

ОТ ФИДУЦИАРНОГО ЗАЛОГА К ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

В статье рассматриваются особенности фидуциарного залога в Древнем Риме. Отмечается, что среди современных исследователей нет единства мнений по вопросу природы фидуциарных правоотношений в Древнем Риме: одни придерживаются взгляда на фидуцию как на залоговый институт, другие исключают квалификацию рассматриваемых правоотношений в качестве залоговых. Рассматривается влияние фидуциарного залога как института римского права на эволюцию обеспечительных средств в современных условиях. Формулируется вывод о том, что главу 30 Гражданского кодекса Российской Федерации следует дополнить правилами об особой разновидности договора купли-продажи – купли-продажи с обратным выкупом.

Ключевые слова: фидуция; залог; собственность; купля-продажа.

The article deals with the features of fiduciary pledge in Ancient Rome. It is noted that among modern researchers there is no consensus on the nature of fiduciary legal relations in Ancient Rome: some hold the view of fiduciary as a collateral institution, others exclude the qualification of the legal relations in question as collateral. The article considers the influence of fiduciary pledge as an institution of Roman law on the evolution of security assets in modern conditions. It is concluded that Chapter 30 of the Civil code of the Russian Federation should be supplemented with rules on a special type of purchase and sale agreement-purchase and sale with repurchase.

Keywords: fiducia; pledge; property; sales contract.

При заемных (кредитных) отношениях во все времена существовала опасность невозврата долга. Параллельно с совершенствованием собственно обязательственных правоотношений займа (формулировании обязательства, предмета, места и срока исполнения) шел процесс поиска средств, призванных обеспечить безусловное исполнение должником взятого на себя обязательства. Причины невозврата долга могли быть разные – от невозможности вернуть взятое займы ввиду материальных затруднений, испытываемых должником, до нежелания исполнить обязательство. Отказ от исполнения основного обязательства мог быть целенаправленным, продиктованным желанием погасить долг, пожертвовав имуществом, в сохранении которого в собственности должник потерял интерес. В связи с этим поиск средств, обеспечивающих исполнение заемного обязательства, велся с учетом необходимости исключить всякую возможность частичного или полного невозврата долга по причинам как объективного, так и субъективного характера. Изначально в древнем римском обществе были выработаны два способа обеспечения исполнения долгового обязательства, впоследствии получившие

закрепление в законодательствах европейских государств: персональный и реальный. Суть первого сводилась к возложению исполнения на третье лицо в случае неисполнения обязательства основным должником, содержание второго означало предоставление должником кредитуру вещей, по стоимости покрывающих сумму основного долга, с обязательством их возврата по исполнению основного обязательства [11; 14; 13; 2]. Авторы, обращающиеся к данной тематике, указывают на то, что основанием последнего обязательства является дополнительное соглашение – доверительная сделка (*fiducia*). При этом, однако, правовая характеристика последствий исполнения такой сделки не отличается определенностью.

В юридической литературе, в том числе учебной, посвященной римскому праву, утверждалось возникновение у залогодержателя права собственности на заложенную вещь, что иногда объяснялось усмотрением кредитора и связывалось с просрочкой платежа или фактом явной несостоятельности должника. «Только в 326 г., т. е. в период домината, было постановлено, что заложенная вещь во всех случаях поступает в продажу, как только исполнение обязательства не наступает. Излишки, вырученные при продаже (против суммы долга

с процентами на него), возвращались должнику» [15, с. 151].

Наряду с этим подавляющее большинство авторов обращает внимание на особенность фидуциарных правоотношений в Древнем Риме, заключающихся в предоставлении фидуциарию правомочий, тождественных отдельным элементам права собственности, что разделило всех участников дискуссии на две группы: придерживающихся взгляда на фидуцию как залоговый институт и исключающих квалификацию рассматриваемых правоотношений в качестве залоговых.

