

ФЕДЕРАЛЬНОЕ АГЕНТСТВО ПО ОБРАЗОВАНИЮ

Государственное образовательное учреждение
высшего профессионального образования Тюменской области
**ТЮМЕНСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ
МИРОВОЙ ЭКОНОМИКИ, УПРАВЛЕНИЯ И ПРАВА**

На правах рукописи

Труба Александр Николаевич

СУБЪЕКТИВНОЕ ПРАВО УДЕРЖАНИЯ И ПРЕДЕЛЫ ЕГО ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ

Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

Диссертация
на соискание ученой степени кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук, профессор
Е. Г. Комиссарова

Тюмень – 2006

Оглавление

Введение	3
Глава 1. Теоретические основы субъективного права удержания	13
§ 1. Правомочия кредитора по удержанию как субъективное право	13
§ 2. Возникновение субъективного права удержания.....	27
§ 3. Субъективное право удержания как система.....	46
§ 4. Право удержания в системе субъективных гражданских прав.....	79
Глава 2. Правовая природа удержания	102
§ 1. Осуществление права удержания как гражданско-правовая сделка	102
§ 2. Осуществление права удержания как мера оперативного воздействия .	125
Глава 3. Пределы осуществления субъективного права удержания.....	142
§ 1. Понятие пределов осуществления субъективного права	142
§ 2. Временные пределы осуществления права удержания	148
§ 3. Осуществление права удержания при банкротстве должника	158
Заключение	174
Список использованной литературы	181
Приложение 1	198
Приложение 2	199
Приложение 3	200
Приложение 4	201
Приложение 5	202
Приложение 6	203

Введение

Актуальность темы исследования. Гражданский оборот предстает в качестве системы правоотношений, существующей в рамках предмета отрасли гражданского права, системы не только урегулированной и в определенных пределах упорядоченной извне, но еще и самоорганизующейся, стремящейся изнутри, своими силами преодолеть собственную нестабильность. Это – следствие широкой диспозитивности гражданско-правового регулирования. Очевидно, что обеспеченность обязательств отдельных субъектов положительно влияет и на оборот в целом, сообщая ему дополнительную стабильность. А потому гражданский оборот напрямую заинтересован в максимальном раскрытии обеспечительного потенциала любых способных быть использованными в таком качестве правовых средств, не исключая и права удержания.

За десять лет, прошедшие с момента вступления в силу части первой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), удержание достаточно прочно вошло в ткань каждодневного «юридического быта», не оставаясь при этом без внимания науки. Современной доктриной был избран подход к исследованию права удержания с точки зрения его обеспечительных свойств¹, места в системе способов обеспечения исполнения обязательств². Можно констатировать, что внимание авторов преимущественно обращено к изучению складывающегося правоотношения в целом и обеспечительного эффекта, им производимого. Достижению этой же цели подчине-

¹ Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998; Он же. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 1998, 2003; Южанин Н. В. Удержание как способ обеспечения исполнения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 2001.

² Гонгало Б. М. Гражданско-правовое обеспечение обязательств: Дис. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 1998; Еремичев Н. Е. Способы обеспечения договорных обязательств: национально-правовое и международно-правовое регулирование: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004; Латынцев А. В. Система способов обеспечения исполнения договорных обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002; Якушина Л. Н. Удержание в системе способов обеспечения обязательств: Дис. канд. юрид. наук. Самара, 2002.

ны и наиболее значимые элементы проведенных исследований: историко-правовые, сравнительно-правовые и анализ правоприменительной практики.

Вместе с тем, за предпринятым в последние годы основательным научным исследованием внешних признаков обеспечительного удержания, несколько в стороне остались сущностные его характеристики. Среди аспектов проблемы, не получивших еще исчерпывающего доктринального осмысления, ключевой и определяющей – правовая природа удержания. В частности, в науке пока нет однозначного ответа на вопрос об отнесении осуществления ретенционного правомочия к категории сделок. Доминирующая в литературе концепция (С. В. Сарбаш, Н. В. Южанин, Л. Н. Якушина) основывается именно на предположении, что удержание есть сделка. В то же время практика реализации рассматриваемого института не вполне приемлет данный теоретический постулат, полагая, что удержание – это мера оперативного воздействия на должника, а значит – отличный от сделки вид юридически значимого поведения.

Потребности имущественного оборота обуславливают поиск новых подходов к исследованию института удержания, исходя из присущих ему на разных стадиях реализации признаков таких основополагающих категорий цивилистики, как «субъективное гражданское право» и «правоспособность», «сделка» и «мера оперативного воздействия». Данный подход, анализирующий изнутри глубинную юридическую природу удержания, способствует более продуктивному ее научному познанию, теоретически обоснованному прикладному применению этого способа обеспечения исполнения обязательств. Обозначенный подход открывает новые возможности и для дальнейшего изучения феномена удержания в науке, вооружая исследователя новым инструментарием, основу которого составляет структурно-функциональный анализ. Необходимость исследования института удержания в ракурсе субъективного гражданского права предопределена тем, что именно на основе его результатов возможно построение целостного научного знания об объекте исследования, которое далее, уже опосредованно, отразится в

совершенствовании правоприменительной практики и нормативного регулирования.

Институт обеспечительного удержания изначально запрограммирован на внеюрисдикционную, оперативную и самостоятельную его реализацию субъектами гражданских правоотношений. Суду отводится роль органа, контролирующего правильность действий кредитора *post factum*, только в случае возникновения спора. Этим во многом объясняется и латентность применения удержания для судебной практики: количество дел, где используется ссылка на ст. 359 ГК РФ, в десятки раз меньше, чем связанных с иными способами обеспечения обязательств. Здесь более ярко, по сравнению со многими другими институтами, проявляется координационный метод регулирования общественных отношений, составляющий один из краеугольных камней гражданского права. А потому совершенно недопустимо искусственно ограничивать реализацию обеспечительного удержания – сферу подлинно диспозитивного регулирования – узкими рамками доктринального толкования. Актуальный пример – последовательное теоретическое обоснование принципиальной невозможности удержания недвижимого имущества и даже его опасности для гражданского оборота. Между тем, в судебной практике доля случаев, когда недвижимость выступает объектом права удержания, достигает 17,7%³. Интерес оборота в таких ситуациях понятен: высокая ценность в сочетании с особой защищенностью правовых титулов на недвижимость гарантируют кредитору большее обеспечение. Нежелание субъектов оборота идти по предложенному существующей доктриной пути ограничительного толкования является весьма показательным фактором, свидетельствующим о необходимости дальнейших исследований.

Отстаивая идею расширения сферы применения, «внешних пределов» института удержания, одновременно нельзя забывать о существовании внутренних пределов осуществления субъективного права удержания. Самое оп-

³ По материалам исследования автором выборки, включающей 140 споров, разрешенных арбитражными судами кассационной и надзорной инстанции за период с января 1996 по ноябрь 2005 года.

ределение последнего как известной меры свободы, меры дозволенного поведения предполагает ограниченность возможностей управомоченного лица определенными рамками. Неограниченное право, пожалуй, еще большая угроза для оборота, нежели излишнее его ограничение.

Проблема ограничения правомочий ретентора, до сих пор напрямую не ставившаяся в научной литературе, может быть адекватно решена только через теоретическое познание их правовой сущности как субъективного права, его внутренней структуры и оснований возникновения, места такого права в общей системе гражданских прав. Несомненно, должны быть учтены и реальные нужды гражданского оборота, подлежащие уяснению на основе всестороннего анализа сложившейся правоприменительной практики.

Актуальным и востребованным практикой представляется исследование специальных пределов осуществления права удержания при несостоятельности должника, включая в объект исследования изменения в правовом режиме удовлетворения требований кредитора, чьи требования к несостоятельному должнику обеспечены удержанием, в различных процедурах банкротства. Относительно недавние изменения в законодательстве о несостоятельности позволяют провести сравнительный анализ нормативного материала, оказывающего влияние на объект исследования.

Степень научной разработки. В дореволюционный период развития отечественной цивилистики историко-теоретическое исследование *jus retentionis* в римском праве было проведено М. М. Катковым⁴. Применительно к русскому обычному праву «право задержания» рассматривалось в работах С. В. Пахмана и К. Анненкова⁵. На раннем этапе становления советского гражданского права, в 1920-х годах, к исследованию обеспечительного удержания в банковском праве обращались А. В. Венедиктов и

⁴ Катков М. М. Понятие права удержания в римском праве. – Киев, 1910.

⁵ Пахман С. В. Обычное гражданское право в России: Юридические очерки. Собственность, обязательства и средства судебного охранения. Т. 1. – СПб.: Тип. 2 Отд. собств. е. и. в. канцелярии, 1877. – С. 96-100; Анненков К. Самоуправство и самооборона, как средства защиты гражданских прав // Журнал гражданского и уголовного права. – 1893. – Книга 3. – С. 41-69.

М. М. Агарков⁶. Возвращение института удержания в широкий гражданский оборот с принятием части первой ГК РФ предопределило всплеск интереса к изучению права удержания, в первую очередь, с точки зрения его обеспечительных функций. Среди новейшей литературы следует отметить специальные исследования С. В. Сарбаша, Н. В. Южанина, Л. Н. Якушиной. Наряду с иными способами обеспечения исполнения обязательств, право удержания подвергалось анализу в докторской диссертации Б. М. Гонгало, кандидатских диссертациях А. В. Латынцева, Н. Е. Еремичева.

Объект и предмет исследования. Объектом исследования является субъективное право удержания. Предметом исследования служит нормативный институт обеспечительного удержания по российскому законодательству, правоприменительная практика, современные достижения гражданско-правовой науки и общей теории права.

Целью исследования является определение природы правомочий ретентора – лица, обладающего правом удержания – как в статике (внутренняя структура, место в системе субъективных гражданских прав), так и с точки зрения динамического процесса их возникновения и осуществления, в том числе установление пределов последнего.

В соответствии с целью исследования поставлены следующие **задачи**:

- 1) установить момент возникновения субъективного права удержания и выявить юридические факты, порождающие это право.
- 2) охарактеризовать структуру субъективного права удержания.
- 3) определить место права удержания в системе субъективных гражданских прав.
- 4) выявить правовую природу удержания путем его квалификации в качестве гражданско-правовой сделки и меры оперативного воздействия.
- 5) охарактеризовать понятие пределов осуществления субъективного права применительно к объекту исследования.

⁶ Венедиктов А. В. Право удержания и зачета в банковской практике СССР / В кн. Избранные труды по гражданскому праву. Том первый. М.: Статут, 2004. С. 169-206; Агарков М. М. Основы банковского права. Курс лекций. М.: БЕК, 1994.

б) выявить и охарактеризовать временные пределы осуществления права удержания.

7) изучить особенности осуществления права удержания имущества несостоятельного должника.

Методологическая и теоретическая основа исследования. В качестве концептуальной основы диссертации использована общая теория субъективного права как важнейший элемент современного персоноцентрического правопонимания⁷. В ходе исследования активно использовались общенаучные и специально-юридические методы познания: формально-юридический и диалектический, синтез, анализ, сравнение, системный и структурно-функциональный подходы.

Теоретическую основу исследования составляют научные труды таких ученых, как М. М. Агарков, Н. Г. Александров, С. С. Алексеев, Е. А. Барина, В. А. Белов, Ж.-Л. Бержель, С. Н. Братусь, В. В. Бутнев, Е. В. Васьковский, А. В. Венедиктов, В. В. Витрянский, А. В. Власова, Б. М. Гонгало, В. П. Грибанов, Д. Д. Grimm, Д. В. Дождев, В. Ф. Дормидонтов, П. Ф. Елисейкин, Н. Е. Еремичев, О. С. Иоффе, В. Б. Исаков, М. С. Карпов, Т. Е. Каудыров, В. С. Константинова, О. А. Красавчиков, Л. О. Красавчикова, Е. А. Крашенинников, А. Я. Курбатов, А. В. Латынцев, В. И. Леушин, Я. М. Магазинер, Д. А. Малиновский, Н. И. Матузов, Д. И. Мейер, Е. Я. Мотовиловкер, И. Б. Новицкий, В. А. Ойгензихт, Е. Б. Пашуканис, А. Г. Певзнер, А. В. Поляков, В. Н. Протасов, Б. И. Пугинский, В. К. Райхер, А. А. Рубанов, С. В. Сарбаш, К. И. Скловский, Е. А. Суханов, В. А. Тархов, Ю. К. Толстой, Е. А. Флейшиц, Р. О. Халфина, В. М. Хвостов, Б. Б. Черепашин, Д. М. Чечот, М. Д. Шаргородский, Г. Ф. Шершеневич, Н. В. Южанин, Л. С. Явич, Л. Н. Якушина и др.

⁷ Произошедший за последние полтора десятилетия качественный переход от строго позитивистского, «нормоцентрического» правосознания к антагонистическому ему по своей гуманистической направленности пониманию права, центральным элементом которого является человек, очень верно подмечен С. С. Алексеевым: «В юридической науке все явственнее проявляется персоноцентрическое понимание права, придающее новое высокое качество юридически защищенному статусу человека, порождающему прочность и надежность его суверенности, самостоятельности и независимости, уверенности во всех сторонах его активного творческого поведения» (Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. Изд. 2-е, перераб. и доп. – М.: НОРМА, 2002. – С. 539).

Научная новизна заключается в следующих теоретических положениях и выводах, выносимых диссертантом на защиту:

1. Диссертантом обосновано, что в основании права удержания лежит сложный юридический состав, включающий следующие факты: существование денежного обязательства, исполнение которого подлежит обеспечению; временное нахождение вещи должника во владении кредитора (потенциального ретентора); неисправность должника; наступление срока возврата вещи собственнику; отсутствие договорного запрета на применение удержания. Факультативным юридическим фактом в данном составе является предпринимательский характер действий обеих сторон обеспечиваемого обязательства. Волеизъявление кредитора и уведомление должника, вопреки сложившемуся в теории мнению, не имеют правообразующего значения.

2. Структура права удержания predetermined его природой как субъективного гражданского права и включает правомочия на собственные и чужие действия. Основные субправомочия заключаются в возможности не выдавать предмет удержания собственнику, вопреки существующей обязанности (стимулирующая, или дефензивная, составляющая), и возможности получить удовлетворение обеспеченных удержанием требований из стоимости вещи (компенсационная, или исполнительная, составляющая).

3. Сформулирован вывод о производности интереса, составляющего сущность субъективного права удержания, от интереса кредитора по обеспеченному обязательству. Интерес этот модифицирован фактом нарушения обязательства и заключается в принудительном получении должного. Автор впервые предлагается рассматривать право удержания в качестве охранительного, а не регулятивного гражданского права. Оно в полной мере соответствует устоявшимся в цивилистике признакам охранительного права, поскольку возникает в результате правонарушения, совершенного должником по обеспечиваемому обязательству, производно от этого обязательства и направлено на принудительное осуществление регулятивного обязательст-

венного права собственными действиями управомоченного субъекта – ретентора.

4. Охранительная сущность права удержания в значительной мере предопределяет его положение в системе субъективных гражданских прав. Круг участников охранительного правоотношения всегда строго определен, потому право удержания является относительным. Право удержания не оборотоспособно. Переход права удержания предполагает передачу удерживаемого имущества, а ввиду отсутствия у ретентора правомочия распоряжения предметом удержания, передача его без волеизъявления собственника невозможна. Диссертант считает возможной передачу права удержания только через непосредственно выраженное согласие собственника и без отрыва от обеспечиваемого обязательственного права. Кроме того, представляется допустимым переход этого права к другому субъекту в порядке универсального правопреемства.

5. В диссертационном исследовании дается теоретическое обоснование вывода о том, что защита права удержания ограничена фактом наличия удерживаемого имущества во владении кредитора. Интересу ретентора предоставляется пассивная юридическая защита в форме эксцепции по иску собственника или иного лица, требующего передачи ему удерживаемого имущества на основании правоотношений с собственником. Наличное владение также может самостоятельно защищаться ретентором (ст. 14 ГК РФ) путем принятия мер фактического характера. Абсолютная правовая защита исследуемому субъективному праву не свойственна. Выбытие предмета удержания из владения кредитора даже вследствие противоправных действий собственника или третьих лиц прекращает право удержания. В отсутствие у ретентора полученного от собственника титула на удерживаемую вещь, он не вправе истребовать ее обратно.

6. Осуществление субъективного права удержания не может рассматриваться как совершение односторонней гражданско-правовой сделки, так как не вполне соответствует ее признакам, закрепленным в законе и сформу-

лированным доктринально. Применяемое с целью обеспечения исполнения обязательства в рамках охранительного правоотношения, право удержания должно квалифицироваться в качестве длящейся меры оперативного воздействия.

7. Срок, в течение которого удержание подлежит правовой защите, не должен превышать срока исковой давности по обеспеченному обязательству. В противном случае предмет удержания может навсегда выбыть из гражданского оборота, поскольку ретентор за пропуском давности будет лишен возможности обратиться на него с иском, а собственник – не способен истребовать его от ретентора ввиду экцепции последнего со ссылкой на право удержания. Ретентор не может приобрести право собственности на удерживаемое имущество и в силу давности, поскольку не владеет им как своим собственным в смысле ст. 234 ГК РФ.

8. Возбуждение дела о несостоятельности должника по обеспеченному обязательству влечет изменение правового режима удержания в зависимости от примененной арбитражным судом процедуры банкротства. Введение вторичных процедур банкротства (финансовое оздоровление, внешнее управление, конкурсное производство) прекращает субъективное право удержания, предмет которого поступает в конкурсную массу должника. Обеспеченные удержанием требования кредитора к несостоятельному должнику подлежат удовлетворению в порядке, предусмотренном для обеспеченных залогом требований – в привилегированном порядке из стоимости предмета удержания.

Апробация результатов исследования. Автором подготовлено и опубликовано 5 статей, отражающих основные положения диссертационного исследования. Результаты исследования неоднократно обсуждались на кафедре гражданского права и процесса Тюменского государственного института мировой экономики, управления и права, на международной научно-практической конференции «Обеспечение прав и свобод человека и гражданина» (г. Тюмень, 2005), в ходе внутренних методических семинаров юриди-

ческой службы Консалтинговой группы «Лекс» (г. Тюмень). Отдельные выводы, сделанные в ходе исследования, применяются диссертантом при проведении теоретических и практических занятий со студентами, а также в арбитражной практике.

Теоретическая и практическая значимость результатов диссертационного исследования. Сформулированные автором выводы и предложения касаются ключевых проблем практики правоприменения при обеспечении исполнения обязательств удержанием имущества должника и могут быть востребованы в практической деятельности субъектов гражданского оборота, а также при выполнении исследований в смежных областях цивилистики. Результаты настоящего диссертационного исследования могут быть использованы при совершенствовании нормативного института обеспечительного удержания.

Структура диссертационного исследования. Структура диссертации определяется целью и задачами предпринятого исследования и включает введение, девять параграфов, объединенных в три главы, заключение, шесть приложений и библиографический список использованных источников.

Глава 1. Теоретические основы субъективного права удержания

§ 1. Правомочия кредитора по удержанию как субъективное право

Практически любое явление можно изучать в нескольких плоскостях, выявляя при этом его новые качественные характеристики. Рассматриваемые с разных точек зрения, одни и те же объекты по разному проявляют себя, в наиболее трудных случаях вызывая к жизни дискуссию о тождестве исследуемого. Так и обеспечительное удержание, исходя из целей конкретного исследования, может рассматриваться в разных ипостасях – характеристика его как способа обеспечения обязательства не исключает возможности рассматривать его в качестве субъективного права, равно как и сделки или меры оперативного воздействия на должника.

