации предмета залога нет препятствий. Согласно К.Ф.Ф. Зинтенису залогодержатель даже после заключения договора с покупателем мог сам возбудить дело против владеющего предметом залога третьего лица, но при том условии, что «купивший залоговый иск» покупатель может в любое время заменить бывшего залогодержателя в процессе.

Позиция Й.Я. Бахофена. Покупатель может получить право на предъявление вещного иска об отыскании предмета залога только после того, как продавец-залогодержатель совершит традицию и передаст предмет залога покупателю во владение³. Поскольку при отчуждении залогодателем вещи третьему лицу право залога прекращается с момента передачи владения, постольку и при реализации предмета залога вещное право может возникнуть у покупателя только в случае получения им вещи во владение. Таким образом, основание продажи предмета залога находится не в договоре залога, а в факте владения залогодержателем предметом залога. Без совершения традиции реализация залога является незавершенной.

¹ См.: *Bremer F.P.* Das Pfandrecht und die Pfandobjecte: Eine dogmatische Untersuchung auf Grundlage des gemeinen Rechts. Leipzig. B. Tauchnitz, 1867. S. 71.

² См.: *Sintenius C.F.F.* Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle: C.A. Schwetschke, 1836. S. 517–519.

³ См.: *Bachofen J.J.* Das römische Pfandrecht. Bd. 1. Basel: Schweighauser, 1847. S. 169–170. Об этом же писал Ф.Л. фон Келлер (см.: *Keller F.L.* von. Pandekten: Vorlesungen. Leipzig: B. Tauchnitz, 1866. S. 442).

Позиция Ф.Х. Гестердинга. Идея посессорной реализации предмета залога возникает из того, что залогодержателю предоставляют иск об отыскании¹. Есть юридическое средство для отыскания – значит, надо отыскивать. Но вместе с тем залогодержателю дано право продать предмет залога (*ius distrabendi*). Основанием этого права является договор залога, а не владение вещью. Об этом Павел и говорил. Право реализовать предмет залога можно осуществить вне зависимости от владения предметом залога. Предоставить же предмет залога в собственность можно, только владея им. Чтобы обладать правом на распоряжение, т.е. на определение судьбы вещи, залогодержателю нужно стать владельцем. Залогодатель владеет предметом залога, но только потому, что залогодержатель позволяет ему владеть. Позволять владеть может только тот, кто сам владеет. Вопрос только в том, должен ли или вправе ли залогодержатель отобрать предмет залога. Возможно, залогодержатель и не может передать предмет залога во владение покупателя, но заключение договора наделит покупателя правом предъявить иск к владеющему залогодателю или третьему лицу² (ср.: продажа вещи, которая находится во владении арендатора; продажа вещи агентом, когда вещь находится во владении принципала). Договор купли-продажи возлагает на продавца-залогодержателя обязанность возбудить дело об отобрании предмета залога на основании *actio hypothecaria*, т.е. на залогодержателе лежит обязанность обеспечить получение благополучного судебного решения по отобранию предмета залога. Договор купли-продажи порождает обязательство, и вот залогодержатель свое обязательство по отысканию вещи должен исполнить.

Какая разница между предоставлением «голового» права собственности без вещи и уступкой залогового права? При обычной внереализационной уступке залогового права процесс реализации предмета залога не считается завершенным³. Покупатель без традиции не мог получить полного права, поскольку без приобретения вещного положения невозможно получить вещные иски, а залог не мог прекратиться, поскольку связан с передачей владения⁴. В связи с этим отрицали то, что покупатель становится собственником. Но при реализационной уступке прав на утраченный предмет залога реализация считается завершенной, поэтому залогодатель не имеет права погасить требование кредитора и освободить вещь от обременения⁵. В связи с этим есть существенная разница между обычной уступкой прав залогодержателя (ст. 354 ГК РФ), которую залогодержатель может совершить в любой момент, и уступкой прав на залоговый иск только на стадии реализации предмета залога. Римское право решило вопрос со свойствен-

¹ См.: *Gesterding F.C.* Op. cit. S. 168–180.

² См.: *Vangerow K.A. von.* Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. Marburg: Elwert, 1851. S. 982; *Wendt O.* Lehrbuch der Pandekten. Jena: G. Fischer, 1888. S. 415.

³ См.: *Arndts L.* Lehrbuch der Pandekten. München: Cotta, 1861. S. 592.

⁴ См.: *Bachofen J.J.* Op. cit. S. 169.

⁵ См.: *Sintenis C.F.F.* Op. cit. S. 519.

ной ему эстетикой: право собственности к приобретателю не переходит, но процедура реализации залогового права считается завершенной и собственник не может прекратить залог исполнением обеспечиваемого обязательства.