Так, И.В. Гетьман-Павлова, отмечая, что залог, совершаемый путем особого соглашения, основан на «римской честности», носит доверительный характер, ибо «должник оказывает кредитору доверие (*fides*), ожидая честного возврата вещи», тем самым подчеркивает обязательственно-правовой характер правоотношения, возникшего «путем установления особого обязательства в форме манципации или цессии» [2, с. 149]. Вместе с тем в юридической литературе со временем сложилось мнение о возникновении у кредитора права собственности на вещи, переданные ему в обеспечение исполнения основного обязательства. Объяснялось это тем, что эффективность залога во многом определялась доступностью предмета залога для залогодержателя. Поэтому уже в период формирования залоговых правоотношений римский законодатель озабочился предоставлением кредитору (залогодержателю) правовых оснований для распоряжения заложенной вещью, полагая, что обязательственные права, по-видимому, недостаточно убедительны в обеспечении интересов кредитора. В связи с этим законодатель предусмотрел переход предмета залога при его передаче кредитору в собственность последнего по договору *feducia* «с оговоркой, что в случае удовлетворения по обязательству, обеспеченному залогом, заложенная вещь должна быть передана обратно в собственность должника. В древнейшую эпоху эта оговорка имела только моральное значение... Позднее должнику, исполнившему обязательство, стали давать иск к кредитору (*actio fiducia*) о возврате вещи» [11, с. 110]. Аналогичное утверждение имеется в работе «Римское частное право» коллектива авторов (издание 1996 года) [14, с. 339].

Подобного мнения придерживаются Иво Пухан и Марьяна Поленак-Акимовская — македонские авторы учебника для вузов «Римское право». Их однозначный вывод о передаче предмета «залога в собственность кредитора»

опирается на то, что это стало следствием соглашения между кредитором и должником в форме *per aes et libram* или *in jure cessio*, посредством которой в древнем праве устанавливалось право собственности [13, с. 189]. При этом авторы отсылают к Гаю, в Институтах которого имеется свидетельство о том, что передача предмета залога сопровождалась оговоркой об обязанности кредитора возвратить должнику этот предмет после исправного и своевременного выполнения взятых должником обязательств [1, с. 189, 300].

Таким образом, в отличие от предыдущих суждений данные авторы возникновения у кредитора права собственности на заложенную вещь объясняют использованием стандартных правовых форм *mancipatio* либо *in jure cessio*, традиционно опосредующих перемещение имущества, смену собственника в гражданском обороте римского общества. На наш взгляд, именно это утверждение могло служить единственным основанием для вывода о вещно-правовых последствиях передачи вещей на основе особого соглашения о залоге. Надо полагать, что во всех иных случаях авторы, настаивающие на возникновении у кредитора права собственности на заложенное имущество, молчаливо исходили из этого обстоятельства, как само собой разумеющегося. Между тем это предположение, наиболее приемлемое в данных условиях, на наш взгляд, требует критической оценки.

Прежде всего обращает на себя внимание, что названные словосочетания *per aes et libram* и *in jure cessio* изначально переводятся в качестве способов передачи (перехода) имущества от отчуждателя к приобретателю в «Латинско-русском словаре к источникам римского права» и обозначаются соответственно глаголами *mancipare* (отчуждать) и *cedere* (удаляться) [8, с. 87, 331].

И только затем следует изложение юридических конструкций, в которых передача обрастает реальными правовыми признаками, свидетельствующими об особенностях правовой природы опосредуемых отношений. В связи с этим становится понятным изначальный перевод *mancipare* как отчуждение посредством торжественной фиктивной продажи. Этим объясняется и многообразие жизненных ситуаций, для характеристики которых используется данный термин. В частности, имеющая прямое отношение к нашему вопросу «*mancipatio*», — такая торжественная форма приобретения собственности, которая имела место по древнему римскому праву, когда в присутствии

пяти свидетелей (*cives romani puberes*) весовщик (*libripens*) отвешивал продавцу (*mancipio dans*) нечеканенную медь (*aes*), представляющую собой покупную цену, а покупатель (*mancipio accipiens*) брал купленную вещь, произнося торжественные слова, в которых он называл эту вещь своей собственностью. Приведенная форма использовалась в древнем римском праве и для установления сельских сервитутов [8]. В дальнейшем манципация применялась для составления завещания, в качестве вводного акта эмансипации, при заключении римского брака *cum tui* и в некоторых других случаях [Там же, с. 331]*.