Право удержания – это, прежде всего, институт в виде совокупности норм, обособленных законодателем в составе гл. 23 ГК РФ с использованием бланкетного метода построения за счет испытанного и зарекомендовавшего себя на практике механизма удовлетворения требований кредитора. Это и правомочие – субъективное право. Но эти состояния – лишь статика удержания как правового явления, тогда как динамика его не менее интересна в научном исследовании, а для практикующего юриста даже более значима. Говоря здесь о динамике, мы имеем в виду правоотношения, во-первых, предшествующие возникновению права удержания и обуславливающие его, а во-вторых – правоотношения, в рамках которых это право реализуется.

Сам по себе правовой материал, составляющий нормативный институт права удержания нами не исследуется. Современная теория права уже не носит исключительно позитивистского характера, отдавая приоритет правам и свободам человека – правовой реальности – перед абстрактной правовой возможностью, которой предстают законы. Нормоцентризм в правовой науке сменяется субъектоцентризмом. Во многом поэтому мы и обращаемся к не-

посредственному исследованию правомочий лица, осуществляющего обеспечительное удержание (ретентора), и уже через призму реального (хотя и абстрактно исследуемого) правоотношения рассматриваем урегулирующие его нормативные предписания.

Возможность удерживать имущество должника в обеспечение собственных требований к нему в ст. 359 ГК РФ квалифицируется как право. Неудивительно, что и большинство исследователей⁸ характеризуют позитивные правомочия ретентора в качестве субъективного права.

Однако не все исследователи столь единодушны – этим объясняется необходимость обстоятельного теоретического изучения правомочий кредитора по удержанию чужой вещи. Без приведения тому существенного обоснования субъективное право отождествляется в ряде работ с элементом правоспособности. Так Л. Н. Якушина в своей диссертации отмечает, что «право удержания является одной из составляющих правоспособности граждан»⁹, хотя большая часть рассуждений автора строится на тезисе о том, что удержание основано на субъективном праве¹⁰. Та же мысль высказывается С. В. Сарбашем: «Граждане... осуществляют принадлежащее им право удержания с учетом норм о правоспособности. Иными словами, *право удержания ...*

⁸ Венедиктов А. В. Право удержания и зачета в банковской практике СССР / В кн. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2004. – С. 169 и далее; Агарков М. М. Основы банковского права. Курс лекций. – М.: БЕК, 1994. – С. 117; Гонгало Б. М. Гражданско-правовое обеспечение обязательств. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – Екатеринбург, 1998. – С. 12; Белов В. А. Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств // Бизнес и банки. – 1997. – № 45 – 10-16 ноября; Ем В. С. Гражданское право: В 2 т. Том II. Полумтом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 133-134; Леонова Г. Б. Применение права удержания в торговом обороте // Вестник Московского университета. Серия 11, право. – 2002. – № 1. – С. 71-72; Калимов Д. А. Удержание как новый способ обеспечения кредитов // Банкаускі веснік. – 2002. – чэрвень. – С. 11, 13; Комментарий (постатейный) к Гражданскому кодексу Российской Федерации (часть первая) / Отв. ред. Н. Д. Егоров, А. П. Сергеев. – М.: Проспект, 2005. – С. 214.

⁹ Якушина Л. Н. Удержание в системе способов обеспечения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2002. – С. 74. Весьма вероятно, что такая позиция автора может быть объяснена тем, что удержание рассматривается в диссертации Л. Н. Якушиной в качестве сделки. Действительно, правомочие совершить сделку – это элемент правоспособности лица, но не его субъективное право. Однако, как мы покажем далее, право удержания необходимо рассматривать именно как субъективное право, существующее в рамках конкретного правоотношения, а реализация его не является сделкой, равным образом как и само возникает не в результате сделки.

¹⁰ На с. 81 диссертации указывается, например, что «у кредитора появляется новое право – право удерживать вещь при наличии юридических фактов, обозначенных в ст. 359 ГК РФ». Исходя из общепринятого понимания юридического факта как обстоятельства, с которым закон связывает возникновение, изменение или прекращение правоотношений, использованный Л. Н. Якушиной термин «право» не может быть ничем иным, как субъективным правом, ведь для возникновения правоспособности не требуется наличия каких-либо дополнительных юридических фактов. Признание того, что правомочие по удержанию возникает «при наличии юридических фактов, обозначенных в ст. 359 ГК» противоречит таким образом выдвинутому ранее тезису автора о праве удержания как элементе гражданской правоспособности.

признается в равной мере за всеми гражданами (курсив наш – А.Т.)»¹¹. Н. В. Южанин, рассматривая природу этого явления, приходит к выводу о том, что «само право удержания... является весьма слабым, и едва ли о нем можно вообще говорить как о праве»¹². Вряд ли можно признать такой подход оправданным. Во-первых, нам не представляется возможным давать теоретическую оценку характеру правомочий субъекта с точки зрения эффективности их реализации на практике – затруднения, испытываемые субъектом при реализации своего права, и тем более, экономическая неэффективность этой реализации никак не могут быть положены в основу опровержения природы осуществляемого правомочия как субъективного права. Во-вторых, отказывая праву удержания в возможности именоваться субъективным правом, автор не предлагает альтернативы и никак не обосновывает иную природу обозначенного нормами ГК РФ обеспечительного правомочия кредитора.

Возникшая в решении столь важного, ключевого теоретического вопроса института удержания неопределенность в некоторой степени объяснима общими признаками, характеризующими понятия субъективного права и правоспособности. Суть представшей перед нами проблемы как нельзя более четко сформулировал О. С. Иоффе: «самую правосубъектность тоже можно рассматривать как право. Действительно, раз мне принадлежит правосубъектность, то это, по-видимому, означает, что я «имею право» обладать правами и осуществлять их. Отличается ли такое «право» от субъективных прав в собственном значении этого слова?»¹³

Итак, поскольку на сегодняшний день в доктрине однозначно вопрос об отнесении правомочия ретентора к субъективным правам не разрешен, нам следует рассмотреть, как соотносятся категории правоспособности и субъективного права. Надлежит также установить, возможна ли одновремен-

¹¹ Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 2003. – С. 149. В литературе неоднократно отмечалось, что равенство возможности иметь права не тождественно равенству прав, поэтому все субъекты в равной степени могут обладать лишь правоспособностью, но не субъективным правом. Так, например, О. С. Иоффе отмечал, что «всякое субъективное право есть нечто большее, по сравнению с тем, что могут все или многие, власть, которая другим не принадлежит» (Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / В кн. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 1998. – С. 630).

¹² Южанин Н. В. Удержание как способ обеспечения исполнения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – Рязань, 2001. – С. 105.

¹³ Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. – М.: Юридическая литература, 1961. – С. 260.

ная квалификация определенного правомочия в качестве права и элемента правоспособности. Выявленные закономерности необходимы для оценки правомочия кредитора удерживать вещь должника.

Несмотря на то обстоятельство, что вопрос об отграничении понятия правосубъектности от понятия субъективного права еще в шестидесятых годах прошлого века представлялся ученым «настолько ясным, что самая его постановка может показаться излишней»¹⁴, предыдущее изложение указывает на необходимость его дополнительного исследования исходя из целей и задач нашей работы. Поскольку, однако, данный вопрос может составить и в действительности составляет¹⁵ предмет самостоятельного исследования, нам представляется целесообразным и достаточным присоединиться к доминирующей в современной правовой науке точке зрения, не вступая в дискуссию, выходящую за рамки объекта и предмета исследования нашего.

Достаточно традиционно правоспособность определяется как признаваемая государством общая (абстрактная) возможность субъекта иметь предусмотренные законом права и обязанности¹⁶. Придерживаясь данного подхода, ГК РФ в ст. 17 определяет отраслевую *гражданскую* правоспособность как признаваемую в равной мере за всеми гражданами способность иметь гражданские права и нести обязанности. Правоспособность юридических лиц определяется в ст. 49 ГК РФ и принцип равенства к ней не применим – общая правоспособность признана лишь за коммерческими¹⁷.

Правоспособность абстрактна в том смысле, что не связывает лицо с другими субъектами права, предусматривая лишь возможность такой связи, и

¹⁴ Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Указ. соч. – С. 260.

¹⁵ См. например: Флейшиц Е. А. Соотношение правоспособности и субъективных прав / Вопросы общей теории советского права. – М., 1960. – С. 263; Певзнер А. Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1961; Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. – Л.: Издательство Ленинградского университета, 1968.

¹⁶ Именно такое определение приводится в большинстве источников учебной общетеоретической литературы, см. например: Поляков А. В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. – СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2004. – С. 767; Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М.: ЮристЪ, 2000. – С. 519.

¹⁷ Как обоснованно отмечает С. Н. Братусь «Правоспособность юридического лица, с одной стороны, уже, с другой – шире правоспособности лиц физических. Уже – ибо у юридического лица отсутствуют семейные права, шире – ибо юридическое лицо обладает правами, вытекающими из взаимоотношения целого с его членами». Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица). – М.: Юридическое издательство Минюста СССР, 1947. – С. 100.

не сводится к способности приобрести какое-то определенное право или обязанность¹⁸. Правоспособность всеобща – то есть охватывает возможность приобрести любое право, предусмотренное или допускаемое законом. Как атрибут правовой личности правоспособность является общей предпосылкой, условием вступления ее в конкретные правоотношения, первична по отношению к субъективным правам и может рассматриваться как своеобразный юридический факт-состояние.

Общепризнанно, что правоспособность физического лица возникает в момент рождения и прекращается со смертью, организации – в момент внесения в единый государственный реестр записи о регистрации юридического лица в связи с созданием и ликвидацией, сопровождая субъекта в течение всего срока его существования для права. При этом как невозможно передать другому лицу физические способности и характеристики личности – способность разговаривать, слышать, мыслить – так и правоспособность неотделима¹⁹ от ее носителя, неотчуждаема и непередаваема.

Как вытекает из приведенного определения, правоспособность есть неотъемлемое свойство, качество субъекта права, однако качество это не имманентно присуще лицам физическим или их объединениям (организациям). Прав С. Н. Братусь, замечая, что «государство признает юридическими субъектами тех, кто в силу данных общественно-экономических условий могут и должны быть таковыми. Однако без законодательной санкции, вне государственной воли нельзя быть субъектом права»²⁰. Субъект «становится обладателем этого качества лишь в результате нормы объективного права, которая в свою очередь вызывается к жизни определенными потребностями общест-

¹⁸ Следует указать и на противоположную точку зрения, рассматривающую правоспособность как правовое явление, обладающее достаточной степенью конкретности, чтобы быть оцененным в качестве «субъективного права правоспособности» (Малиновский Д. А. Актуальные проблемы категории субъективного вещного права: Дис.... канд. юрид. наук. – М., 2002. – С. 53-55 и далее).

¹⁹ Истории известны случаи, когда субъект полностью или частично лишался правоспособности. Например, практика остракизма в Греции (Гинзбург С. И. О дате издания закона об остракизме в Афинах / Город и государство в античном мире. Проблемы исторического развития. – Л., 1987), гражданская казнь (лишение всех прав состояния) в России 18-19 веков.

²⁰ Братусь С. Н. Указ. соч. – С. 70.

венного развития»²¹. Источником правоспособности, таким образом, является выраженная в законе воля государства в отношении:

1) круга правосубъектных лиц, который определяется специальными нормами отдельных отраслей права (поскольку общеправовая правоспособность представляет собой не более чем теоретическую абстракцию) – например, ст. 17, 49, 124 ГК РФ;

2) объема правоспособности, то есть круга тех субъективных прав, которыми правосубъектные лица могут обладать – устанавливается он из содержания всех управомочивающих норм соответствующей отрасли права.

Н. Г. Александровым было предложено рассматривать правоспособность как «длящееся *отношение* (курсив наш – А.Т.) между лицом и государством, отношение, обуславливающее возможность для лица при наличии фактических условий, предусмотренных юридической нормой, становиться участником правоотношения»²². Близкой к такому подходу представляется точка зрения Г. Вольфа, согласно которой юридическое отношение между лицом А. и лицом Б. включает в себя отношение А. и отношение Б. к правопорядку, то есть совокупность двух юридических отношений; правоспособность по Вольфу – «дарованная позитивным правопорядком способность быть юридико-техническим носителем прав и обязанностей»²³. Нам представляется, что рассмотрение правоспособности как отношения между государством (правопорядком) и лицом целесообразно в публичном праве, тогда как для целей частноправового исследования достаточно указать на государство как источник правоспособности в качестве признака последней.

Отличительными характеристиками правоспособности называются также распространение ее на всех без исключения граждан и независимость от каких-либо характеристик последних. Изложенное выше, однако, позволяет признать правильность этих тезисов лишь для современной системы пра-

²¹ Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. – Л.: Издательство Ленинградского университета, 1968. – С. 10.

²² Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе. – М.: Госюриздат, 1955. – С. 134.

²³ Hans Wolff, *Organschaft und juristische Person*, erster Band: *Juristische Person und Sfaats-person*, Berlin, 1933 (Цит. по: Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица). – М.: Юридическое издательство Минюста СССР, 1947. – С. 27).

ва, в частности, российской. Во-первых, равенство объема правоспособности граждан даже сегодня не означает такого равенства для всех субъектов права – что наглядно проявляется в институте юридического лица. Во-вторых, круг субъектов права исторически менялся: с одной стороны, в Древнем мире правоспособностью не обладали рабы, с другой – в истории неоднократно случаи объявления субъектом права вещей или животных.

Наконец, правоспособность не доставляет сама по себе никакого конкретного блага ее обладателю – она «право иметь право, а последнее открывает путь к обладанию тем или иным благом, совершению определенных действий, предъявлению притязаний»²⁴. Существующей вне конкретного правоотношения (то есть в рамках правопорядка как такового) правоспособности одного лица не коррелирует обязанной модели поведения другого, «нельзя на основе одной лишь правоспособности чего-либо требовать, кроме как признания равноправным членом общества» – замечает Н. И. Матузов. Совершенно правильно в этом смысле высказался О. С. Иоффе: «какие требования данное лицо по линии правосубъектности могло бы предъявить к другим лицам? По-видимому, лишь одно требование, а именно – чтобы они признавали его субъектом права. Но такое признание зависит не от них, а от государства»²⁵. Поскольку же отсутствует обязанность, невозможно нарушение правоспособности²⁶, нет и возможности принудительного осуществления

²⁴ Матузов Н. И. Правовые отношения / Теория государства и права: Курс лекций. – М.: ЮристЪ, 2000. – С. 520.

²⁵ Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. – М.: Юридическая литература, 1961. – С. 260.

²⁶ Необходимо указать на возможность нарушения правоспособности самим государством – в случае издания нормативных актов, необоснованно ограничивающих правоспособность, «вторгающихся в сферу правоспособности». В качестве примеров ограничения правоспособности приводится запрет исполкома продавать жилые дома в Ленинградской области лицам, проживающим в других областях, запрет Совета министров республики принимать на работу иногородних граждан, запрет министерства на занятие определенных должностей лицами старше сорока лет (Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. – Л.: Издательство ленинградского университета, 1968. – С. 18-19). Также указывается, что «лица, правоспособность которых нарушена, могут защищать свою правосубъектность лишь путем возбуждения вопроса перед вышестоящими органами об отмене постановлений, решений, распоряжений и т.п., нарушающих их правоспособность». Вместе с тем, вывод Д. М. Чечота, сделанный на основе советского законодательства представляется нам не вполне актуальным в настоящее время. Действующим процессуальным (ст. 251 ГПК РФ, ст. 192 АПК РФ) законодательством предусмотрена возможность судебного оспаривания и нормативных актов в том случае, если они не соответствуют Конституции РФ, закону или иному нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, и нарушают права, свободы и законные интересы лица. Приведенные выше примеры вполне укладываются в предложенную новым законодательством схему защиты. Защищая свое субъективное право в конкретных правоотношениях, ограниченное (нарушенное) нормативным актом меньшей юридической силы, по сравнению с правоспособностью лица, определенной актом с боль-

ее (или принудительной реализации своей управомоченной модели поведения), обращения за защитой к судебной власти²⁷. В качестве ключевого критерия разграничения на это обстоятельство обращает внимание О. С. Иоффе: «по линии появления возможности требовать определенного поведения от обязанных лиц и проходит граница между субъективным правом и правосубъектностью»²⁸.

Наступление условий, предусмотренных гипотезой гражданско-правовой нормы – юридических фактов – переводит абстрактную правоспособность в плоскость конкретных правоотношений, порождая у лица субъективное гражданское право. Е. А. Крашенинников правильно в связи с этим отметил, что «основание любого субъективного гражданского права исчерпывается теми условиями, взаимодействие которых приводит к его возникновению. К числу этих условий относятся норма права, правоспособность и юридический факт»²⁹. Рассмотрим признаки, характеризующие субъективное гражданское право и отличающие его от гражданской правоспособности.

Наиболее часто субъективное гражданское право определяется как мера возможного поведения управомоченного лица, обеспеченная должным поведением другого лица, признанная и охраняемая государством (правопорядком). Субстанцией субъективного права является юридически обеспеченная

шей юридической силой, субъект тем самым защищает и свою правоспособность. Признание нормативного акта незаконным влечет восстановление объема правоспособности у неограниченного круга лиц. Защита правоспособности может быть, по нашему мнению, осуществлена в процессуальном порядке путем заявления о неприменении судом нормативного акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону и без оспаривания такого акта в отдельном производстве в соответствии со ст. 12 ГК РФ.

²⁷ Некоторыми авторами (См.: Чечот Д. М. Указ. соч. – С. 19-20) указывается на то, что правоспособность не подлежит судебной защите. Однако, как мы показали выше, сегодня такая возможность не исключена. Защищая субъективное право, нарушенное в рамках одного правоотношения нормативным актом, субъект защищает и свою абстрактную способность приобретать и свободно осуществлять аналогичные права в будущем, а также, опосредовано, нарушенную государством правоспособность всех субъектов, на которых распространяется действие оспариваемого правового акта. Иной подход к проблеме нарушения правоспособности и, соответственно, возможности ее судебной защиты, предложен А. В. Беловым. Автор исходит из того, что «всякое субъективно противоправное вредоносное деяние посягает не только на субъективное право, но и на способности (возможности) иметь таковое... то есть на соответствующую часть динамической составляющей правоспособности» (Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: Учебник. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – С. 478-482).

²⁸ Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Указ. соч. – С. 261.

²⁹ Крашенинников Е. А. Замечания по статье 83 ГК РСФСР / Проблемы совершенствования законодательства и правоприменительной деятельности. – Владивосток, 1988. – С. 41.

возможность³⁰, содержание которой «богато, многозначно и разносторонне» – что находит свое отражение при формировании структуры субъективного права. Определяя субъективное право, В. М. Хвостов указывает, что оно есть «сфера свободы или власти, обеспечиваемая за субъектами нормами объективного права для обеспечения интереса»³¹. В этом определении четко просматриваются два необходимых элемента структуры субъективного права – право на осуществление собственных действий и право требования от других лиц совершения тех действий, к которым они обязаны нормативно.