Представляется, что данный подход был заменен на известную в германском праве уступку виндикационного иска (§ 931 BGB), которая используется именно в той ситуации, когда вещь находится во владении третьего лица, что не мешает передаче прав на нее¹. Уступка виндикационного иска – это рудимент идей XIX в. и более ранних исторических воззрений. Для целей оборота уступка виндикационного иска в современном германском праве приравнивается к передаче права собственности². Положения § 931 BGB намеренно были оставлены открытыми и распространяются на случаи, когда вещь была передана в непосредственное владение на основании договора (например, договора хранения) или была утрачена и украдена. Однако если вещью никто не владеет (например, затонувшее судно), то виндцировать вещь не у кого, а значит, уступать нечего. Но даже в таком случае передача права собственности возможна и для этого достаточно одного соглашения.

Требование о вводе во владение залогодержателя просуществовало в Российской империи до 1832 г. и впоследствии было отменено в связи с тем, что на залогодержателя возлагались обязанности по управлению имуществом, которые не свойственны ему (имение передавалось во владение залогодержателя только по его требованию и только если он пожелает его принять, как это было написано в ст. 1129 Устава о гражданском судопроизводстве императора Александра II 1867 г.)³. Нормы залогового права подверглись существенному переосмыслению

¹ Уступка виндикационного иска появляется после того, как Вторая комиссия по подготовке BGB устранила терминологическое задвоение «держания» и «владения», остановившись на непосредственном и опосредованном владении. Если вещь находится в непосредственном владении третьего лица, то собственник может уступить право на виндикационный иск, поскольку является опосредованным владельцем. Поскольку отчуждатель и приобретатель достигают распорядительного соглашения (*dingliche Einigung*), вещного эффекта можно достигнуть без передачи владения. При отчуждении прав на отсутствующую вещь приобретатель не может стать собственником, но создаются условия для того, чтобы приобретатель мог получить вещь в непосредственное владение, т.е. приобретение права собственности происходит двуступенчато. Необходимо уведомить непосредственного владельца о состоявшейся уступке виндикационного иска, иначе он будет иметь возможность передать вещь во владение отчуждателя. Уведомление также выполняет функцию подтверждения серьезности намерения. Непосредственный приобретатель лишен возможности возразить против уступки виндикационного иска. Это аномальная ситуация, на которую дана реакция в BGB. Форма уступки выбрана, поскольку уступка не связана с владением вещи. С момента уступки опосредованное владение считается переданным приобретателю. Описание института уступки виндикационного иска приведено по: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 8: Sachenrecht §§ 854–1296. WEG, ErbbauRG / Hrsg. von R. Gaier. 9. Aufl. München: C.H. Beck, 2023. § 931 BGB. Rn. 1–27 (Beck-online).*

² *Ibid.* § 931 BGB. Rn. 11–12.

³ См.: Судебные уставы с изложением рассуждений, на коих они основаны. Ч. 1. 2-е изд., доп. СПб.: Гос. канцелярия, 1867. С. 528 (доступно на сайте Президентской библиотеки Управления делами Президента РФ).

нию в конце XIX в., когда был сначала подготовлен проект Вотчинного устава 1893 г., а потом уже на его основе проект Гражданского уложения 1905 г. В данных актах члены комиссий учли произошедшие изменения и не стали включать в акты положения о том, что залогодержатель должен получить владение предметом залога, чтобы обратиться на него взыскание¹.

Также следует обратить внимание, что предложенное в XIX в. регулирование относилось только к поместьям, т.е. вопрос о том, что залогодержатель не может отыскать предмет залога, не возникал и не мог возникнуть. Смысл в обращении взыскания на поместье состоял в том, чтобы собственник (залогодатель) поместья не препятствовал пользованию залогодержателя, т.е. залогодатель должен был просто отстраниться. Передача поместья во владение кредитора преследовала совсем другую цель, нежели возможность передачи предмета залога как товара будущему победителю торгов и надлежащее исполнение залогодержателем обязанности продавца. Овладение предметом залога со стороны кредитора выполняло функцию уведомления должника (залогодателя) о просрочке в платеже и предоставления возможности в течение года месяцев собрать деньги для погашения задолженности. Также отобрание владения должно было воспрепятствовать залогодателю причинить вред интересам залогодержателя путем ненадлежащего управления имением². Хотя вопрос о злоупотреблениях кредиторов при обращении взыскания ставился уже в то время. Право же залогодержателя вмешаться в дела залогодателя по управлению своим имуществом является спорным и неочевидным до сих пор.