Из приведенных литературных источников следует, что одни из упомянутых авторов исходят из предположения, что используемая при передаче предмета залога оговорка о необходимости его возврата при надлежащем исполнении основного обязательства является элементом (частью) соглашения (*fiducia*), другие считают, что такое решение было дополнением к передаче и оформлялось, следовательно, самостоятельным соглашением. В каждом из двух вариантов интерпретации процедуры передачи имущества в залог некоторые авторы исходят из факта перемещения на залогодержателя права собственности. Так, по мнению И.А. Покровского, «потребность в реальном кредите ... удовлетворялась тем, что вещь, предназначенная служить обеспечением долга, передавалась кредитору тотчас же при самом заключении обязательства и притом в полную собственность лишь с личным обязательством кредитора вернуть ее по уплате долга. Это было, таким образом, не что иное, как продажа закладываемой вещи с правом ее обратного выкупа путем уплаты долга (выделено мной. — А.Х.)» [12, с. 146]**. Автор приходит к выводу о том, что «ни о каком зкладном праве в юридическом смысле не может быть и речи: кредитор получает не зкладное право на вещь, а настоящее право собственности» [Там же].

Подобные утверждения вызвали отрицательную реакцию Ф.М. Дыдынского, полагавшего, что иногда сопровождающая упомянутое обязательство оговорка о том, что предоставленная залогодателю впоследствии возможность истребовать вещь с помощью

action fiduciae — одного из первых исков доброй совести, «не делала его полноценным собственником, ограничивая возможность распоряжения зложенной вещью» [8], что хотя «*fiducia cum creditore* и предоставляет кредитору крепчайшие права относительно вещи, обремененной залогом, тем не менее нельзя ее считать, как это утверждают некоторые юристы, продажей с условием выкупа (*Kauf auf Wiederkauf*)» [7].

Иначе говоря, по справедливому замечанию В.Д. Дождева, «проблема заключается в согласовании реального эффекта манципации или *in jure cessio* с обязанностью фидуциария возвратить фидуцианту вещь, данную в обеспечение исполнения основного обязательства (*res fiduciae data*). Прежде всего, процедура передачи предмета залога (*nuncupatio*) должна была отличаться от стандартной манципации (или *in jure cessio*), нацеленной на перенос собственности, завершающийся констатацией факта *MEUM ESSE AIO* (это моя собственность, это принадлежит мне)» [6, с. 511 — 512]***. Автор полагает, что «обязанность фидуциария основывалась на особом заявлении (*nuncupatio*), которое он совершал во время манципационного акта (в соответствии с законом XII таблиц 6,1)» [6]. Кроме того, некоторые полномочия, связанные с вещью, по-прежнему принадлежат фидуцианту. Так, фидуциарий, в отличие от фидуцианта, не мог произвести отчуждение переданного ему имущества без согласия контрагента. Последний же мог продать зложенную вещь, обещать вещь в приданое, отказывать ее по завещанию и т. д. В то же время фидуциарий обязывается засчитывать плоды, полученные от вещи, в счет погашения долга [Там же]. Любопытно, что в качестве одного из доводов в пользу приведенной позиции В.Д. Дождев приводит сообщение Гая о том, что «если фидуциант произвольно завладевает вещью, данной в обеспечение обязательства, то акт не квалифицируется как кража (*furtum*), даже если такой захват совершен до уплаты долга

* То, что Д.Д. Гримм называл сделками манципационного типа [5, с. 70].

** На передаче зложенного имущества в собственность фидуциария настаивают Д.Д. Гримм, И.Б. Новицкий и др. [5; 11].

*** Это обстоятельство, т. е. произнесение покупателем торжественных слов, в которых он называл эту вещь своей собственностью, отмечает, ссылаясь на Гая, и Ф.М. Дыдынский в своем «Латинско-русском словаре к источникам римского права» [8].

(Gai. 3,201)» [1]*. Поэтому утверждение ряда авторов о перемещении на фидуциария в полном объеме права собственности на заложенную фидуциантом вещь, по меньшей мере, вызывает сомнение. Исходя из однотипности вещноправового положения сторон в результате сделки *per aes et libram*, В.Д. Дождев приходит к выводу о синкретизме, свойственном вещноправовым и обязательственным субъективным юридическим ситуациям в древности, с чем, пожалуй, следует согласиться [6].