Необходимость включения в определение субъективного права обоих правомочий зачастую недооценивается, что можно попытаться объяснить лишь обращением к различной теоретической основе исследований: к правам абсолютным, где доминирует правомочие на собственное поведение, или относительным, с большим значением права требования. Так Г. Ф. Шершеневич и Е. Б. Пашуканис приходят к сходным выводам: «Субъективное право есть *власть* осуществить свой интерес»³² и «права ... суть не что иное, как закрепленные за ним [субъектом] обязанности других»³³. На возможность совершения управомоченным собственных действий авторы не указывают.

С. Н. Братусь предложил определять рассматриваемое понятие как «меру возможного поведения управомоченного, обеспеченную законом»³⁴. Единственным возможным замечанием к этой точке зрения представляется игнорирование интереса управомоченного, как цели осуществления права. Предпринимавшиеся позже попытки усовершенствовать это определение были полезны для познания субъективного права, но не внесли в него принципиальных изменений: будучи предельно кратким, оно содержит в себе все существенные признаки явления. По мнению Н. И. Матузова, характеристики «мера» недостаточно, а потому автор предлагает характеризовать право

³⁰ Матузов Н. И. О праве в объективном и субъективном смысле: гносеологический аспект // Правоведение. – 1999. – № 4 – С. 138. Именно в юридической обеспеченности заключается отличие возможности как субстанции субъективного права от возможности иметь гражданские права – субстанции правоспособности.

³¹ Хвостов В. М. Общая теория права. Элементарный очерк. – М., 1911. – С. 129.

³² Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. – М.: Издание Бр. Башмаковых, 1912. – С. 102.

³³ Пашуканис Е. Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. – М., 1980. – С. 91.

³⁴ Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. – М.: Госюриздат, 1950. – С. 13.

также и как «вид дозволенного поведения»³⁵. В. А. Белов указывает, что субъективное право обеспечено в первую очередь «должным поведением другого лица», а уж потом признается и охраняется правопорядком³⁶. Г. Ф. Шершеневич, В. М. Хвостов, Ж.-Л. Бержель, В. И. Леушин, Е. А. Крашенинников, А. В. Власова сходятся во мнении о необходимости указания на интерес как сущностный, целеполагающий момент субъективного права.

Наиболее развернутое определение дает В. Н. Протасов, дополняя вышеназванных авторов ссылкой на то, что субъективное право существует только в правоотношении: субъективное юридическое право – «предоставленная субъекту права юридическими нормами в целях удовлетворения его интересов мера возможного (дозволенного) поведения в правоотношении, обеспеченная корреспондирующей обязанностью другого субъекта правоотношения и гарантированная государством»³⁷.

Таким образом, представляется, что, при определении субъективного права, необходимо указывать на следующие сущностные его признаки: 1) принадлежность конкретному правосубъектному лицу; 2) существование в рамках правоотношения; 3) мера (вид, предел) дозволенного поведения как субстанция права; 4) корреляция (связанность, взаимообусловленность) с обязанным поведением; 5) интерес как цель осуществления; 6) объективное право как основа, источник права субъективного; 7) признание (гарантированность, защищенность) со стороны государства.

Суммируя отличительные признаки субъективного права и правоспособности, необходимо отразить следующие ключевые моменты:

— правоспособность представляет собой суммарно выраженную, абстрактную способность лица к правообладанию, тогда как субъективное право есть конкретное правомочие лица в данных правоотношениях;

— правоспособность представляет собой свойство (атрибут) юридической личности; субъективные права могут свободно приобретаться и отчуж-

³⁵ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М.: ЮристЪ, 2000. – С. 525.

³⁶ Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: Учебник. – Центр ЮрИнфоР, 2002. – С. 538.

³⁷ Протасов В. Н. Что и как регулирует право: Учебное пособие. – М.: ЮристЪ, 1995. – С. 5.

даться (прекращаться) в течение жизни лица, а наличие какого-либо субъективного права не является необходимым свойством юридической личности³⁸;

— правоспособность является отношением между лицом и государством и потому существует в рамках правопорядка (правовой системы). В отличие от правоспособности субъективное право существует только в рамках правоотношения, возникающего между конкретными субъектами;

— правоспособность возникает в момент признания определенного лица субъектом права, причем факт такого признания не зависит от отношений с конкретными лицами, а основывается на законе (источнике права). Субъективное право возникает на основании правоспособности в силу юридических фактов, определяемых законом или сторонами³⁹.

— объем правоспособности конкретного субъекта неизменен во времени (иную точку зрения, известную как теория динамической правоспособности, высказал М. М. Агарков⁴⁰), а объем принадлежащих лицу прав изменяется под воздействием различных юридических фактов;

— правоспособность исчерпывается лишь одной возможностью – мерой дозволенного данному лицу поведения в смысле возможности, свободы приобретать субъективные права;

— отсутствует коррелирующая правоспособности модель обязанного поведения и право требования от иных субъектов соблюдения такой модели – «право притязания»;

— правоспособность в отличие от субъективного права не является средством регулирования поведения;

³⁸ Теоретически возможно помыслить правоспособную юридическую личность, не обладающую в течение определенного времени никакими субъективными правами.

³⁹ На возможность самим сторонам правоотношения устанавливать перечень юридических фактов, дополнительно к императивно установленному законом, указывает, в частности, п. 1 ст. 8 ГК РФ: гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также *из действий* граждан и юридических лиц, *которые хотя и не предусмотрены законом или такими актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности* (курсив наш – А. Т.).

⁴⁰ Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. – М.: Госюриздат, 1940. – С. 67-73. В соответствии с теорией М. М. Агаркова правоспособность не неизменная абстрактная способность вообще иметь права и обязанности, а динамическое явление, означающее «для каждого конкретного лица в каждый данный момент означает возможность иметь определенные конкретные права и обязанности в зависимости от его взаимоотношений с другими лицами». Возможность иметь права ставится тем самым в зависимость от объема уже имеющихся у лица прав.

— правоспособность не может быть нарушена третьими лицами и, как следствие, не подлежит защите в форме принудительного осуществления.

До сих пор мы говорили о понятии правоспособности в целом. Однако дискуссии в решении рассматриваемой проблемы вызваны смешением не понятий права и правоспособности как научных абстракций, а квалификацией конкретного случая управомоченного поведения в качестве самостоятельного права, или *элемента правоспособности*. Под последним термином в настоящей работе нами понимается способность лица быть субъектом определенного права в неограниченном количестве правоотношений, то есть безотносительно к объекту правоотношения и другим его субъектам. Для элемента правоспособности, как части, в полной мере характерны все признаки, характеризующие правоспособность в целом⁴¹.

Определив водораздел понятий субъективного права и элемента правоспособности, установим, к какой из двух категорий управомоченного поведения могут быть отнесены правомочия кредитора по удержанию чужой вещи.

Производный характер правомочия ретентора от основного обязательства предопределяет конкретный субъектный состав в каждом случае применения удержания. Участники обеспеченного и обеспечивающего правоотношений одни и те же, поэтому рассматриваемое правомочие не обладает свойственным правоспособности признаком абстрактности и существует во всегда определенных отношениях.

Право удержания может возникнуть в гражданском обороте постольку, поскольку оно предусмотрено действующим законодательством – а значит, основывается на определенной законом общей правоспособности конкретного лица и ранее возникших обязательственных правоотношениях, в которых

⁴¹ Самостоятельного регулятивного или иного прикладного значения элемент правоспособности не имеет и выделяется нами исключительно в исследовательских целях, как противопоставление субъективному праву. Следует вслед за Н. И. Матузовым признать неверным «встречающееся в литературе деление принадлежащих гражданам прав... на субъективные и какие-то иные, несубъективные, права «второго сорта», которые обычно называют «элементы правоспособности» (Матузов Н. И. О праве в объективном и субъективном смысле: гносеологический аспект // Правоведение. – 1999. – № 4. – С. 137-138). Элемент правоспособности неверно характеризовать как субъективное право, это самостоятельная теоретическая конструкция.

это лицо является кредитором. Право удержания возникает у кредитора при наличии всех элементов юридического состава, предусмотренного гражданским законодательством, и может прекращаться исполнением обеспеченного обязательства или при наличии иных оснований⁴². Поэтому невозможно сказать, что право удержания возникает в момент рождения (создания) юридической личности (признания ее субъектом права), прекращается в момент ее смерти (ликвидации) и составляет ее необходимый атрибут, что характерно для правоспособности.

Право удержания составляет элемент содержания обязательственного правоотношения между конкретными лицами, производно от основного (обеспечиваемого) денежного обязательства. Как и любое другое, правомочие ретентора обеспечено государством, однако не может быть сведено к отношению управомоченного лица с государством. Ретентору, в первую очередь, противостоит собственник – должник по обязательству, а государственное признание возникшей правовой связи является вторичным. Иными словами, существование права удержания обусловлено наличием конкретного правоотношения – обеспечиваемого обязательства, а не только определенным состоянием правопорядка – указанием на такое право в законе, чего достаточно для обособления элемента правоспособности.

Мера поведения, дозволенная кредитору при удержании – воздержаться от исполнения обязанности возвратить вещь собственнику, при этом бездействие ретентора-кредитора не направлено на возникновение каких-либо дополнительных прав и не порождает таковых. Данному правомочию коррелирует обязанность собственника-должника не нарушать владения ретентора, претерпевая неблагоприятные последствия ограничения своего права собственности. Право кредитора подлежит самозащите, а также пассивной судеб-

⁴² В качестве оснований прекращения права удержания следует указать на следующие: 1) выбытие вещи из владения ретентора; 2) гибель вещи; 3) исполнение обеспеченного обязательства; 4) прекращение обеспеченного обязательства иным образом, чем исполнение; 5) признание недействительной сделки, лежащей в основании обеспеченного обязательства; 6) продажа удерживаемой вещи с публичных торгов при обращении взыскания на нее. Подробнее см.: Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 2003. – С. 204-207; Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 110-111.

ной защите путем эксцепции по виндикационному или иному иску должника об истребовании вещи из владения кредитора.

На основании изложенного можно заключить, что предусмотренное ст. 359 ГК РФ правомочие удерживать принадлежащую должнику вещь в обеспечение исполнения обязательства представляет собой субъективное гражданское право кредитора.

§ 2. Возникновение субъективного права удержания

Для более четкого отграничения возможности любого субъекта приобрести право удержания (то есть элемента гражданской правоспособности) от субъективного права удержания нам представляется необходимым рассмотреть вопрос о возникновении субъективного права удержания. Этот вопрос имеет и важное прикладное значение, в частности при разрешении вопросов конкуренции обязательственных требований к должнику или коллизий прав на вещь.

Факты, с которыми норма права связывает наступление указанных в ней юридических последствий, называются юридическими фактами⁴³. Более узкое определение юридического факта дает Р. О. Халфина. По ее мнению, юридический факт – есть «обстоятельство, с которым норма права связывает движение правоотношения: его возникновение, развитие и прекращение»⁴⁴. Идеальная модель юридического факта применительно к конкретному правоотношению закреплена в гипотезе юридической нормы⁴⁵.

Наиболее полным исследованием теории юридических фактов является труд О. А. Красавчикова «Юридические факты в советском гражданском праве»⁴⁶, в котором была предложена новая классификация юридических фактов, а также впервые охарактеризовано понятие сложного юридического состава как совокупности юридических фактов, необходимой для наступления юридических последствий, предписанных нормой права⁴⁷. Последнее понятие имеет для нашего исследования особую важность, поскольку право удержания возникает при наличии нескольких юридических фактов.

⁴³ Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. – М.: Юридическая литература, 1961. – С. 242.

⁴⁴ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. – М.: Юридическая литература, 1974. – С. 285.

⁴⁵ Исаков В. Б. Юридические факты в советском праве. – М.: Юридическая литература, 1984. – С. 12.

⁴⁶ Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М.: Госюриздат, 1958. – 182 с. Кроме того, необходимо отметить ряд других работ по проблеме: Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. Саратов, 1980; Толстой Ю. К. Учение о юридических фактах в гражданском праве // Вестник ЛГУ. Серия экономики, философии, права. – 1961. – Вып. 1.

⁴⁷ Красавчиков О. А. Указ. соч. – С. 92, 110. Отмечается, что юридический состав следует отличать от группы юридических фактов по признаку наличия системной связи и взаимообусловленности элементов (Исаков В. Б. Указ. соч. – С. 23).

Рассмотрим, из каких фактов складывается сложный юридический состав, порождающий возникновение у субъекта права удержания. В литературе данный вопрос рассматривался по большей части в качестве второстепенного и единообразного подхода к ответу на него до сих пор не сложилось. Различными авторами называется от одной до пяти составляющих, лежащих в основе права удержания. Так, С. В. Сарбаш ограничивается лишь указанием, что «основанием удержания является долг, срок уплаты которого наступил... [оно] может возникнуть исключительно после нарушения обязательства»⁴⁸. В. А. Белов склонен видеть здесь два юридических факта: обладание предметом удержания и просрочку обязательства исполнением⁴⁹. В. А. Латынцев также придерживается двухэлементной структуры, однако дополняет, что вещь должна подлежать передаче должнику либо лицу, им указанному⁵⁰.

Представляется, что в данном составе можно выделить пять элементов: 1) существование основного денежного обязательства; 2) временное владение кредитора вещью должника; 3) неисправность должника; 4) наступление срока исполнения обязанности кредитора возвратить вещь собственнику; 5) отсутствие запрета на применения удержания.

Необходимость факта существования основного (обеспечиваемого) обязательства для возникновения исследуемого субъективного права обусловливается производным характером удержания как способа обеспечения исполнения обязательств⁵¹. Производность нередко ошибочно отождествляют с акцессорностью⁵² – во внимание не принимается тот факт, что удержание не формирует самостоятельного обязательства между ретентором и собственником, а, следовательно, не может обладать акцессорностью в смысле п. 3 ст. 329 ГК РФ. Внешний эффект производности действительно схож с

⁴⁸ Сарбаш С. В. Указ. соч. – С. 147.

⁴⁹ Белов В. А. Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств // Бизнес и банки. – 1997. – № 45 – 10-16 ноября.

⁵⁰ Латынцев А. В. Система способов обеспечения исполнения договорных обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – С. 85.

⁵¹ Гонгало Б. М. Гражданско-правовое обеспечение обязательств: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – Екатеринбург, 1998. – С. 36.

⁵² Сарбаш С. В. Указ. соч. – С. 147-148; Еремичев Н. Е. Способы обеспечения договорных обязательств: национально-правовое и международно-правовое регулирование: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – С. 159; Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 67, 95.

эффектом акцессорности. Недействительность обеспеченного обязательства с неизбежностью влечет прекращение права удержания на будущее, но о *недействительности* ранее осуществленного удержания вряд ли можно говорить по ряду причин. Действительность или недействительность характеризует правовые явления – сделки, обязательства. Удержание представляет осуществление субъективного права кредитора его собственными действиями в целях сохранения своего владения вещью должника после наступления срока ее возврата. Это явление *фактическое*. Юриспруденция не оперирует понятиями «недействительное владение», «недействительная передача», «недействительная постройка» – также относящимися к явлениям фактическим. Действительность или недействительность характеризуют юридическое существование определенных *правовых* явлений, юридических фактов, причем фактическое существование материальных носителей этих явлений (объективированного волеизъявления при сделке) не обязательно влечет их действительность – как признание юридического существования. В случае с фактическими явлениями, такими как владение, постройка, удержание деления на юридическое и фактическое их существование нет: существование явления для права сводится к фактическому, реальному существованию. С правовой точки зрения оценку такому явлению можно дать с позиции наличия его юридического основания или соответствия норме объективного права. Таким образом, удержание должно характеризоваться через категорию законности, а не действительности.

В случае признания недействительным обязательства, лежащего в основании удержания, право «бывшего кредитора» прекращается на будущее время. Ничтожность основного обязательства влечет *незаконность* удержания с самого начала. Обуславливается это отсутствием у «кредитора» по ничтожному обязательству субъективного права удержания. Недействительное обязательство, по аналогии с недействительной сделкой не влечет юридических последствий и недействительно с момента его возникновения, оно не существует для права – следовательно, не может являться правообразующим

юридическим фактом в составе, необходимом для возникновения права удержания.

Основное (обеспечиваемое) обязательство может носить исключительно денежный характер. Иными словами, удержанием невозможно обеспечить исполнение неденежных обязательств⁵³. Применительно к общегражданскому удержанию (абз. 1 п. 1 ст. 359 ГК РФ) такое ограничение следует напрямую из закона, указывающего на возможность применения этого обеспечительного средства к обязательствам *по оплате* вещи, возмещению связанных с ней *издержек* и других *убытков*. Ст. 15 ГК РФ, раскрывая категорию убытков через понятие расходов, с очевидностью относит обязательство по возмещению убытков к категории денежных. Дискуссия об обеспечении удержанием неденежных обязательств возможна только тогда, когда стороны правоотношения действуют как предприниматели (абз. 2 п. 1 ст. 359 ГК РФ).

Г. Б. Леоновой высказано мнение, общегражданское удержание способно обеспечивать только денежные, а предпринимательское – и иные обязательства. Такой вывод делается из того, что в первом случае удержание обеспечивает обязательство по оплате, а во втором – требования, не связанные с оплатой или возмещением издержек. Очевидно комментатор не вполне верно расставляет логические акценты, смещая их на слова «оплата» и «не связанные с оплатой». Законодатель же, по-видимому, разграничивал два вида удержания совсем по другому основанию – степени связанности требования с предметом удержания.

Положение абз. 2 п. 1 ст. 359 представляется необходимым толковать так, что удержанием могут обеспечиваться и иные [денежные] обязательства, стороны которого действуют как предприниматели; слово *иные* означает «не

⁵³ Л. А. Лунц определил денежное обязательство как «направленное на уплату денежных знаков, т.е. на предоставление материальных вещей, исполняющих в обороте функцию денег» (Лунц Л. А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. – М.: Статут, 1999. – С. 154). Дополняя это определение, Л. А. Новоселова отмечает, что «деньги используются в обязательстве в качестве средства погашения денежного долга, восстановления эквивалентности обмена... в судебной практике ... указывают на наличие в таком обязательстве цели погашения денежного долга» (Новоселова Л. А. Проценты по денежным обязательствам. – М.: Статут, 2000. – С. 25). В настоящее время категория денежного обязательства получила и легальное определение в Федеральном законе «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 г. №127-ФЗ как обязанность должника уплатить кредитору определенную денежную сумму по гражданско-правовой сделке и (или) иному предусмотренному ГК РФ основанию.

связанные с оплатой *этой* вещи»⁵⁴. Установление абз. 1 той же статьи относительно состава обеспечиваемых удержанием обязательств носит существенный, а не формальный характер, поскольку predetermined самой природой рассматриваемой обеспечительной меры. Стимулирующий эффект удержания принципиально может способствовать исполнению любого обязательства, однако вряд ли в связи с этим удержанию может быть приписано свойство универсальности. Урегулирование в законе компенсационного компонента удержания, позволяющего кредитору удовлетворить свои требования *из стоимости* удерживаемой вещи (то есть в денежной форме)⁵⁵, не оставляет сомнений в том, что получаемое таким образом суррогатное исполнение способно адекватно удовлетворить лишь денежное требование⁵⁶. Предоставляемое обеспечение и обеспечиваемое обязательство должны быть однородны, как отметил И. А. Покровский, «наиболее идеальным средством было бы такое, которое доставляло бы кредитору именно то, что составляет содержание обязательства»⁵⁷. Данный вывод нашел подтверждение и при анализе арбитражной практики, связанной с применением удержания: обеспечиваемое обязательство носит характер денежного долга как минимум в 85,7% случаев, а количество случаев, когда удержанием однозначно обеспечивается неденежное обязательство не превышает 2,1%⁵⁸ (Приложение 4).