Таким образом, дореволюционное законодательство отказалось от первоначально установленного требования об обязательном овладении предметом залога для целей его реализации. Посессорное решение было признано случайным и вредным для интересов залогодержателя. Отказ от приобретения владения не повлиял на вещьность залогового права.

2.2. Противоречие двух постановлений Пленумов

В соответствии с п. 33 постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10 «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге» (утратил силу) судам необходимо исходить из того, что *по смыслу ст. 223 ГК РФ* реализация предмета залога способами, поименованными в п. 3 ст. 28.1 Закона о залоге, возможна только в случае, когда залогодержатель владеет заложенной движимой вещью. Если заложенное движимое имущество находится во владении залогодателя или третьего лица, залогодержатель, обративший на него взыскание посред-

¹ См.: Проект Вотчинного устава с объяснительной к нему запиской. Т. 1. СПб.: Гос. тип., 1893. С. 482–484 (доступно на сайте Библиотеки Русского географического общества); см. также: Гражданское уложение. Кн. 3: Вотчинное право. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. Т. 2. Ст. 175–420. СПб.: Гос. тип., 1902. С. 502–503.

² См.: Гантовер Л.В. Указ. соч. С. 92–93.

ством оставления предмета залога за собой, приобретает право собственности на предмет залога при условии приобретения владения данным имуществом. При продаже залогодержателем предмета залога третьему лицу без проведения торгов право собственности переходит к приобретателю также при условии передачи ему владения отчуждаемой движимой вещью.

В постановлении Пленума ВС РФ от 27 июня 2023 г. № 23 «О применении судами правил о залоге вещей» выпало правило о том, что реализация предмета залога возможна только в случае, когда залогодержатель получил владение им. Вместо этого появилась некоторая неопределенность. В п. 90 Постановления Пленума ВС № 23 указывается, что залогодержатель *по общему правилу* приобретает право собственности на движимую вещь *с момента ее передачи* либо, если вещь была передана ранее, с момента уведомления об оставлении предмета залога залогодержателем за собой, а на недвижимое имущество – с момента внесения в ЕГРН записи о переходе права собственности (ст. 223 ГК РФ). Таким образом, допускается, что существуют и иные варианты, когда залогодержатель приобретет право собственности не по результатам передачи ему предмета залога, что оставляет пространство для непосессорного подхода.

Как в Постановлении Пленума № 33, так и в Постановлении Пленума № 23 делается отсылка к ст. 223 ГК РФ, однако выводы прямо противоположные¹.

¹ Учитывая историю вопроса о моменте приобретения покупателем права собственности, можно сделать вывод, что на протяжении всех периодов исторического развития разные правовые порядки пытались отказаться от привязки к фактической передаче вещи. Апогеем этого движения стала эпоха Великой французской революции, итоги которой в части рассматриваемого вопроса были закреплены в Кодексе Наполеона (см.: *Трепицын И.Н.* Право собственности на движимые вещи: избранные труды: в 2 т. М.: Статут, 2022. С. 218–239). Однако оговорки о передаче права собственности на основании соглашения были известны задолго до этого периода. В России правило о моменте вручения вещи оставлено в качестве общего правила, которое может быть изменено соглашением сторон. Современное российское право заимствовало данное правило из ст. 135 ГК РСФСР 1964 г. По вопросу возможности предоставления вещи в собственность только на основании соглашения высказываются разные мнения, однако автор согласен с позицией М.А. Церковникова, согласно которой «ограничение свободы в определении момента перехода права собственности не даст желаемого эффекта и не уменьшит число злоупотреблений. Правило о переходе права собственности на основании договора не имеет своей непосредственной целью борьбу с недобросовестным поведением. Для этого существуют иные институты гражданского права, а также право административное и уголовное. Например, если соглашение, определившее момент перехода права собственности, отличный от передачи, заключено для вида, эту проблему можно решить, применив ст. 170 ГК РФ. Даже запретив любое отступление от правила о передаче вещи, нам не спастись от злоупотреблений, поскольку ничто не мешает фиктивно передавать движимости. Более того, не секрет, что принятая в России система регистрации прав на недвижимость не защищает от мошенников. С другой стороны, подобные ограничения вовсе могут затормозить торговлю» (см.: *Церковников М.А.* Приобретение права собственности на движимые вещи посредством соглашения: французский и российский опыт // Вестник гражданского права. 2009. № 3. С. 102–141). Учитывая также позиции А.М. Ширвиндта и К.И. Скловского, что вещь может быть предоставлена в собственность с момента заключения договора об отчуждении, но в этом случае договор выполняет двойную функцию (функцию основания возникновения права собственности и функцию момента предоставления вещи в собственность), можно прийти к выводу, что российское право допускает предоставление покупателю права собственности на