Между тем сложившееся в обществе представление о фидуции как залоговой сделке, приводящей к возникновению у залогопринимателя права собственности на переданную залогодателем вещь, получает широкое распространение: при употреблении термина «фидуциарный залог» это обстоятельство рассматривается как неотъемлемый атрибут данной сделки, вследствие чего сложившиеся в гражданском обороте обеспечительные правоотношения купли-продажи с обратным выкупом были квалифицированы как вид залоговых правоотношений.

Помимо прочего вывод, к которому пришел В.Д. Дождев, может быть использован в качестве довода в пользу опровержения связи древнеримской фидуции, равно как и *пигнуса***, с так называемой доверительной собственностью как одной из форм обеспечительных правоотношений, складывающихся в современных условиях функционирования частноправовых норм в России. Роль древнеримских залоговых конструкций, включая фидуцию и *пигнус*, на наш взгляд, сводится лишь к мотивации современных исследователей «новейших» (в условиях ныне действующего Гражданского кодекса Российской Федерации [3] (далее — ГК РФ) форм обеспечительных правоотношений, продиктованной сходством конструкций, но не их содержанием (наполнением) [10]. Если в Древнем Риме смена содержания сводилась к распределению правомочий между его участниками в пределах залоговых правоотношений, что влекло появление различных их модификаций (фидуции, *пигнуса*, ипотеки),

то появление «новых» обеспечительных способов в последующем означает формирование иных по содержанию приемов, опирающихся на сложившиеся институты, диапазон применения которых тем самым расширяется, претендующих на самостоятельность в качестве обеспечительных мер, обладающих в силу этого известным своеобразием по сравнению с залоговыми аналогами. Кроме того, как ранее было отмечено, использование в Древнем Риме в качестве правовой формы фидуциарного залога *манципации*, по сути, можно было объяснить отсутствием в арсенале римского законодателя надлежащих для данного случая правовых форм, что и подвигло его прибегнуть к фиктивной купле-продаже. Это говорит о том, что вопрос о соотношении купли-продажи с условием выкупа, получившей впоследствии название обеспечительной собственности, с залоговыми правоотношениями отнюдь не является новым, а причина их отождествления кроется в игнорировании своеобразия юридических способов достижения совпадающих экономических целей. Во всяком случае во избежание двусмысленных толкований судебной практики следовало бы легализовать такой способ обеспечения исполнения обязательств путем включения (упоминания) в статью 329 ГК РФ соответствующих правил. При этом, однако, нельзя не учитывать, что обеспечительная функция, которую может выполнять договор купли-продажи, является лишь одной из целей, которую могут преследовать его участники. Но даже в пределах этой цели стороны могут принимать решения, диктуемые особенностями взаимоотношений, находящими отражение в сроках, предмете и других элементах сделки. Такая оговорка связана с тем, что иногда вносится предложение о сохранении за первым продавцом правомочия владения отчуждаемым имуществом, что, конечно же, навеяно особенностями предмета сделки (квартира) в конкретных спорах о судьбе обеспечительной собственности в судебной практике [10, с. 24]. В главе 30 ГК РФ упомянутые правила могут быть сформулированы для обозначения особой разновидности договора купли-продажи — купли-продажи с обратным выкупом, подобно тому, как это сделано в Германском гражданском уложении (глава 2 подраздела 2 части 8, посвященной отдельным видам обязательств) [4]. Что касается содержания такого договора, то оно может быть определено с учетом интересов контрагентов, его заключающих, с соблюдением общих и специальных правил об обязательствах.

* Ф.М. Дыдынский, комментируя слова Гая, пишет: «Несмотря на все эти доводы, должно показаться странным, каким образом законодатель мог отнять у владельца вещь, сделавшуюся уже собственностью залогопринимателя, не совершая этим кражи (*furtum*) и приобрести давностью движимость по прошествии одного года, против закона XII таблиц, установившего для этого двухлетний срок» [7].

** По мнению комментаторов ГК РФ, «предписания ГК об обязательном платеже основаны на римской конструкции *pignus irregulare*, который по своим правовым характеристикам вплотную приближается к обеспечительной собственности» [9, с. 1059].