Таким образом, действительное денежное обязательство является одним из элементов основания возникновения права удержания.

Наличие во временном владении у кредитора по обеспеченному обязательству вещи должника является второй предпосылкой возникновения пра-

⁵⁴ Леонова Г. Б. Применение права удержания в торговом обороте // Вестник МГУ. Серия 11. Право. – 2002. – № 1. – С. 71-72.

⁵⁵ В силу положений ст. 350 Гражданского кодекса РФ, предусматривающих обязательную продажу заложенного имущества с публичных торгов и удовлетворение требований кредитора за счет вырученной от продажи денежной суммы.

⁵⁶ Предпринятое диссертантом исследование судебной практики, охватившее свыше 120 постановлений всех десяти Федеральных арбитражных судов округов, не выявило ни одного случая обеспечения или даже попытки обеспечения удержанием неденежных обязательств, в том числе и в отношениях между предпринимателями.

⁵⁷ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. – С. 242.

⁵⁸ Данные приведены по материалам исследования автором выборки, включающей 140 споров, разрешенных арбитражными судами кассационной инстанции за период с января 1996 по ноябрь 2005 года. В 12,2% случаев не удалось достоверно выявить обязательство, обеспеченное посредством удержания.

ва удержания⁵⁹. В римском праве под владением понималось достаточно длительное, укрепившееся, обеспеченное от постороннего вмешательства физическое, реальное господство над вещью в единстве *corpus* и *animus*, то есть фактического господства, соединенного с намерением владеть⁶⁰. Без какой-либо существенной модификации такой подход к пониманию рассматриваемой категории распространяется рядом современных правоведов⁶¹ и на современную гражданско-правовую действительность. Однако нам представляется невозможным оставить без внимания тот факт, что «к началу XX века произошел окончательный переход от субъективной римской теории владения... к объективной, признающей достойными абсолютной защиты и держателей. [...] непризнание арендатора и т.п. лиц владельцами объясняется историческими особенностями развития римского права, не свойственными современным правовым системам»⁶². Потому мы принимаем предложенное А. Н. Латыевым определение владения как возможности непосредственно или через посредство обязательственного отношения с непосредственным владельцем осуществлять господство над вещью⁶³.

Из различных существующих классификаций владельческих ситуаций первостепенное значение имеет для нас деление на законное и незаконное. Законное (титульное) владение опирается на какое-либо правовое основание – юридический титул владения. Как справедливо указывает К. И. Скловский, титул владения вещью может возникнуть у третьего лица только по воле собственника или с его санкции⁶⁴. В том же смысле высказывается Е. А. Суханов, замечая, что в качестве титульных владельцев следует признавать «вре-

⁵⁹ Удержание может быть применено только к имуществу, фактически находящемуся у кредитора, то есть в его владении (См. Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 18 января 2001 г. № 4473/2000-13).

⁶⁰ Римское частное право / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. – М., 1948. – С. 169.

⁶¹ См. например: Южанин Н. В. Удержание как способ обеспечения исполнения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – Рязань. – 2001. – С. 115-117.

⁶² Латыев А. Н. Объем понятия владения в современном гражданском праве // Арбитражные споры. – 2005. – № 2. – С. 157.

⁶³ Латыев А. Н. Указ. соч. – С. 159.

⁶⁴ Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: Учеб.-практ. пособие. – М.: Дело, 2002. – С. 295. В другой работе автор также указывает, что «лицо, владеющее на основании законного волеизъявления собственника, – это законный владелец» (Скловский К. И. Некоторые проблемы владения в судебной практике // Вестник ВАС РФ. – 2002. – № 4. – С. 95).

менных владельцев имущества, обладающих им в силу договора с собственником»⁶⁵. Волеизъявление собственника, таким образом, представляет собой конститутивный признак законного владения.

Исходя из гипотезы нормы п. 1 ст. 359 ГК РФ, первоначальное владение как предпосылке права кредитора удержать чужое имущество в обеспечение исполнения обязательств владение быть непосредственным – потенциальный ретентор должен осуществлять фактическое господство над имуществом⁶⁶. Соответственно, субъективное право удержания конкретной вещи не возникает, если она находится у третьего лица, а не у кредитора по требующему обеспечения обязательству.

Следует согласиться с позицией, высказываемой абсолютным большинством авторов и получившей отражение в судебной практике⁶⁷, что кредитор вправе осуществить удержание лишь того имущества, владение которым он получил на законных основаниях. Причем судебная практика исходит не столько из вещно-правовой категории законного (то есть титульного, полученного от собственника) владения, сколько рассматривает «законность основания владения» как отсутствие противоправных действий со стороны кредитора, направленных на захват вещи. Признавая возможным удержание принадлежащего арендатору оборудования, оставшегося в арендованном помещении, Высший Арбитражный Суд тем самым исходит из того, что удержание может основываться не только на титульном владении, а на фактическом обладании имуществом должника. Очевидно, что арендодатель не имел никаких вещных или обязательственных прав, могущих обусловить титул владения на оборудование арендатора. Суду, однако, оказалось достаточным того, что оборудование оказалось во владении арендодателя по воле самого арендатора при отсутствии со стороны арендодателя каких-либо неправо-

⁶⁵ Суханов Е. А. Лекции о праве собственности. – М., 1991. – С. 225.

⁶⁶ Одного только нахождения имущества должника на территорию, принадлежащую кредитору, недостаточно для признания этого имущества находящимся во владении последнего. Так Федеральным арбитражным судом Северо-Кавказского округа совершенно правильно, на наш взгляд, не был признан надлежащим объектом удержания самолет, совершивший посадку для дозаправки на аэродроме кредитора, поскольку он «не является вещью, находящейся у ответчика» (Постановление от 2 марта 1999 г. № Ф08-207/99).

⁶⁷ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой», п. 14.

мерных действий⁶⁸. Заметим, что обязанность возвратить вещь, не исполняемая кредитором при удержании, здесь также присутствует: она обусловлена незаконностью владения и возможностью виндикации вещи по правилам ст. 301 ГК РФ⁶⁹. Данную правовую ситуацию вряд ли можно рассматривать как владельческую в классическом понимании, однако господство кредитора над вещью вполне соответствует принятому нами выше определению владения.

С учетом того, что удержание невозможно без наличной обязанности кредитора возвратить вещь должнику, нужно заметить, что первоначальный законный титул владения на момент начала удержания уже утрачен. Следовательно, имеет значение не наличность титула (наоборот, если кредитор сохраняет титул владения, значит срок возврата вещи еще не наступил, что исключает возможность удержания), а законность основания приобретения *первоначального* владения потенциальным ретентором.

В связи с этим можно отметить наличие проблемы, возникающей, если кредитор получил вещь в первоначальное владение по недействительной сделке. Возможно ли удержание такой вещи? Представляется, что вопреки имеющимся в судебной практике прецедентам⁷⁰, следует дать положительный ответ. Исполняя недействительную сделку в части передачи владения,

⁶⁸ В судебном акте по одному из дел Федеральный арбитражный суд Поволжского округа указал: «основанием поступления имущества во владение ответчика является оставление арендатором этого имущества в арендуемых помещениях после истечения срока аренды, и такое владение со стороны ответчика не может быть признано незаконным» (Постановление от 17 июня 2004 г. по делу № А72-6903/03-Н422). Аналогичное постановление в практике Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 30 августа 2004 г. № Ф08-3920/2004). В то же время Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа по аналогичному делу принял противоположное решение, указав на незаконность получения владения в отношении оборудования арендатора бывшим арендодателем путем «принудительного изъятия» данного оборудования в целях погашения долгов арендатора, что выразилось в составлении описи имущества и ограничении доступа к нему, *до истечения срока аренды* помещения. Квалифицировав данные действия как захват вещи должника помимо его воли, суд обоснованно не признал за кредитором наличия субъективного права удержания (Постановление от 16 сентября 2003 г. по делу № Ф04/4604-1356/А46-2003).

⁶⁹ Подробнее об обязанности возврата вещи незаконным ее владельцем собственнику см.: Пронина М. Г. Обеспечение исполнения норм гражданского права. – Минск: Наука и техника, 1974. – С. 138-140.

⁷⁰ Федеральным арбитражным судом Западно-Сибирского округа в постановлении по одному из дел было указано на невозможность удержания товара покупателем по ничтожному договору купли-продажи в обеспечение реституционного требования ввиду недоказанности им факта законного владения товаром (Постановление от 21 октября 2004 г. по делу № Ф04-7536/2004(5710-А81-9)). Необходимо однако отметить, что в чистом виде вопрос о законности владения, полученного по ничтожной сделке в данном деле не рассматривался, поскольку в силу преюдициального значения судебного акта по другому делу было установлен факт законного владения продавца спорным объектом. Федеральным арбитражным судом Северо-Кавказского округа подтверждена невозможность удержания имущества, попавшего к кредитору по ничтожной сделке (Постановление от 5 марта 2001 г. № Ф08-575/2001); отметим, что и здесь для отказа в признании удержания законным имелись другие, более весомые основания.

собственник исходит из ее действительности (иначе каковы основания такого исполнения?), а потому вещь переходит к потенциальному ретентору по воле собственника, которая на момент передачи не имеет каких-либо дефектов. Именно такую позицию принял Высший Арбитражный Суд при рассмотрении споров по истребованию имущества от добросовестного приобретателя, неоднократно констатируя, что передача вещи во исполнение недействительной сделки не может рассматриваться как ее выбытие из владения собственника помимо его воли⁷¹. Действительно, волеизъявление собственника на передачу владения однозначно имеет место, а заблуждение в отношении действительности сделки-основания не имеет в данной ситуации юридического значения. Удержание имущества, полученного кредитором по недействительной сделке, тем более заслуживает защиты, исходя из предложенного Высшим Арбитражным Судом широкого подхода к определению законности оснований владения: ведь вряд ли рассматриваемая ситуация принципиально отличается от удержания оборудования, оставленного должником в помещении арендодателя.

Первоначальное владение является зависимым, производным от владения собственника, поскольку удержанию может быть подвергнута только чужая вещь⁷². Более того, основанием удержания может стать лишь временное производное владение. Характеристика временности указывает на наличие обязанности ретентора в будущем вернуть вещь собственнику или третьему лицу по указанию собственника. Определяющим здесь является наличие стимулирующего компонента права удержания, реализация которого заключается в лишении собственника владения путем неисполнения кредитором-ретентором обязанности вернуть вещь. Следовательно, если у кредитора отсутствует такая обязанность, удержание как способ обеспечения не может быть применено. Если допустить обратное, то будет отсутствовать

⁷¹ п. 19 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 апреля 1997 г. № 13 «Обзор практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»; п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 апреля 1998 г. № 33 «Обзор практики разрешения споров по сделкам, связанным с размещением и обращением акций».

⁷² Возможность удержания собственной вещи решительно отвергается в литературе (С. В. Сарбаш, Л. Н. Якушина, Н. В. Южанин и др.).

воздействие на должника с целью побудить его исполнить обязательство, а само право удержания вследствие этого окажется редуцированным до права обращения взыскания на «удерживаемое» имущество. Поэтому лицо, постоянно владеющее чужим имуществом, например, на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, не может обеспечить исполнение обязательств собственника удержанием этого имущества.

Таким образом, в основание удержания может быть положено лишь такое первоначальное владение, которое получено кредитором по воле собственника вещи, характеризуется непосредственностью, производностью, временностью и законностью приобретения при отсутствии неправомерных действий кредитора по захвату вещи.

Неисправность должника есть юридический факт, заключающийся в 1) наступлении срока исполнения по основному денежному обязательству; 2) полном или частичном неисполнении должником лежащей на нем обязанности, а равно ненадлежащем (ненадлежащему лицу, ненадлежащим средством платежа, в ненадлежащем месте и пр.) ее исполнении. Правоприменительная практика также исходит из незаконности применения удержания до момента возникновения долга⁷³.

Четвертый юридический факт, наступление срока исполнения кредитором обязанности возвратить вещь собственнику-должнику или по его указанию третьему лицу, строго говоря, не носит правообразующего значения. Субъективное право удержания может возникнуть и до момента, когда потенциальный ретентор становится обязан возвратить вещь, однако *реализовано* право удержания может быть только после наступления срока передачи вещи.

⁷³ Например, Федеральным арбитражным судом Поволжского округа указано, на невозможность удержания, поскольку у лица не возникло обязанности по оплате вознаграждения по агентскому договору (Постановление от 21 июня 2001 г. № А12-7765/00-С22); по другому делу тем же судом удержание признано неправомерным, поскольку «ответчик не представил доказательств наступления срока исполнения обязательств истцом» (Постановление от 4 марта 2003 г. № А72-4561/02-А223). В судебной практике доля случаев, когда удержание признается незаконным по мотиву отсутствия обязательства, в том числе, когда не наступил срок обязательства, превышает 30 % (Приложение 3).

До этого момента кредитор, как правило, имеет титул владения, основанный на сделке с собственником. Распорядившись владением (а часто и пользованием) вещью в пользу кредитора по основному обязательству, должник своей волей отказывается на определенный срок от непосредственного использования заключенной в вещи экономической ценности и осуществления фактического господства над ней. До истечения этого срока, при условии получения встречного предоставления за пользование вещью, собственник не имеет интереса в возврате переданных правомочий владения и пользования. Следовательно, обеспечительный эффект удержания, заключающийся в принудительном лишении собственника владения и пользования, при его реализации в этот период был бы сведен на нет. Например, один предприниматель арендует у другого автомобиль на год. Если в середине этого срока в рамках отдельных правоотношений арендодатель станет должником арендатора, удерживать автомобиль в обеспечение этого обязательства до истечения срока аренды малоэффективно. Должник-арендодатель не заинтересован в досрочном прекращении аренды и получении автомобиля, а потому никакого стимулирующего воздействия «удержание» на его волю не произведет.

Кроме того, нам представляется невозможным удержание вещи, срок передачи которой собственнику не наступил и по другой причине. Очевидно, что у одного лица в определенный момент времени существует только один титул для владения и пользования вещью: нельзя одновременно быть и хранителем, и арендатором машины, обладателем сервитута на право проезда через участок и арендатором необходимой для проезда части участка. Так и право удержания не может накладываться на уже или еще существующий титул законного владельца имущества – права аренды, хранения и другие.

Как нами будет показано далее, право удержания представляет собой специфическое основание для владения. Обеспечивая ретентору материально-правовую экцепцию по иску собственника, то есть давая пассивную юридическую защиту владения ретентора от собственника, законодатель в

обеспечительных целях присваивает элементы правового режима законного владения ситуации, где таковое отсутствует. Имеет место использование юридической фикции. Таким образом, применение удержания до срока исполнения обязанности возратить вещь предполагает одностороннее изменение кредитором характера владения с законного на беститульное, защищаемое посредством юридической фикции. Данный факт повлечет прекращение первоначального правового титула кредитора на вещь, основанного на обязательстве. Так, в приведенном выше примере применение удержания арендатором автомобиля до окончания срока аренды будет означать изменение арендатором-арендатором основания владения с права аренды на право удержания. Очевидно, такой односторонний акт будет представлять собой односторонний отказ от обязательства, обосновывающего владение, по общему правилу недопустимый в соответствии со ст. 310 ГК РФ.

Последний элемент фактического состава – отсутствие запрета на удержание имущества. На необходимость выделения данного фактосостояния, оказывающего значительное влияние на правообразование, справедливо указывается Г. Б. Леоновой⁷⁴. Действительно, в силу п. 3 ст. 359 ГК РФ стороны могут своим соглашением, самостоятельным или инкорпорированным в текст основного договора, исключить или изменить правовой режим удержания, определенный в п. 1-2 той же статьи. Таким образом, применение права удержания может быть исключено полностью, в отношении конкретных обязательств или вещей⁷⁵. Условием возникновения субъективного права удержания будет являться отсутствие соглашения, исключающего применение удержания конкретной вещи в обеспечение конкретного обязательства⁷⁶. В связи с этим нельзя признать верным утверждение некото-

⁷⁴ Леонова Г. Б. Указ. соч. – С. 72.

⁷⁵ Право удержания может быть определенным образом ограничено в договоре. Так, в одном из дел Федерального арбитражного суда Поволжского округа оценен в качестве действительного договор, содержащий условие об ограничении права удержания кредитора 250 тоннами груза из почти 2000 тонн (Постановление от 18 января 2001 г. по делу № 4473/2000-13). По другому делу тот же суд рассматривал договорное ограничение права удержания «части нефтепродуктов, эквивалентной по стоимости задолженности по оплате услуг» (Постановление от 10 октября 2000 г. № А55-6198/00-33).

⁷⁶ В постановлении по одному из дел Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа указал, что «удержание имущества произведено с целью обеспечения исполнения обязательства законно, поскольку

рых авторов, что удержание применимо, только если такая возможность прямо предусмотрена договором или законом применительно к конкретному типу договоров⁷⁷. Общедозволительный характер нормы об удержании при этом необоснованно игнорируется.

Указанные юридические факты являются общими для всех случаев удержания имущества. Кроме того, поскольку закон выделяет в самостоятельную категорию предпринимательское удержание, отграничивая от общегражданского и сообщая ему некоторые особенности правового режима, следует указать на дополнительный (факультативный) юридический факт – состояние, могущий иметь место в рассматриваемом юридическом составе. Речь идет о том случае, когда стороны основного обязательства действуют как предприниматели.

Данное положение ст. 359 ГК РФ следует толковать с учетом понятия предпринимательской деятельности, как оно определено в п. 1 ст. 2 ГК РФ – самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Представляется, что при оценке предпринимательского характера действий субъекта правоотношения необходимо в первую очередь руководствоваться наличием или отсутствием существенных признаков – самостоятельности деятельности, ее направленности на систематическое получение прибыли и наличия риска, а не формальным признаком наличия или отсутствия государственной регистрации⁷⁸. Во-первых, предприниматель вполне может являться субъектом отношений, не являющихся предпринимательскими: гражданин – индивидуаль-

в договоре (об обслуживании пластиковых карт – А. Т.) отсутствует ссылка об исключении права на удержание вещи в порядке ст. 359 ГК РФ» (Постановление от 9 марта 2000 г. по делу № Ф04/615-59/А70-99).

⁷⁷ Анохин В. С., Завидов Б. Д., Сергеев В. И. Защита договорных обязательств. – М.: Инфра-М, 1998. – С. 41-43. В частности, указывается, что «если в договоре аренды части здания стороны не зафиксировали возможности удержания имущества с виновной стороны, то такое удержание производить нельзя, ибо в самих арендных правоотношениях удержание имущества не предусмотрено (Указ. соч. – С. 42).

⁷⁸ Следует однако согласиться с выработанным правоприменительной практикой требованием наличия государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя для распространения на него режима предпринимательского удержания (Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 22 февраля 1999 г. № Ф08-254/99).

ный предприниматель как физическое лицо во множестве гражданских правоотношений выступает в качестве потребителя, коммерческое юридическое лицо, обладая универсальной правоспособностью, может быть стороной обязательств, осуществление которых не связано для него с получением прибыли. Во-вторых, с другой стороны, некоммерческие юридические лица (например, учреждения) в ограниченном ряде случаев могут осуществлять предпринимательскую деятельность и выступать при этом потенциальными субъектами предпринимательского права удержания.

Применительно к институту удержания юридическое значение будет иметь предпринимательский характер деятельности обоих контрагентов по основному (обеспечиваемому) обязательству. Последствием юридической квалификации обязательства в качестве предпринимательского для обеих его сторон является расширение круга объектов, которые могут быть удержаны в качестве обеспечения его исполнения. Если по общему правилу удержанию подлежит вещь, связанная с основным обязательством (оплачиваемая вещь или породившая у кредитора издержки или другие убытки) то в отношениях между предпринимателями допустимо удержание любых принадлежащих должнику вещей, хотя бы и не связанных с обеспечиваемым обязательством (п. 2 ст. 359 ГК РФ).

Недостаточная проработанность теории правоотношения применительно к рассматриваемому обеспечительному институту порождает иногда ошибочное смешение понятий «основание права удержания» и «основание удержания». В результате субъективное право становится в изложении некоторых авторов неотделимо от его реализации. К примеру, Л. Н. Якушина указывает, что право удержания «...возникает непосредственно из закона при наличии юридических фактов, указанных в нем, и, конечно же, *волеизъявления кредитора* (выделено нами – А.Т.)»⁷⁹. Однако волеизъявление кредитора является значимым элементом реализации этого субъективного права, оставаясь юридически иррелевантным фактом на стадии возникновения права.

⁷⁹ Якушина Л. Н. указ. соч. – С. 68.

«Основание права удержания» – это юридические факты, юридический состав, в совокупности порождающий у кредитора по обязательству субъективное право удержания. Основанием же удержания как неисполнения юридической обязанности передать (возвратить) вещь должнику или указанному им лицу является само субъективное право удержания.

Фактический состав порождает субъективное право лишь тогда, когда в действительности для конкретного субъекта совпадут все юридические факты, предусмотренные законом. Это, однако, не значит, что отдельные составляющие такого состава не влекут сами по себе никаких правовых последствий. В работе «Правоотношение по советскому гражданскому праву» О. С. Иоффе изложил и развил подход немецкого правоведа Зекеля к рассмотрению динамического процесса наступления сложного фактического состава. Центральным звеном предложенной теории является утверждение, что «уже при наступлении некоторых или хотя бы даже одного из фактов, являющихся элементами юридического основания права, могут наступить известные, хотя и незавершенные, правовые последствия. ... в то время как полный фактический состав обуславливает возникновение прав и обязанностей, наступившая его часть создает лишь возможность для их возникновения»⁸⁰.

Состояние правовой связанности, возникающее при наступлении части фактического состава предлагается именовать правовой возможностью или прообразом права. Такое состояние очевидно отличается как от общей правоспособности, так как, во-первых, является возможностью конкретного, а не любого, как правоспособность, лица и, во-вторых, «создает для лица... возможность приобретения не всякого, а лишь такого права, юридическим основанием которого данный состав является»⁸¹. Следовательно, правовая воз-

⁸⁰ Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / В кн. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2000. – С. 630. В качестве примера приводится процесс заключения договора: «Сама по себе оферта не порождает договорных отношений, но как один из элементов предусмотренного договором юридического основания их возникновения оферта обуславливает возможность установления этих отношений. Тот, кому адресована оферта, еще не приобретает конкретных прав и обязанностей, но он может их приобрести, если он акцептирует оферту».

⁸¹ Иоффе О. С. Указ. соч. – С. 631.

возможность – явление конкретное, а не абстрактное. Указывается даже, что «прообраз права нужно определять так же, как и субъективное (конкретное) частное право, содержание которого состоит во власти установить конкретное правоотношение, путем односторонней правовой сделки»⁸². Вместе с тем, правовая возможность отлична и от субъективного права. Специфические правомочия лица, возникающие при возникновении прообраза права, в определенном смысле носят вспомогательный характер: цель их осуществления – не удовлетворение экономического интереса управомоченного, а создание самостоятельного, отдельного права, могущего удовлетворить такой интерес. Прообраз права также не содержит еще и составляющих – правомочий – характерных для субъективного права.

Представляется, что динамика возникновения конкретного права удержания под воздействием перечисленных выше юридических фактов вполне укладывается в предложенную схему: правоспособность – правовая возможность – субъективное право.

Общей предпосылкой возникновения субъективного права удержания является тот факт, что такая возможность предусмотрена в гражданском законодательстве. Следовательно, с того момента, когда вступила в силу часть первая ГК РФ, правоспособность всех лиц, подчиняющихся российскому правопорядку, пополнилась еще одной абстрактной возможностью – при наступлении ряда юридических фактов приобрести юридически обеспеченное субъективное право удержания⁸³. Иными словами, как элемент правоспособности «право» удержания есть абстрактная способность субъекта гражданского права в предусмотренных законом случаях обеспечивать исполнение обязательств любых своих контрагентов путем удержания принадлежащего им имущества. Такая способность в равной степени присуща всем субъектам

⁸² Там же. – С. 630.

⁸³ Даже гипотетическая возможность применения удержания обладает определенным стимулирующим воздействием на должника, если принадлежащее ему имущество находится в период существования обязательства у кредитора, ведь «уже само установление юридических прав и обязанностей имеет стимулирующее значение, так как формирует побудительные мотивы к активному поведению» (Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М.: Юридическая литература, 1966. – С. 64-66).

права в силу признания их таковыми государством и потому не связывает между собой отдельных лиц. Способность к обеспечительному удержанию является производной от способности быть стороной конкретного денежного обязательства – кредитором.

Отдельная стадия развития правомочий ретентора – переходная от абстрактной способности иметь право удержания к конкретной, юридически обеспеченной мере дозволенного поведения – прообраз субъективного права удержания. Здесь уже возникают определенные предпосылки возникновения данного права, создавая состояние юридической связанности между конкретными субъектами. Прообраз права удержания порождается тремя юридическими фактами: во-первых, наличием между лицами обязательственного правоотношения, которое может быть обеспечено удержанием, во-вторых, наличием вещи должника в законном владении кредитора и, в-третьих, отсутствием договорного запрета на применение удержания. Необходимость выделения этой стадии в самостоятельную определяется тем, что совпадение указанных юридических фактов, с одной стороны, конкретизирует способность приобрести право удержания до совершенно определенных субъектов, что отличает прообраз права от правоспособности, а с другой – не создает еще у кредитора позитивного правомочия удержать вещь в обеспечение исполнения обязательства.

Завершающая стадия развития правомочий кредитора как субъекта удержания – собственно субъективное право удержания. Возникает оно в момент неисполнения должником денежного обязательства при условии наличия во владении кредитора имущества должника, либо в момент получения такого имущества, если просрочка была допущена ранее.

В связи с исследованием момента возникновения права обеспечительного удержания представляется важным рассмотреть вопрос о необходимости уведомления должника. Наличие письменного или устного уведомления о начале удержания безусловно имеет значение для его эффективности как обеспечительной меры, однако не имеет того правообразующего значения,

какое ему приписывается Л. Н. Якушиной: «со дня уведомления ... осуществляются действия по удержанию, возникают права и обязанности сторон, начинают исчисляться сроки исковой давности ... у кредитора возникает новое право – удерживать вещь»⁸⁴. Закон никак не связывает возникновение права удержания (по определению осуществляемого кредитором самостоятельно, своей волей) с фактом уведомления второй стороны правоотношения. Следовательно, этот факт не входит в исследуемый юридический состав.

Неосведомленность должника о причинах неисполнения его контрагентом обязанности возратить вещь оказывает влияние на обеспечительную эффективность принятой односторонней меры только в той части, в какой она направлена на понуждение должника к самостоятельному надлежащему исполнению. Так, например, кредитор может уведомить должника об удержании его вещи по истечении десяти дней с момента наступления срока ее возврата⁸⁵. В течение этих десяти дней кредитор удерживает вещь, что дозволено законом, однако стимулирующего воздействия на волю должника при этом не оказывается, поскольку неблагоприятные последствия в виде лишения владения собственной вещью не обусловлены еще в сознании должника неисполнением обязательства. В особенности такая зависимость может быть не очевидна при торговом удержании, когда удержанием обеспечивается требование, не связанное с оплатой вещи или возмещением издержек на нее и других убытков.

Вместе с тем необходимо отметить, что при позднем получении соответствующего уведомления обеспечительная эффективность «восстанавливается» практически до того же уровня, как если бы уведомление было сделано в первый день применения удержания. Это объясняется тем, что в сознании должника происходит «привязка» лишения владения на определенный срок (частично уже истекший, но продолжающийся) к допущенному нарушению. Неблагоприятные последствия, возникающие в имущественной сфере долж-

⁸⁴ Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 71.

⁸⁵ Наличие всех иных юридических фактов, достаточных для возникновения субъективного права удержания, мы в этом примере презюмируем.

ника с необходимостью обуславливаются его собственной неисправностью. Продолжительность срока лишения владения будет равной в обоих случаях, независимо от того, когда о применении удержания уведомлен должник. Равнозначность понесенных неисправным должником неблагоприятных последствий приведет, по нашему мнению, к равному обеспечительному эффекту, производимому удержанием, независимо от удаленности друг от друга во времени момента неисполнения обязанности возвратить вещь и момента уведомления собственника о начале удержания. Таким образом, добросовестный кредитор, как лицо, в первую очередь заинтересованное в добровольном исполнении обязательства должником, должен стремиться к наиболее раннему уведомлению его о факте обеспечительного удержания, хоть закон и не устанавливает никаких неблагоприятных последствий на случай обратного.

§ 3. Субъективное право удержания как система

Традиционно в теории права субъективное право рассматривается как явление, обладающее присущей только ему богатой внутренней структурой. Изучение системы элементов как понятия субъективного права – теоретической абстракции – так и элементов конкретных субъективных гражданских прав и существующих между этими элементами взаимосвязей представляется необходимым проводить с точки зрения системно-структурного подхода. Именно такой подход способен «моделировать целостности, а не сводить целое к механической сумме бесконечно умножающихся частных»⁸⁶. Рассмотрение объекта как системы означает рассмотрение его только в определенном отношении, в котором объект выступает как система. В таком качестве объект выступает лишь относительно своей цели, той, которую он способен реализовать, достигнуть. Цель как бы вычленяет, очерчивает в объекте систему, поскольку в последнюю входит из объекта только то, что определяет свойства, необходимые для достижения цели⁸⁷.

Сказанное вполне справедливо и в качестве исходных посылок для рассмотрения субъективного права как системы, в том числе и структурного анализа этой системы. Определить объект как систему – значит выделить то отношение, в котором он выступает как система. А следовательно, обозначить цель существования исследуемого объекта – «то, чего система должна достигнуть на основе своего функционирования»⁸⁸. Таким образом, чтобы охарактеризовать субъективное право в качестве системы необходимо:

- 1) установить цель субъективного права;
- 2) определить состав⁸⁹ субъективного права;
- 3) выявить структуру субъективного права.

⁸⁶ Каган М. С. О системном подходе к системному подходу // Философские науки. – 1973. – № 6. – С. 40.

⁸⁷ Протасов В. Н. Что и как регулирует право: Учеб. пособие – М.: Юристъ, 1995. – С. 14.

⁸⁸ Там же. – С. 18.

⁸⁹ Под составом нами понимается необходимая и достаточная совокупность элементов системы, взятая вне ее структуры.

В современной цивилистической доктрине доминирующей теорией относительно целевой направленности субъективного права следует признать теорию интереса, восходящую к работам Рудольфа Иеринга. Согласно этой теории интерес образует субстанцию субъективного права и является его сущностным моментом. Среди сторонников теории интереса следует в первую очередь назвать А. В. Венедиктова⁹⁰, О. С. Иоффе⁹¹, Ю. К. Толстого⁹², Е. А. Крашенинникова⁹³, Е. Я. Мотовиловкера⁹⁴, А. Я. Курбатова⁹⁵. Учитывая содержание статьи 2 ГК РФ, устанавливающей, что граждане и юридические лица осуществляют свои гражданские права в своем интересе, следует признать приверженность рассматриваемой теории и законодателя.

Как справедливо отмечает Е. Я. Мотовиловкер, «любое субъективное право представляет собой ... право лица на удовлетворение своего интереса, осуществляемого определенным поведением обязанного или управомоченного. ... смысл, содержательность, целевая направленность поведенческого акта, осуществляющего субъективное право, однозначно обуславливается определенностью интереса управомоченного»⁹⁶.

Какой интерес ретентора удовлетворяется при осуществлении права на обеспечительное удержание? При удержании в собственном смысле слова (дефензивное удержание) интерес кредитора выражается в стимулировании должника к исполнению обязательства, обособлении удерживаемой вещи от иного имущества должника для целей возможного обращения взыскания и обеспечении ее сохранности как реального обеспечения требований – то есть само по себе удержание, его юридическая и фактическая защищенность, имеют для кредитора-ретентора экономический интерес.

⁹⁰ Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. – М., 1948. – С. 38.

⁹¹ Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2000. – С. 555-556.

⁹² Толстой Ю. К. К теории правоотношения. – Л., 1959. – С. 45.

⁹³ См., например: Крашенинников Е. А. Интерес и субъективное гражданское право // Правоведение. – 2000. – № 3. – С. 138-140.

⁹⁴ Мотовиловкер Е. Я. Интерес как сущностный момент субъективного права (цивилистический аспект) // Правоведение. – 2003. – № 4 – С. 52-62.

⁹⁵ Курбатов А. Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2001.

⁹⁶ Мотовиловкер Е. Я. Указ. соч. – С. 52.

Обращение взыскания на удерживаемую вещь (продажа с целью удовлетворения требований кредитора – «экзакуция вещи» (М. М. Агарков)) по правилам, установленным для заложенного имущества являет иную ситуацию. Очевидно, что само по себе отчуждение вещи должника обычно должно быть безынтересно для кредитора, продажа – лишь способ «ликвидации» имущества, обращения его в денежную форму. Интерес кредитора при этом заключается в том, чтобы выручить максимально возможную сумму от реализации удерживаемого и, следовательно, получить максимальное удовлетворение своих требований к должнику по обеспеченному обязательству. Является ли данный интерес в чем-то отличным от интереса, составляющего цель осуществления права из обеспеченного обязательства? Нам представляется, что данные интересы весьма сходны. Как сторона денежного обязательства, кредитор приобретает право требования к должнику, интерес в осуществлении которого заключается для него в получении всей суммы долга или возможного максимума при неисправности должника. Если исключить удержание из правоотношений сторон, взыскание по судебному решению будет наложено на все имущество должника, а не на какие-то конкретные его составляющие. Существенная разница между рассматриваемыми случаями принудительного осуществления (судебной защиты) денежного обязательственного права лишь в имуществе, за счет которого требование удовлетворяется: конкретное при экзакуции удерживаемой вещи или абстрактное «все имущество» должника, если исполнение обязательства удержанием не обеспечено.

Может быть, пытаясь возразить на высказанный тезис, можно сказать, что самостоятельный интерес ретентора при реализации второго подправомочия права удержания состоит не просто в получении должного по обязательству, но из стоимости *конкретной вещи*? Однако обратим внимание, в результате чего некое имущество должника настолько обособилось, что предстает реальным обеспечением исполнения конкретного обязательства. Такое обособление стало возможным, когда кредитор отказался исполнить

обязанность по возврату вещи собственнику-должнику. А это есть момент осуществления субъективного права удержания – удержания в собственном смысле. Следовательно, само по себе владение удерживаемой вещью уже обособляет ее с конкретной целью – служить имущественной гарантией на случай отказа должника от исполнения обязательства, обеспечивая это обязательство в пределах стоимости конкретного предмета удержания.

Таким образом, исполнительная составляющая права удержания есть квалифицированная (конкретизированная по имуществу должника) форма осуществления судебной защиты обеспеченного удержанием обязательственного субъективного права. Интерес ретентора произведен от его же интереса как кредитора по денежному обязательству, хотя и модифицирован фактом правонарушения (просрочки) со стороны должника, и заключается в принудительном получении должного по обязательству.

Определив, что субъективное право выступает как система элементов если все они направлены на удовлетворение единого интереса, обратимся к ближайшему рассмотрению самих этих элементов. Дробными частями субъективного права являются правомочия⁹⁷, соотносящиеся с правом как часть и целое. При этом субъективное право понимается не столько как правовое образование с определенным количеством составных частей (то есть не как сумма правомочий), сколько как единство равнозначных возможностей⁹⁸.

Различными учеными выделяется от двух⁹⁹ до четырех структурных элементов субъективного права, при этом всеми признается тот факт, что обязательными правомочиями любого субъективного права является право на собственные действия и право на чужие действия: «абсолютные и относительные субъективные гражданские права с необходимостью включают в себя два правомочия: возможность совершения определенных действий самим управомоченным и возможность управомоченного требовать определенного

⁹⁷ Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. – М.: Юридическая литература, 1961. – С. 228.

⁹⁸ Власова А. В. Структура субъективного гражданского права. – Ярославль, 1998. – С. 65.

⁹⁹ Субъективное право не может включать в себя менее двух правомочий. Данный тезис опирается на посылку о том, что правоотношение, как общественное отношение всегда существует между людьми и не может заключаться в прямом отношении субъекта и вещи.

поведения от обязанного лица»¹⁰⁰ Также и Е. Я. Мотовиловкер приходит к выводу, что «любое субъективное право есть право некоторого лица на определенное поведение – свое, например, право заказчика в любое время до сдачи результата работы отказаться от исполнения договора..., или чужое, например, право покупателя на передачу вещи продавцом»¹⁰¹.

А. В. Поляков дополняет общепринятую характеристику первого правомочия возможностью не действовать определенным образом¹⁰². Следует согласиться с таким уточнением, поскольку, во-первых, субъективное право может представлять собой возможность управомоченного воздержаться от активных действий когда такие действия общеобязательны, и, во-вторых, воздержание от осуществления права есть составляющая любого субъективного права как диспозитивной модели поведения. В. И. Леушин подразделяет правомочие совершить собственные действия по характеру последних на фактические и юридические¹⁰³. Действительно, такое деление возможно провести, особенно в сфере регулирования гражданского права, для которого деление на действия фактические и юридические является традиционным и практически значимым. Вместе с тем целесообразно, по-видимому, дополнить эту точку зрения, подразделив по тому же основанию и действия обязанного лица, совершения которых вправе потребовать управомоченный. В противном случае будут признаны однопорядковыми категориями «право на собственные фактические действия» и право требования, тогда как последнее может включать действия как фактического, так и юридического характера.

Третье правомочие, целесообразность выделения которого в структуре субъективного права носит наиболее дискуссионный характер в общеправовой теории и цивилистике – правопритязание, или право на защиту. В правовой доктрине советского периода понимание субъективного права как един-

¹⁰⁰ Власова А. В. Указ. соч. – С. 71. То же: Крашенинников Е. А. Содержание относительных субъективных прав // Проблемы повышения качества и эффективности правовой деятельности. – Омск, 1990. – С. 36-38.