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Гай*. Институции / пер. и сост. Д. Расснер. — СПб., 1887. — 165 с.
2. *Гетьман-Павлова И.В.* Римское частное право : курс лекций в схематическом изложении. — М. : Юристъ, 2005. — 343 с.
3. Гражданский кодекс РФ (часть первая) : федер. закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. — 1994. — № 32. — Ст. 3301.
4. Гражданское уложение Германской империи. — СПб, 1898.
5. *Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права. — М. : Зерцало, 2003. — 423 с.
6. *Дождев Д.В.* Римское частное право. — М. : НОРМА, 1999. — 765 с.
7. *Дыдынский Ф.М.* Залог по римскому праву. — Варшава : Тип. С. Оргельбранда, 1872. — 292 с.
8. *Дыдынский Ф.М.* Латинско-русский словарь к источникам римского права. — М. : Спарк, 1997. — 560 с.
9. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Ч. 1. Постатейный /под ред. А.П. Сергеева. — М. : Проспект, 2018. — 1280 с.
10. *Нестолый В.Г.* Фидуциарный залог, или обеспечительная купля-продажа // Вестн. арбитраж. практики. — 2019. — № 2 (81). — С. 17 — 25.
11. *Новицкий И.Б.* Основы римского гражданского права : учебник. — М. : Госюриздат, 1960. — 240 с.
12. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. Классика российской цивилистики. — М. : Статут, 1998. — 353 с.
13. Пухан Иво. Римское право : учебник / Иво Пухан, Марьяна Поленак-Акимовская. — М. : Зерцало, 1999. — 411 с.
14. Римское частное право : учебник / под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. — М. : Юристъ, 1996. — 543 с.
15. *Черниловский З.М.* Лекции по римскому частному праву. — М. : Юрид. лит., 1991. — 208 с.

REFERENCES (TRANSLITERATED)

1. *Gaj*. Institucii / per. i sost. D. Rassner. — SPb., 1887. — 165 s.
2. *Get'man-Pavlova I.V.* Rimskoe chastnoe pravo : kurs lekcij v skhematicheskom izlozhenii. — M. : Yurist», 2005. — 343 s.
3. Grazhdanskij kodeks RF (chast' pervaya) : feder. zakon ot 30 noyabrya 1994 g. № 51-FZ // Sbranie zakonodatel'stva RF. — 1994. — № 32. — St. 3301.
4. Grazhdanskoe ulozhenie Germanskoj imperii. — SPb, 1898.
5. *Grimm D.D.* Lekcii po dogme rimskogo prava. — M. : Zercalo, 2003. — 423 s.
6. *Dozhdev D.V.* Rimskoe chastnoe pravo. — M. : NORMA, 1999. — 765 s.
7. *Dydynskij F.M.* Zalog po rimskomu pravu. — Varshava : Tip. S. Orgel'branda, 1872. — 292 s.
8. *Dydynskij F.M.* Latinsko-russkij slovar' k istochnikam rimskogo prava. — M. : Spark, 1997. — 560 s.
9. Kommentarij k Grazhdanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii. Ch. 1. Postatejnyj /pod red. A.P. Sergeeva — M. : Prospekt, 2018. — 1280 s.
10. *Nestolij V.G.* Fiduciarnyj zalog, ili obespechitel'naya kuplya-prodazha // Vestn. arbitrazh. praktiki. — 2019. — № 2 (81). — S. 17 — 25.
11. *Novickij I.B.* Osnovy rimskogo grazhdanskogo prava : uchebnik. — M. : Gosyurizdat, 1960. — 240 s.
12. *Pokrovskij I.A.* Osnovnye problemy grazhdanskogo prava. Klassika rossijskoj civilistiki. — M. : Statut, 1998. — 353 s.
13. *Puhan Ivo.* Rimskoe pravo : uchebnik / Ivo Puhan, Mar'yana Polenak-Akimovskaya. — M. : Zercalo, 1999. — 411 s.
14. Rimskoe chastnoe pravo : uchebnik / pod red. I.B. Novickogo, I.S. Pereterskogo. — M. : Yurist», 1996. — 543 s.
15. *Chernilovskij Z.M.* Lekcii po rimskomu chastnomu pravu. — M. : Yurid. lit., 1991. — 208 s.