¹⁰¹ Мотовиловкер Е. Я. Интерес как сущностный момент субъективного права (цивилистический аспект) // Правоведение. – 2003. – № 4. – С. 52.

¹⁰² Поляков А. В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. – СПб.: Издательский дом С.-Петербургского государственного университета, 2004. – С. 776.

¹⁰³ Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов. Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Первалова. – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1998. – С. 342.

ства трех элементов, включая притязание, практически не находило альтернативы¹⁰⁴. Среди сторонников данной позиции достаточно назвать В. П. Грибанова, М. М. Агаркова, С. Н. Братуся, В. В. Витрянского, Н. И. Матузова. Существо данного подхода как нельзя более четко сформулировал М. М. Агарков: «Каждое гражданское право включает правомочие на его осуществление помимо и против воли другой стороны, то есть в принудительном порядке. ... Правомочие осуществить гражданское право в отношении определенного лица помимо и против воли последнего ... называется правом на иск в смысле гражданского права или правом на иск в материальном смысле [...]. Право на иск в материальном смысле является составной частью того или иного гражданского права: права собственности, права требования из займа и т.д.»¹⁰⁵

Исключение притязания из числа структурных правомочий субъективного права напрямую связано с разработкой концепции разделения гражданских правоотношений (и составляющих их содержание субъективных прав) на регулятивные и охранительные. Такой подход был впервые предложен в работах С. В. Курьлева, В. Ф. Яковлева и П. Ф. Елисейкина, а значительное развитие получил уже в последние два десятилетия в основном благодаря ярославской цивилистической школе¹⁰⁶. В соответствии с предложенным видением, право на защиту есть самостоятельное субъективное охранительное гражданское право, производное от регулятивного гражданского права, возникающее в силу факта нарушения или оспаривания последнего и существующее в системе, образуемой дихотомией регулятивные – охранительные

¹⁰⁴ Грибанов В. П. Право на защиту как одно из правомочий субъективного гражданского права // Вестник МГУ. Серия XII. Право. – 1968. – № 3. – С. 23.

¹⁰⁵ Гражданское право / Под ред. М. М. Агаркова и Д. М. Генкина. Том 1. – М., 1944. – С.109.

¹⁰⁶ Крашенинников Е. А. Право на защиту / Методологические вопросы теории правоотношений – Ярославль, 1986; он же. К теории права на иск. – Ярославль, 1995; Бутнев В. В. Понятие субъективного права / Философские проблемы субъективного права. – Ярославль, 1990; Власова А. В. Структура субъективного гражданского права. – Ярославль, 1998.

гражданские права. Реализация такого права осуществляется в рамках особого, охранительного гражданского правоотношения¹⁰⁷.

Сторонниками обозначенной концепции были выдвинуты следующие, весьма убедительные, доводы против включения притязания в состав субъективного права:

1) Если постулируемый правовой теорией тезис о том, что позитивная обязанность является точным коррелятом субъективного права, его «отражением», и объем обязанного поведения равен объему поведения управомоченного верен, то верно и то, что каждому правомочию субъективного права должен коррелировать элемент в структуре позитивной обязанности. Следовательно, притязание управомоченного должно находить соответствующий ему элемент обязанности в течение всего периода существования субъективного права. Но в этом случае придется признать, что, например, обязанность незаконного владельца выдать вещь ее собственнику существует уже в момент возникновения самого права собственности – то есть до того, как вещь выбыла из обладания собственника. Поскольку данный вывод очевидно ложен, нам остается либо поставить под сомнение предшествующую цепь рассуждений, либо вслед за сторонниками теории охранительных субъективных прав признать, что право на защиту представляет собой самостоятельное право, но не правомочие. Второй вариант решения логического конфликта представляется более целесообразным, поскольку он не обрушивает, в отличие от первого, всю теорию правоотношения, дозволяя существование правомочий, которым не коррелирует обязанность.

2) Второй довод апеллирует к практической применимости трехзвенной структуры субъективного права. Цивилистическая теория и гражданское законодательство однозначно связывают начало течения исковой давности с моментом правонарушения¹⁰⁸. При этом, очевидно, следует признать, что

¹⁰⁷ Елисейкин П. Ф. О понятии и месте охранительных отношений в механизме правового регулирования / Юридические гарантии применения права и режим социалистической законности в СССР. – Ярославль, 1975. – Вып. 1. – С. 5-10.

¹⁰⁸ Как отмечает Б. Б. Черепахин, «для возникновения права на иск необходим, как правило, факт нарушения субъективного гражданского права. ...Право на иск имеет своей целью защиту против уже состоявшегося

право на иск порождается правонарушением и до того момента существовать вроде бы не должно. Но концепция трехэлементного субъективного права утверждает, что право на защиту присуще любому субъективному праву изначально, и возникает в ту же секунду, что и право в целом. Тогда, презюмируя, что исковая давность есть срок защиты права, а ее истечение является пресекательным для притязания¹⁰⁹, закону следовало бы изменить подход к определению исковой давности и исчислять ее уже с момента возникновения субъективного права. Представляется, что такой подход противоречит сути принудительной защиты права как реакции на его нарушение и никак не может согласоваться с существующим правопорядком.

3) Включение притязания в структуру субъективного права предполагает, например, что виндикационное и негаторное притязание являются правомочиями права собственности. Однако из этого следует, что структура абсолютного права, каковым является право собственности, включает относительные элементы, каковыми без сомнения являются указанные выше притязания: ведь они обязывают конкретное лицо к совершению определенного положительного действия. Но структура субъективного права должна быть однородной и не может включать одновременно абсолютные и относительные правомочия¹¹⁰. По-видимому, правильный вывод делает из данной ситуации Б. Б. Черепахин: «С момента нарушения права собственности... между потерпевшим собственником и нарушителем его права создается столь же конкретная правовая связь, характеризующаяся определенностью обоих субъектов правоотношения [...] Абсолютное субъективное право *выделяет*

нарушения права» (Черепахин Б. Б. Исковая давность в новом советском гражданском законодательстве / В кн. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2002. – С. 51).

¹⁰⁹ «Исковая давность погашает право на иск» Черепахин Б. Б. Исковая давность в новом советском гражданском законодательстве / В кн. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут. – 2002. – С. 56.

¹¹⁰ «Системность субъективного права позволяет думать, что речь идет о различных субъективных правах, когда входящие в их состав возможности (1) имеют различное юридическое качество (одни – абсолютные, другие – относительные) ... либо (4) возникают, изменяются и прекращаются по различным основаниям» (Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: Учебник. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – С. 541-542). Как видим, в приведенном случае с правом собственности и правом на защиту права собственности имеют место сразу два критерия, по наличию которых возможно судить о дифференциации данных прав. Различно не только их «юридическое качество» абсолютности и относительности, но и основания возникновения. Право собственности возникает по основаниям, перечисленным в гл. 14 ГК РФ, а право на его защиту порождается фактом правонарушения. Очевидно, что возникновение права собственности при этом предшествует возникновению права на его защиту.

из себя относительные правомочия, характеризующиеся определенностью также и субъекта обязанности»¹¹¹.

Мы исходим из того, что притязание (право на защиту) является охранительным гражданским правом и не входит в структуру регулятивного гражданского права в качестве правомочия. При этом констатируются существенные различия между гражданским правоотношением в нормальном, не нарушенном состоянии и охранительным правоотношением, возникающим вследствие гражданского правонарушения. Как следствие, различно содержание этих правоотношений – права и обязанности их субъектов.

Наконец, четвертое правомочие, выделяемое в составе субъективного права – возможность пользоваться на основе данного права определенным социальным благом или право-пользование. Впервые выдвинувший данный тезис Д. Д. Grimm отмечал: «Возможность пользования... образует ... один из элементов содержания субъективного права. Потому-то и стремятся к установлению таких правоотношений, в которых субъективное право дает возможность пользоваться тем или иным благом»¹¹².

В качестве примера особой значимости «правомочия пользования социальным благом» приводится право собственности. Социальное благо здесь овеществляется, выступая объектом права, а возможность пользования предстает фактическим использованием полезных свойств вещи. Но в чем тогда разница между использованием и правом на собственное поведение? Ведь пользование традиционно рассматривается в качестве реализации правомочия лица на свои действия. Так, А. В. Власова вполне резонно отмечает, что «В правоотношениях пассивного типа, элементом которых является абсолютное субъективное право, ярко проявляется *правомочие на собственные*

¹¹¹ Черепяхин Б. Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву / В кн. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2002. – С. 69.

¹¹² Grimm Д. Д. Лекции по догме римского права. – СПб, 1907. – С. 115. Развивая данную точку зрения Н. И. Матузов называет право-пользование материальным элементом структуры субъективного права, который «как бы скрепляет три формальных элемента и придает субъективному праву социальное звучание и значение» (Матузов Н. И. О праве в объективном и субъективном смысле: гносеологический аспект // Правоведение. – 1999. – № 4. – С. 138-139)

действия (курсив наш – А. Т.) обладателя права»¹¹³, аналогичную позицию занимает В. А. Белов, указывая, что абсолютные субъективные права (безусловно, включая право собственности) «удовлетворяют интерес управомоченного субъекта главным образом посредством предоставления ему возможности совершения собственных активных действий, воздействующих на их (т.е. прав) объект»¹¹⁴. Таким образом, мы полагаем, что имеются основания считать, что содержание «правомочия пользования социальным благом» вполне охватывается содержанием правомочия на собственные действия субъекта права. Следует согласиться с мнением А. В. Полякова о том, что выделение его «излишне, как излишне, например, вводить возможность пользоваться на основе данного права самим правом»¹¹⁵.

В связи с определением правомочий как структурных элементов субъективного права становится очевидной еще одна теоретическая проблема, в основном терминологического плана. Дело в том, что наряду с абстрактными правомочиями в рамках уже конкретных субъективных прав выделяют некоторые возможности, также составляющие структурные элементы права, но не совпадающие с правомочиями по объему. Наиболее ярко это противоречие проявляется при рассмотрении права собственности, традиционно определяемого через триаду правомочий¹¹⁶ – владение, пользование и распоряжение: соотношение этих категорий с правомочиями на собственные и чужие действия, правом на защиту исследователями не прослеживается.

Сходное смешение категорий допускает Н. И. Матузов: «Правомочия – дробные части субъективного права: у разных прав их больше или меньше. Например, у права собственности – три, у некоторых социальных и политических прав – пять-семь. Они неодинаковы по своему характеру, содержанию, значению. Разумеется, субъективное право может состоять и из одного

¹¹³ Власова А. В. Указ. соч. – С. 85.

¹¹⁴ Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: Учебник. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – С. 543.

¹¹⁵ Поляков А. В. Указ. соч. – С. 776.

¹¹⁶ Подробнее о триаде правомочий собственника см.: Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: Учебно-практическое пособие. – М.: Дело, 2002. – С. 118-131. Автор отмечает, в частности, точку зрения А. М. Оноре, насчитывающего даже одиннадцать таких правомочий (Там же. – С. 126).

правомочия – тогда они совпадают»¹¹⁷. Каким образом данный подход к структуре субъективных прав соотносится с четырьмя выделяемыми им же правомочиями, автор не поясняет.

Представляется правильным решение указанной проблемы, предложенное В. А. Беловым. По его мнению, «при характеристике содержания какого-либо конкретного субъективного права ... нужно раскрыть содержание самих правомочий, т.е. описать возможность совершения (требования) каких именно собственных (чужих) действий входит в содержание соответствующего субъективного права. ... *действия, составляющие содержание субъективных прав следует называть субправомочиями*»¹¹⁸. Аналогичная точка зрения высказывалась Е. А. Крашенинниковым¹¹⁹. Действительно, содержание конкретного субъективного права может включать в себя несколько возможностей собственных действий управомоченного и возможность требовать от обязанного лица совершения ряда действий. Все эти возможности могут быть умещены в два абстрактных правомочия – на свои и чужие действия – и потому «подчинены» общим структурным элементам субъективного права, потому являются субправомочиями.

Определив элементы, образующие внутреннюю систему субъективного гражданского права, нам следует выявить и структурные связи, возникающие между ними. Только при наличии определенной структуры субъективное право может выступать вовне как система и, следовательно, только тогда будет способно удовлетворить интерес правообладателя – достичь цели своего существования.

Отстаивая тезис о двухзвенном строении права, В. А. Белов, в частности, указывает: «можно говорить только о различной расстановке акцентов в различных субъективных правах на различные правомочия, но никак не о возможности исчерпания субъективного права только одним правомочием.

¹¹⁷ Матузов Н. И. О праве в объективном и субъективном смысле: гносеологический аспект // Правоведение. – 1999. – № 4. – С. 141 – 142.

¹¹⁸ Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: Учебник. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – С. 541.

¹¹⁹ Крашенинников Е. А. Структура субъективного права / Построение правового государства: вопросы теории и практики. – Ярославль, 1990. – С. 4. То же. См.: Тархов В. А. Гражданское правоотношение. – Уфа, 1993. – С. 37.

Так, «центром тяжести» права собственности является возможность собственника совершать собственные действия в отношении принадлежащей ему вещи ... но утверждать, что в составе права собственности отсутствует правомочие требования было бы ошибочным... Точно так же основное значение в обязательственном праве покупателя потребовать передачи вещи имеет правомочие требования чужого действия. Но наряду с ним покупателю принадлежит правомочие принять вещь... т.е. правомочие на собственные действия»¹²⁰. Именно в этом соотношении объемов правомочий осуществления собственных и требования чужих действий видится нам структура субъективного права.

Нельзя не отметить в этой связи и то, что субъективное право есть «сфера свободы или сфера власти»¹²¹ – а ведь это и есть искомые два (не больше и не меньше) правомочия: свобода – возможность собственного поведения управомоченного, власть – возможность требовать определенного поведения от другого лица.

Поскольку все гражданские права обладают различным содержанием, наполняющим категории их правомочий, структура каждого субъективного права уникальна и предопределяется абстрактной моделью, закрепленной в законе. Добавление законодателем той или иной правовой возможности к уже существующему праву, или изъятие такой возможности (то есть ограничение права) может в корне изменить соотношение правомочий в конкретном правоотношении. Изменение структуры субъективного права формирует новое субъективное право, а потому, структура есть идентифицирующий признак конкретного субъективного права, позволяющий разграничивать различные субъективные права в правоприменительной деятельности.

Теперь, определившись с исходными тезисами теории субъективных гражданских прав, рассмотрим, во-первых, состав и содержание элементов

¹²⁰ Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: Учебник. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – С. 540.

¹²¹ Хвостов В. М. Общая теория права. Элементарный очерк. – М., 1911. – С. 129.

субъективного права удержания и, во-вторых, охарактеризуем структуру последнего исходя из рассмотренной выше концепции.

Правомочие на собственное поведение ретентора. Как отмечает Б. М. Гонгало, «возможность удерживать имущество должника представляет собой субъективное право кредитора удерживать вещь, подлежащую передаче должнику либо лицу, им уполномоченному»¹²². Рассмотрим, в чем проявляется такая возможность.

Центральным элементом права удержания является возможность не исполнить в срок обязанность по передаче находящейся во владении кредитора вещи должнику или третьему лицу по указанию должника. Такое правомочие представляет собой изъятие из общеобязательного правила ст. 309 ГК РФ, устанавливающего принцип надлежащего исполнения обязательств и направлено на сохранение материального предмета обеспечения во власти кредитора – в его владении.

Как уже отмечалось при рассмотрении условий его возникновения, субъективное право удержания всегда основывается на законном владении, полученном будущим ретентором по воле собственника. Однако вопрос о природе владения кредитора *при осуществлении* права удержания является остро дискуссионным: различными авторами выдвигаются прямо противоположные тезисы о законности и незаконности такого владения.

Сторонники законности владения ретентора апеллируют к тому, что удержание как способ обеспечения обязательства предусмотрено законом, а потому направленные на него действия не могут быть противоправными. Так, Л. Н. Якушина указывает, что «именно законом предусматривается право кредитора удерживать вещь, поэтому *данное действие* (курсив мой – А.Т.) нельзя рассматривать как незаконное, напротив, здесь нет никакого противоречия закону»¹²³. А. В. Латынцев также однозначно утверждает: «Изначально нельзя признать незаконным право, предусмотренное законом», добавляя к

¹²² Гонгало Б. М. Гражданско-правовое обеспечение обязательств: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – Екатеринбург, 1998. – С. 12.

¹²³ Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 65.

тому и попытку функционального обоснования законности владения ретентора: «действия по удержанию ... являются адекватной защитой интересов кредитора, и уже посему их нельзя признать *необоснованными и нелогичными*»¹²⁴.

Аналогичную позицию, хотя и сглаженную допущением условности характеристики владения при удержании в качестве законного или незаконного, занял С. В. Сарбаш. В пользу законности владения при удержании он выдвигает два тезиса. Во-первых, когда «закон сам санкционирует владение, то есть имеются основания для удержания, говорить о незаконности этого *действия* (курсив наш – А.Т.) вряд ли возможно». Во-вторых, «право удержания представляет собой одностороннюю сделку. Между тем хорошо известно, что сделки суть правомерные *действия*»¹²⁵.

Приведенная мотивировка всех троих авторов характеризуется тем, что понятия «законное действие» и «законное владение» фактически отождествляются. Как следствие, пытаясь доказать законность владения ретентора, исследователи приводят доводы законности его действий, что не свидетельствует в пользу доказываемого тезиса. Совершенно очевидно, что эти понятия обладают принципиально различным содержанием и значением. Синонимом первого, «законное действие», является «правомерное поведение», характеризующееся простым соответствием норме объективного права. Определение осуществления права удержания в качестве правомерного поведения абсолютно правильно и вполне обосновывается приведенными выше доводами авторов. Другое дело – законное владение. Лексическим его эквивалентом является термин «титულიное владение» – и здесь одного только соответствия закону недостаточно: ключевым признаком является получение такого владения от собственника или управомоченного им лица¹²⁶. В этой связи не

¹²⁴ Латынцев А. В. Система способов обеспечения исполнения договорных обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – С. 93.

¹²⁵ Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 2003. – С. 148.

¹²⁶ К. И. Скловский отмечает, что «любое владение, полученное иначе как по воле собственника, не может дать обладателю частного права на вещь» (Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. – М.: Дело, 2002. – С. 294).

вполне понятна и попытка А. В. Латынцева доказать законность владения ретентора «обоснованностью и логичностью» его действий.

Представляется, что тезис о законности владения удерживаемой вещью более убедительно можно попытаться доказать иным образом. Законность первоначального владения кредитора очевидна: как мы уже показывали, право удержания может возникнуть исключительно на основании владения, полученного по воле собственника. Нормы о праве удержания презюмируют наличие между сторонами обеспечиваемого обязательства, еще одного обязательственного правоотношения, объектом которого является вещь или действия по ее передаче. Данное правоотношение и является основанием первоначального владельческого титула кредитора. Рассуждая далее, достаточно отказаться от тезиса, что утрата первоначального титула владения и осуществление права удержания принципиально изменяет основание владения объектом удержания. В доказательственных целях нам следует допустить, что владение ретентора «наследует» волеизъявление собственника от предыдущего обязательственного титула кредитора, производно от него. Ведь разумный должник, передавая вещь во владение своему кредитору, должен предполагать¹²⁷ возможность ее будущего удержания при наступлении ряда условий и согласен с такой возможностью. А. Н. Латыев формулирует это в качестве общего правила: «Единожды приобретенное, владение сохраняет все свои вещно-правовые свойства, в том числе и его законность, в течение всего времени своего существования»¹²⁸ «законность, как вещно-правовое качество владения, должна определяться исключительно по моменту приобретения... Характеристика владения может быть изменена только наступлением вещно-правового юридического факта – передачи вещи»¹²⁹. Таким образом, мы находим логическое обоснование проявления воли собственника на возникновение владения ретентора.

¹²⁷ Исходя из того, что возможность обеспечительного удержания предусмотрена законом.

¹²⁸ Латыев А. Н. Указ. соч. – С. 162.

¹²⁹ Латыев А. Н. Вещные права в гражданском праве: понятие и особенности правового режима: Автореф. Дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2004. – С. 6-7

Теоретическое обоснование законности владения ретентора вполне может быть построено. Но рассматривает ли его таковым законодатель? Анализ нормативного материала и теоретических исследований показывает, что владение ретентора не порождает правовых последствий, которые ГК РФ обычно связывает с законным владением, в частности, с его защитой. Так, в доктрине сложилось доминирующее мнение, к защите права удержания не применимы виндикационный и негаторный иски, предоставленные ст. 305 ГК РФ всем законным владельцам¹³⁰. Невозможность виндикации удерживавшегося ранее имущества обосновывается тем, что право удержания прекращается с выбытием имущества из владения ретентора¹³¹. При этом необходимо учитывать, что у лица, удерживавшего вещь, а потом утратившего ее, истек срок первоначального владения ею (наступил срок возврата вещи – то есть утрачен титул владения) и то, что удержание не предоставляет самостоятельного титула на вещь ввиду отсутствия волеизъявления на то собственника. Утрата правового основания не позволяет более характеризовать владение ретентора в качестве законного. Из этого мы делаем вывод о том, что после утраты вещи бывшего ретентора нельзя рассматривать как владельца, ведь существовавшая первоначально правовая связь его с вещью прекращена. Следовательно, и положения статьи 305 ГК РФ о защите всякого законного владения не могут быть применены.

Выбытие вещи из владения кредитора, в том числе даже неправомерное ее изъятие, влечет безусловное прекращение права удержания, не порождая у бывшего ретентора каких-либо дополнительных требований к наруши-

¹³⁰ «...хотя владение ретентора и является законным, однако не подпадает под общее правило о защите прав законных владельцев» (Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 66). Сарбаш С. В. Указ. соч. – С. 204-205; Еремичев Н. Е. Способы обеспечения договорных обязательств: национально-правовое и международно-правовое регулирование: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – С. 147; Латынцев А. В. Система способов обеспечения исполнения договорных обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – С. 81-82; Южанин Н. В. Указ. соч. – С. 105.

¹³¹ Данная точка зрения поддерживается абсолютным большинством исследователей (В. В. Витрянский, С. В. Сарбаш, К. И. Скловский, Н. В. Южанин, Л. Н. Якушина) и находит обоснованное отражение в судебной практике. Так Федеральным арбитражным судом Западно-Сибирского округа было признано невозможным удержание подрядчиком объекта незавершенного строительства после подписания акта приема-передачи объекта заказчику: «поскольку сторонами подписывались акты приемки выполненных работ, истец утратил право на удержание результата работ по договору подряда» (Постановление от 12 января 2004 г. по делу № Ф04/77-1205/А75-2003). Противоположное мнение, впрочем, без какой-либо аргументации, высказано Н. Е. Еремичевым (Еремичев Н. Е. Указ. соч. – С. 161)

телю¹³². Возможность активной защиты нарушенного права удержания путем виндикации или самостоятельного обязательственного требования законом не предусмотрена. Только в отдельных случаях возможно смоделировать ситуацию, когда к правонарушителю возможно предъявление требования о возмещении убытков (но не о возврате предмета удержания!), например, если в результате его действий исчезло единственное имущество должника и исполнение обязательства в общем порядке оказалось невозможным.

Основная форма защиты ретенционного правомочия выражается в негативной форме эксцепции¹³³ по иску собственника. Именно такая, личная защита предоставлялась *jus retentionis* в римском праве: «в случае предъявления к нему [кредитору – А.Т.] иска о выдаче вещи, право защищаться против него в оправдание его действий по удержанию чужой вещи возражением – *doli*, каковым возражением он и мог достигнуть признания со стороны суда удержания им чужой вещи правомерным»¹³⁴.

При этом под эксцепцией (возражением) понимаются «объяснения ответчика, направленные на опровержение исковых требований на основании юридических фактов, приведенных ответчиком»¹³⁵, «мотивированное определенными фактами и доказательствами отрицание искового требования»¹³⁶, «иск, противоположный иску истца, порождающий особое право ответчика, коллидирующее с правом истца, служащим основанием иска»¹³⁷. Возражение, основанное на материальном праве и направленное на опровержение материального требования истца, именуется материальным. Заметим, что воз-

¹³² ФАС Северо-Кавказского округа в постановлении от 5 марта 2001 г. по делу № Ф08-575/2001 признал невозможность применения удержания ввиду отсутствия его предмета у кредитора: во время судебного разбирательства имущество было изъято судебными приставами и передано собственнику-должнику.

¹³³ В литературе указывается, что уже в римском праве «обоснованная претензия добросовестного владельца на компенсацию необходимых расходов, произведенных на спорную вещь (*impensae* – в современном отечественном праве данный вид расходов предусмотрен абз. 2 ст. 303 ГК РФ – А.Т.) защищалась посредством *exsertio doli*: если истец виндцировал вещь, не возместив предварительно ответчику такие расходы, он проигрывал дело» (Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В. С. Нерсесянца. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: НОРМА, 2003. – С. 393)

¹³⁴ Анненков К. Самоуправство и самооборона, как средства защиты гражданских прав // Журнал гражданского и уголовного права. – 1893. – книга 3. – С.42.

¹³⁵ Советское гражданское процессуальное право / Под ред. М. А. Гурвича. – М., 1957. – С. 179.

¹³⁶ Добровольский А. А. Исковая форма защиты права (основные вопросы учения об иске). – М.: Издательство Московского университета, 1965. – С. 39.

¹³⁷ Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима: Лекции. – М.: Типография А. И. Мамонтова и Ко, 1883. – С. 371-374.

возможность сослаться на экцепцию при удержании – это лишь возможность отреагировать на притязание собственника или третьего лица, самостоятельной активной защиты она не предоставляет.

Получив в виде экцепции пассивную юрисдикционную защиту своего права против собственника или любого лица, основывающего свои притязания на полученном от собственника титуле, ретентор, казалось бы, остается беззащитным при выбытии вещи из его владения. Следует согласиться с мнением Л. Н. Якушиной, что нормативным основанием тому является п. 2 ст. 359 ГК РФ, устанавливающий, что кредитор может удерживать *находящуюся у него* вещь: право ретентора обусловлено наличием у него вещи должника¹³⁸. А значит, и сегодня правомочия ретентора не простираются дальше, чем удерживаемая вещь находится у него. Основанное на факте нахождения предмета удержания у кредитора по обеспеченному обязательству и всецело зависящее от этого факта, удержание прекращается выбытием этого предмета от ретентора. Если кредитор потерял вещь – то утрачивает и предоставляемое ему обеспечение¹³⁹.

Действительно, если закон не предоставляет кредитору права требовать принудительной передачи ему имущества должника в удержание для обеспечения обязательства, но связывает возникновение рассматриваемого субъективного права исключительно с наличным владением, то откуда такое правомочие может возникнуть у кредитора уже осуществляющего право удержания, но по небрежности или неосмотрительности утратившего владение? Требование о возврате удерживавшейся, но утраченной вещи принципиально не отличается от аналогичного требования об установлении первоначального владения для целей удержания, а потому, как мы установили выше, не вполне основано на законе.

¹³⁸ Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 66.

¹³⁹ В судебной практике все же имеется одно дело, когда бывшему ретентору удалось истребовать ранее удерживавшееся им имущество для продолжения обеспечительного удержания. Арбитражный суд кассационной инстанции отметил, что действия судебных приставов по изъятию удерживаемого судна из владения кредитора в связи с обращением взыскания на него по иску третьего лица нарушают гражданские права и охраняемые законом интересы кредитора на удержание судна и на преимущественное удовлетворение своих требований (Постановление ФАС Дальневосточного округа от 1 ноября 2005 г. по делу № Ф03-А51/05-1/3046).

Причины такого законодательного решения видятся нам и в особенностях становления данного института. Исторически применение обеспечительного удержания тяготеет к ситуации фактической, а не юридической; выработанной бытом¹⁴⁰ и лишь потом так или иначе урегулированной правом¹⁴¹. Первоначально кредитор обеспечивал свое требование к должнику в том объеме, в котором был способен захватить и впоследствии удержать имущество последнего¹⁴². Со временем произвол и самоуправство кредитора были значительно ограничены, но принципиально картина не поменялась. Удержание санкционировано законом, но сохраняет элемент изначальной внутренней противоправности: ведь оно является неисполнением законного требования собственника о возврате принадлежащей ему вещи.

Акцент в реализации права на защиту ретенционного владения (суть – самого права удержания) перемещается из области правовой в область фактическую – собственных неюрисдикционных действий и возможностей ретентора по сохранению удерживаемого имущества в своем обладании. Отмечается, что он вправе «осуществлять действия, направленные на физическую сохранность владения вещью от перехода его к должнику. [...] в данной ситуации он обладает всеми правомочиями собственника по защите своего обладания вещью, вплоть до применения физической силы, в рамках, однако, необходимой обороны»¹⁴³. Однако нам представляется, что более значимым защитным механизмом здесь является самозащита права, основываемая на

¹⁴⁰ Вот как описывает становление одной из форм торгового удержания Н. Депп: «Часто бывает, что покупатель известных товаров ... оставляет их до известного срока у продавца, не платя ему за них еще денег; товары эти в таком случае служат как бы залогом на случай, если бы покупатель в срок не заплатил своего долга. ... Эта операция в торговом мире стала так обыкновенна, что даже непродавцы, напр. Банкиры, стали ею заниматься. ... в законах это особое отношение вовсе не затронуто» (Депп Н. О торговых судах // Журнал гражданского и торгового права. – 1871. – Кн. 1. – С. 12-13).

¹⁴¹ Это третья из описанных С. И. Аскназием форм создания и развития социально-правовых явлений и роли в них права: «сложившиеся конкретные отношения первоначально лишены правового характера, который они могут получить лишь в дальнейшем» (Аскназий С. И. Основные вопросы теории социалистического гражданского права // Вестник Ленинградского университета. – 1947. – № 12. – С. 97).

¹⁴² С. В. Пахман отмечает, что «в видах обеспечения обязательств в некоторых местностях обычай допускает также отобрание вещей у должника или у третьего лица, если, напр., для последнего произведены были кредитором какие-либо издержки, за которые должен отвечать должник. ... эти средства выходят мало-помалу из употребления, так что нередки случаи, когда ... они признаются действиями неправильными» (Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. – М.: Зерцало, 2003. – С. 86-87).

¹⁴³ Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 2003. – С. 162.

общей норме ст. 14 ГК РФ. Самозащита может заключаться в установлении охраны имущества от посягательств как собственника, так и любых третьих лиц, прекращении свободного доступа к удерживаемому имуществу – установке забора, дверей в помещении, сигнализации, привлечении специализированных охранных организаций¹⁴⁴ и т.п. Безусловно должны соблюдаться установленные требования к осуществлению самозащиты: соразмерность нарушению и его последствиям.

Возможность заявления ретентором негаторного иска и вовсе представляется теоретическим построением, лишенным практической значимости, поскольку этот иск в первую очередь направлен на защиту таких правомочий собственника (иного законного владельца) как пользование и распоряжение, а ретентор ни тем, ни другим не обладает. Самостоятельная владельческая защита в отечественном гражданском законодательстве отсутствует, а потому юридическая защита права удержания ограничивается правом на эксцепцию по иску об истребовании вещи от ретентора. Ввиду отсутствия возможности активной юридической защиты – единственной ценности, которую может доставить лицу квалификация его владения в качестве законного – вывод о законности владения ретентора становится практически бессмысленным.

Обосновывая незаконность владения ретентора, А. А. Рубанов ссылается на непропорциональность действий кредитора при удержании. По логике автора, «кредитор, во владении которого находится вещь, обязан передать ее другому лицу. Поскольку он не совершает передачи, он нарушает свою обязанность и его владение становится незаконным»¹⁴⁵. Нетрудно заметить в данном рассуждении ту же ошибку – подмену понятия незаконного владения незаконными действиями. Хотя А. А. Рубанов стремится доказать прямо про-

¹⁴⁴ В связи с этим возникает вопрос о возможности передачи удерживаемой вещи другому лицу под охрану. По нашему мнению, следует дать положительный ответ на этот вопрос, поскольку охрана имущества представляет собой оказание услуг и потому не связана с передачей владения ретентором. Владение как фактическое господство ретентора над удерживаемой вещью составляет основное содержание правомочий на собственное поведение правообладателя.

¹⁴⁵ Гражданский кодекс РФ. Часть первая. Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т. Е. Абова, А. Ю. Кабалкин, В. П. Мозолин. – М.: БЕК, 1996. – С. 565.

тивоположный тезис, вряд ли он продвигается на этом пути дальше вышеназванных авторов. Дело в том, что исходит он из ложной посылки о незаконности действий ретентора, но в силу того, что поведение субъекта удержания полностью соответствует объективному праву, его никак нельзя назвать незаконным. Поскольку концепция А. А. Рубанова построена именно на презумпции неправомерности поведения ретентора, предложенное им доказательство незаконности владения ретентора нельзя признать удовлетворительным.

Более убедительной, теоретически обоснованной и практически значимой представляется нам позиция К. И. Скловского и Н. В. Южанина¹⁴⁶, также полагающих незаконным владение, осуществляемое в ходе удержания. Довода приводится два, уже упоминавшиеся нами как контраргументы против концепции законности владения ретентора. Во-первых, «если кредитор удерживает вещь вопреки воле собственника (должника) и без всякой его санкции, мы лишены права считать такое владение законным... несмотря на то, что удержание законом разрешено»¹⁴⁷. Во-вторых, «когда вещь выбывает из владения (держания) кредитора, в том числе и попадает к третьим лицам, он не имеет виндикационного иска ... [однако] законный владелец всегда имеет виндикационный иск, в том числе и против собственника вещи (ст. 305 ГК РФ). Значит, по этому главному признаку субъект удержания не может быть отнесен к числу законных владельцев»¹⁴⁸. Следует обратить внимание на одно ключевое теоретическое положение, определяющее такой подход к квалификации владения при удержании и разделяемое нами: если владеющее

¹⁴⁶ Н. В. Южанин, в целом придерживаясь сути рассуждений К. И. Скловского, пытается в ряде моментов пойти дальше него и ставит под сомнение возможность рассматривать нахождение вещи у кредитора владением: «нельзя говорить об удержании как о владении в смысле наличия *corpus* и *animus*. *Animus* (*animus possidendi* – намерение или воля владеть вещью для себя) отсутствует» (Южанин Н. В. Указ. соч. – С. 116). В то же время римский концепт держания как владения для другого вряд ли применим в современной правовой системе России, поскольку ГК РФ не дифференцирует владельческих ситуаций и не признает за ними различных правовых последствий.

¹⁴⁷ Скловский К. И. Указ. соч. – С. 295. Так же. См.: Южанин Н. В. Указ. соч. – С. 102.

¹⁴⁸ Там же. – С. 295-296.

на основании законного волеизъявления собственника лицо утрачивает основание своего владения, законное владение трансформируется в незаконное¹⁴⁹.

Можно предложить еще один вариант решения проблемы, являющийся, впрочем, лишь модификацией концепции незаконности владения ретентора, но в некоторой части примиряющей ее с противоположной точкой зрения. Дело в том, что «концепция незаконности» не вполне способна объяснить хотя и ограниченную, пассивную, но все же действенную правовую защиту субъекта удержания от притязаний собственника или третьих лиц. К. И. Скловский предлагает искать «основание защиты детентора от притязаний на вещь ... в личном, относительном праве», поскольку виндикационный иск собственника вообще невозможен, «пока не исчерпана личная (относительная) связь сторон», а личный иск вытесняет вещный¹⁵⁰. Однако это рассуждение, в целом верное, все же не объясняет оснований защищенности владения кредитора, требование которого зачастую никак не связано с удерживаемой вещью: существующие между сторонами две относительные правовые связи (по поводу вещи и по поводу долга) никак не обуславливают одна другую.

Решение рассматриваемой проблемы видится нам в признании того, что законодатель закрепляет фикцию законности владения за незаконным по существу владением субъекта удержания. Юридическая фикция – прием мышления, допускаемый или прямо предписываемый правовой нормой и состоящий в признании известного несуществующего факта существующим или, наоборот, существующего обстоятельства несуществующим¹⁵¹. Ж.-Л. Бержель указывает, что «вымысел состоит в том, чтобы подчинить какую-то социальную реальность власти ума, погружая эту реальность в рамки

¹⁴⁹ Скловский К. И. Некоторые проблемы владения в судебной практике // Вестник ВАС РФ. – 2002. – № 4. – С. 96. Противоположная точка зрения о неизменности качеств единожды приобретенного владения высказана в уже цитированном нами сочинении А. Н. Латыева.

¹⁵⁰ Скловский К. И. Указ. соч. – С. 296.

¹⁵¹ Мейер Д. И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях. – Казань, 1854. – С. 10. Аналогичное определение – «прием, употребляемый в объективном праве и в юриспруденции и состоящий в признании существующим несуществующего и наоборот» – дает Г. Ф. Дормидонтов (Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Юридические фикции и презумпции. Ч.1 – Казань: Типо-лит. Имп. ун-та, 1895. – С.109).

относительно искусственного концепта. Это сознательное искажение действительности, предназначенное для того, чтобы произвести полезные результаты. Свободно изменяя реальную картину вещей, вымыслы приводят к подчинению общественной жизни желаемым предписаниям»¹⁵².

Не будучи в силах изменить правовой режим владения ретентора с незаконного, как полученного помимо воли собственника, на законное, законодатель в то же время признает его интерес в получении реального обеспечения своего обязательственного требования заслуживающим защиты. Предоставление защиты правомочиям субъекта удержания невозможно без частичного распространения на него правового режима законного владения, который предполагает возможность заявления возражений на иск любого лица об истребовании имущества. Посчитав такую, «отрицательную» защиту ретентора достаточной, и возложив на него самого всю полноту заботы о фактическом сохранении владения предметом удержания, законодатель «признал существующим несуществующий факт» законности владения ретентора. Пожалуй, более ничем, кроме такого одностороннего, императивного веления публичной власти, невозможно объяснить предоставление правовой защиты незаконному владению при осуществлении кредитором права удержания.

Следует указать на одно важное следствие признания обеспечительного владения кредитора беститульным. Если владение не является законным, то и права на вещь у ретентора не возникает – у него есть лишь право не выдавать вещь должнику, основанное на безупречной обязательственной связи между ними и из нее вытекающее. Именно этому и только этому относительному правомочию предоставляется публичная защита. Какие-либо вещные правомочия или способы защиты ретентору недоступны.

Ретентор лишен возможности пользоваться удерживаемым имуществом. Такой вывод можно сделать и применяя к ретенционным отношениям по аналогии ст. 346 ГК РФ, предусматривающей, что залогодержатель вправе

¹⁵² Бергель Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В. И. Даниленко. – М.:NOTA BENE, 2000. – С. 521.

пользоваться переданным ему предметом залога лишь в случаях, предусмотренных договором.

Пользование, в том числе и на основании самостоятельного договора не может сочетаться с применением удержания, как на то указывается отдельными авторами¹⁵³. Представляется, что в силу «непредвидимости» удержания сторонами, соглашение о пользовании кредитором вещью не может быть заключено до начала осуществления права удержания. Заключенное после указанного момента, такое соглашение следует рассматривать в отрыве от удержания, квалифицируя, по-видимому, в качестве договора ссуды. При чем стороны заключением данного соглашения создадут самостоятельное юридическое основание для владения кредитором по денежному обязательству. Как следствие обязанность по возврату вещи собственнику прекратится, что вообще исключит возможность удержания этой вещи: ведь как мы показали выше, невозможно удержание имущества, срок передачи которого собственнику не наступил.

В качестве как права, так и обязанности ретентора указывается в литературе на его возможность «совершать фактические действия по обеспечению сохранности предмета удержания»¹⁵⁴. Б. Д. Завидов возлагает на субъекта удержания не только обязанность хранить вещь, но и бремя расходов по ее содержанию¹⁵⁵. По-видимому, такое смешение управомочивающей и обязывающей модели вызвано тем, что ретентор имеет двойкой интерес к обеспечению сохранности вещи. Во-первых, потому что она служит обеспечением его требований к должнику, а ухудшение состояния вещи снизит уровень обеспеченности. Во-вторых, потому что в случае ухудшения вещи по вине ретентора последний будет ответственен перед собственником по правилам о

¹⁵³ Завидов Б. Д. Удержание – как один из способов обеспечения обязательств // Юрист. – 1998. – № 11/12. – С. 28; Белов В. Н. Финансовые договоры. – М.: Финансы и статистика, 1997. – С. 121. В. Н. Беловым предлагается интересная, но не вполне согласующаяся с законодательством конструкция обеспечения, когда «предмет удержания по договоренности сторон передан вещеполучателю (ретентору – А.Т), чтобы, эксплуатируя его, в срок по частям погасить долг».

¹⁵⁴ Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 104.

¹⁵⁵ Завидов Б. Д. Указ. соч. – С. 28.

деликтах. Таким образом, в сохранности вещи заинтересованы обе стороны ретенционного отношения.

Л. Н. Якушиной высказано мнение, что в состав правомочий ретентора помимо владения входит и право на распоряжение предметом удержания. При этом распоряжение понимается как «право на взыскание» суммы обеспеченной задолженности в объеме и порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом¹⁵⁶.

Право распоряжения вещью – это возможность собственника по своему усмотрению совершать действия, определяющие юридическую судьбу вещи, и включающая в себя право уничтожения вещи¹⁵⁷. Однако можно ли рассматривать обеспеченную для кредитора законом возможность получить удовлетворение из стоимости удерживаемого имущества как возможность распоряжаться этим имуществом? Очевидно, нет.

Как видно из приведенного определения, оно присуще только собственнику, распоряжение *чужой* вещью всегда сводится к действиям в интересах собственника по специально выданному им (прямо, как доверительному управляющему, или подразумеваемо, в силу закона, как в случае с правом хозяйственного ведения) полномочию, или, в отдельных ситуациях, с его согласия (сдача имущества в субаренду). Как видим, во всех случаях первостепенное значение имеет воля собственника: именно сочетание права собственности и волеизъявления управомоченного является «субстратом» возможности определить дальнейшую юридическую судьбу вещи вплоть до ее физического уничтожения. При осуществлении исполнительной составляющей права удержания воля собственника игнорируется: ведь интерес для него прямо противоположен интересу ретентора и направлен на сохранение права собственности и возврат владения – но никак не на принудительное отчуждение вещи. Определение судьбы удерживаемого имущества при его отчуждении, таким образом, не определяется волеизъявлением собственника и

¹⁵⁶ Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 104.

¹⁵⁷ Склоковский К. И. Собственность в гражданском праве. – М.: Дело, 2002. – С. 118.

осуществляется не в его интересах – следовательно, не может рассматриваться в качестве *распоряжения* в цивилистическом смысле.

Более того, нет никаких оснований для утверждения, что обращение взыскания на вещь путем ее продажи с публичного торга в порядке, установленном ст. 348-350 ГК РФ, осуществляется волей ретентора, а это безусловно необходимая посылка для того, чтобы считать его обладателем правомочия распоряжения. Ретентор выступает лишь инициатором судебного процесса по обращению взыскания на удерживаемую вещь. Обязательную юридическую силу имеет не воля кредитора-ретентора, а судебный акт, выражающий публично-правовое веление распорядиться имуществом неисправного должника. Таким образом, определение юридической судьбы удержанной вещи осуществляется публичным порядком на основании решения суда в совокупности с рядом фактических и юридических обстоятельств¹⁵⁸. При этом собственно «распоряжение» предметом удержания (в публично-правовом смысле) осуществляется по общим правилам, регулирующим исполнительное производство. Как видим, для осуществления ретентором правомочия распоряжения места не остается.

В литературе нашел отражение и смежный с вышеизложенным тезис о том, что в силу субсидиарного применения норм о залоге в отдельных случаях ретентор вправе осуществить продажу вещи своей волей и своими действиями. Иными словами утверждается, что субъективное право удержания включает в себя не просто правомочие требовать от публичной власти обращения взыскания на конкретное имущество должника, но правомочие осуществить такое взыскание самостоятельно. Однако правильность такого подхода вызывает вполне обоснованные сомнения.

Действительно, в силу отсылочной нормы ст. 360 ГК РФ к порядку обращения взыскания на удерживаемое имущество применимы соответствующие нормы ст. 348-351 ГК РФ. В частности п. 2 ст. 349 сторонам обеспечи-

¹⁵⁸ Например, подтверждение наличия обеспечиваемого удержанием обязательства, подтверждение законности нахождения удерживаемой вещи у кредитора (юридические основания) и подтверждением наличия вещи у кредитора в натуре (фактическое основание).

тельного правоотношения дозволено изменить общий, судебный, порядок удовлетворения требований за счет удерживаемого движимого имущества. Для недвижимого имущества устанавливается квалифицированная, нотариальная форма такого соглашения, причем оно может быть заключено после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет, выступающий обеспечением. Таким основанием является просрочка должника по обеспеченному обязательству. Представляется, что в силу особенностей удержания такое соглашение и в отношении движимого может в принципе быть заключено только после возникновения оснований для взыскания, а потому – не ранее, чем у кредитора возникнет субъективное право удержания. В противном случае вряд ли можно признать возможным согласование предмета такого договора, ведь удерживаемое имущество обособляется для целей обеспечения только в момент возникновения права удержания. Кроме того, удержание обладает свойством оперативности¹⁵⁹ и применяется большей частью в качестве непосредственной реакции на правонарушение тогда, когда кредитор не предполагал возможной будущей неисправности должника¹⁶⁰, в отличие от залога, при котором кредитор обладает обеспечительными правами еще до момента правонарушения. Как правильно указывает В. А. Белов, «в отличие от залога, предмет которого индивидуализируется ... еще до возникновения залогового права, предмет права удержания становится известен с определенной точностью только тогда, когда кредитор приступает к реализации этого права»¹⁶¹. Допущение возможности заключения соглашения о праве экзекуции удерживаемой вещи до возникновения права удержания размывает грань, отличающую удержание от залога. Само такое соглашение,

¹⁵⁹ А. В. Латынцев особо выделяет оперативность как отличительную черту удержания от классического залога, называя удержание «оперативным залогом» (Латынцев А. В. Система способов обеспечения исполнения договорных обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – С. 80 и далее).

¹⁶⁰ На это свойство удержания неоднократно указывалось в литературе. Еще при комментировании проекта Гражданского уложения Российской Империи отмечалось, что «для этого [права удержания – А. Т.] налицо должно быть особое основание, каковым в области обязательственных отношений является *непредвиденное возникновение* (Курсив мой – А. Т.) требования, заслуживающего обеспечения» (Гражданское уложение. Проект Высочайше утвержденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения / Под ред. И. М. Тютрюмова. Том 2. – СПб.: издание книжного магазина «Законоведение», 1910. – С. 235).

¹⁶¹ Белов В. А. Новые способы обеспечения банковских обязательств // Бизнес и банки. – 1997. – № 45. – 10-16 ноября.

во-первых, рискует оказаться беспредметным (то есть не заключенным), либо вполне обоснованно может быть квалифицировано в качестве договора о залоге, в результате кредитор получит реальное обеспечение своих требований, но не в силу удержания, а по праву залога.

Как видим, возникновение у кредитора-ретентора правомочия самостоятельной продажи предмета удержания обусловливается достижением соглашения с собственником-должником. Такое соглашение не входит в фактический состав, порождающий право удержания, и является самостоятельным юридическим фактом, порождающим отдельное субъективное гражданское право. Следовательно, право удержания не включает в себя правомочия ретентора своими действиями обратиться с иском на удерживаемое имущество должника. Право самостоятельной экзекуции вещи производно от права удержания, которое является необходимой предпосылкой для заключения соответствующего соглашения.

Наконец, правомочие на собственные действия ретентора как диспозитивная модель поведения предполагает возможность отказаться от дальнейшего осуществления права удержания¹⁶². Такое поведение может быть обусловлено, например, предоставлением иного обеспечения обязательства, но может быть и безмотивным.

Правомочие на чужое поведение (требование). Наиболее существенным правомочием субъективного права удержания является возможность реализации собственного поведения кредитора. Вместе с тем, неверным будет утверждать, что требование как составляющая этого права вовсе отсутствует, поскольку удовлетворение интереса только собственными действиями невозможно – нужно, чтобы этому как минимум никто не мешал.

Правомочие на чужие действия при удержании является производным от права на собственное поведение ретентора и сводится к требованию исполнения обязанности *non facere* – обязанности воздержаться от действий,

¹⁶² Ж.-Л. Бертель констатирует, что «способность на отказ присуща субъективному праву» (См.: Бертель Ж.-Л. Указ. соч. – С. 71). Следует признать справедливость этого общетеоретического вывода применительно к правам гражданским и, в частности, к праву удержания.

направленных на нарушение права не выдавать вещь. В отличие от абсолютных прав, где такая обязанность лежит на неопределенном числе лиц – всех субъектах, подчиняющихся данному правопорядку, применение удержания накладывает обязанность *non facere* лишь на собственника. Презюмируется, что в силу наличия уголовно-правовых запретов изъятия чужого имущества никакое третье лицо не вправе предпринимать действия по захвату в свое ведение удерживаемого имущества. Возникшее на основе двойной обязательственной (то есть относительной) правовой связи¹⁶³, право удержания не в силах распространить свое действие на третьих лиц, а потому не получает и абсолютной гражданско-правовой защиты.

Право ретентора требовать пассивного поведения от собственника-должника как форма, определяет содержание этого правомочия в виде возможности своей волей понудить должника к претерпеванию негативных имущественных последствий применения удержания. Без такого правомочия субъективное право удержания было бы лишено большей части практического смысла, поскольку не было бы способно обеспечивать исполнение обязательства должником: ведь именно последствия лишения владения и пользования вещью оказывает стимулирующее воздействие на волю последнего. Названные негативные последствия в зависимости от осуществляемого ретентором субправомочия могут быть разделены на две группы: вызванные лишением владения и вызванные принудительным отчуждением удерживаемой вещи. Во втором случае должник не вправе требовать обращения взыскания на иное свое имущество¹⁶⁴, поскольку в силу права удержания ретентора он обязан претерпевать лишение конкретной вещи, находящейся во владении кредитора.

Выше нами было предложено рассмотрение структуры права удержания исходя из общетеоретического понимания структуры субъективного права. Проблема структуры субъективного права удержания может рассматри-

¹⁶³ Включающей, во-первых, обеспечиваемое обязательство и, во-вторых, обязательство, предусматривающее возврат вещи собственнику.

¹⁶⁴ Например, в соответствии с очередностью, установленной ст. 46 ФЗ «Об исполнительном производстве».

ваться и с другой точки зрения – как совокупность и взаимодействие двух основных субправомочий ретентора. Если первый подход позволяет более полно рассмотреть совокупность правовых возможностей, предоставленных кредитору, то второй – более четко отражает свойства рассматриваемого субъективного права как способа обеспечения обязательств.

В различных правовых системах удержание имеет два исторически сложившихся типа: дефензивное и экзекутивное. Предоставленная ГК РФ возможность обратить взыскание по неисполненному обязательству на удерживаемое имущество – неотъемлемая часть законодательной конструкции экзекутивного права удержания¹⁶⁵.

Исходя из законодательной формулировки, можно заключить, что удержание оказывает двойное влияние на правоотношения сторон по обеспеченному обязательству и, соответственно, включает две составляющих: стимулирующую и компенсационную. Во-первых, в качестве меры оперативного воздействия, удержание вещи до момента надлежащего исполнения оказывает стимулирующее воздействие на контрагента-должника, поскольку ограничивает его в пользовании собственным имуществом. Во-вторых, дополнительное обеспечительное свойство удержания обуславливается возможностью удовлетворения требования из состава имущества должника. Это значительная гарантия защиты имущественных интересов кредитора в случае неисправности должника.

De lege ferenda вопрос о праве ретентора на получение удовлетворения своих притязаний за счет удерживаемой вещи остается дискуссионным, несмотря на однозначное его законодательное решение в ст. 360 ГК РФ. Так В. А. Белов, присоединяясь к мнению А. В. Венедиктова и М. М. Агаркова, указывает, что «право на реализацию предмета удержания не составляет неотъемлемого правомочия права удержания ... [и по мнению А. В. Венедиктова

¹⁶⁵ Экзекутивная законодательная модель характеризуется правомочием кредитора осуществить реализацию вещи и получить удовлетворение своих требований из ее стоимости. Дефензивная модель рассматриваемого института такого правомочия не предусматривает, ограничиваясь лишь правом кредитора удерживать имущество должника до момента исполнения обязательства. Подробнее о различии двух моделей и особенностях их реализации в законодательствах зарубежных стран см.: Сарбаш С. В. Некоторые аспекты применения права удержания // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 1997. – № 11. – С. 93

является] отдельным правом – правом «внесудебной экзекуции удержанных ценностей» ... суть права удержания – исключительно в возможности удерживать вещь, необходимую должнику, принуждая последнего исполнить лежащие на нем обязанности ... Право же реализации предмета удержания (право экзекуции) или право его оставления кредитором в своей собственности – это особые, специфичные способы обеспечения исполнения обязательств, которые должны в каждом конкретном случае оговариваться в договорах между кредитором и должником»¹⁶⁶.

Следует признать разнородность объединенных законодателем в юридической конструкции удержания двух составляющих. Однако даже такая разнородность не является еще основанием для разделения права удержания на два самостоятельных способа обеспечения исполнения обязательств.

Не вполне верно, во-первых, резко подразделять рассматриваемое право на субправомочия, как если бы они были самостоятельными правами ретентора, составляющими содержание одного правоотношения, во-вторых, объединять возможность получить удовлетворение из стоимости удерживаемой вещи с правом продажи чужой вещи, предусмотренным рядом статей ГК РФ (п. 6 ст. 720, п. 2 ст. 895, п. 3 ст. 1003), как это делают некоторые авторы¹⁶⁷. Право продажи, в отличие от ретенционного обеспечения, не стимулирует должника к надлежащему исполнению обязательства, не дает преимущества кредитору при открытии конкурса над имуществом должника, и, как следствие, не устанавливает реальной обеспеченности обязательства. Кроме того, право продажи не предполагает наличия обязанности кредитора возвратить продаваемую вещь – владение ей в данном случае законно, в отличие от удержания.

¹⁶⁶ Белов В. А. Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств // Бизнес и банки. – 1997. – № 45 – 10-16 ноября. Позиция М. М. Агаркова по данному вопросу не представляется нам такой однозначной, как показывает ее В. А. Белов. Например, в курсе лекций по основам банковского права читаем: «право удержания может подобно залоговому праву давать преимущество при удовлетворении из стоимости удерживаемой вещи» (Агарков М. М. Основы банковского права. Курс лекций. – М.: БЕК. – 1994. – С. 118.) Данная формулировка весьма сходна с правилом ст. 360 ГК РФ.

¹⁶⁷ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – М.: Статут, 1999. – С. 552-553.

Как отмечает А. В. Латынцев, любым обеспечивающим правоотношениям (включая и способы обеспечения исполнения обязательств) свойственны защитный и стимулирующий признаки. При этом стимулирующий понуждает должника исполнить обеспеченное обязательство надлежащим образом под страхом наступления невыгодных последствий, а защитный (компенсационный) признак призван компенсировать либо предотвратить неблагоприятные последствия для кредитора. Отсутствие любого из этих признаков не позволяет квалифицировать правовой институт в качестве способа обеспечения¹⁶⁸. Аналогия с институтом удержания очевидна, причем, исходя из разделяемой нами позиции автора, «чистое» право удержания не является обеспечивающим правоотношением в силу отсутствия у него компенсационного признака.

Переход к воздействию на имущественную сферу должника целесообразен лишь при недостижении добровольного исполнения обязательства воздействием на волю должника.

Предполагается, что добросовестный и разумный кредитор должен иметь интерес лишь в получении должного по обязательству, но не в продаже удерживаемой вещи, что является крайней, вынужденной мерой. Следовательно, по нашему мнению, при разрешении судом споров о правомерности продажи удерживаемой вещи и обращении взыскания на нее необходимо давать оценку добросовестности кредитора при осуществлении права продажи, учитывая при этом срок, в течение которого удерживается вещь, наличие уведомления должника об удержании, выраженную тем или иным образом реакцию должника на применение удержания, в том числе принятые им меры к исполнению обязательства. На основании перечисленных признаков может быть сделан вывод о целесообразности продажи имущества должника – то есть о возможности или невозможности обеспечения исполнения обязательства добровольным порядком за счет воздействия лишь на волю должника ограничением права его собственности на удерживаемую вещь.

¹⁶⁸ Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. – М.: Лекс-Книга. – 2002. – С. 128

В случае, когда взыскание на вещь было обращено во внесудебном порядке, а впоследствии спор об этом вынесен на рассмотрение суда, нам представляется возможной оценка действий кредитора в качестве злоупотребления правом продажи, если будет доказана его недобросовестность или неразумность его действий при обращении взыскания.

§ 4. Право удержания в системе субъективных гражданских прав

По Л. С. Явичу, систематика субъективных прав отражает структурность субъективного права высшего уровня – структуру всей системы прав субъектов связей и отношений, присутствующих в данном государстве¹⁶⁹. Научно обоснованная система субъективных гражданских прав есть, таким образом, внешняя структура субъективного права, отличная от его внутренней структуры, рассмотренной в предыдущем параграфе.

Проблема поиска единого универсального критерия для построения всеобъемлющей классификации¹⁷⁰ субъективных прав рассматривается цивилистической наукой как практически неразрешимая. В отличие от своего коррелята, правовой системы государства как объективного права, система субъективных прав особо динамична: субъективные права приобретаются, находятся в той или иной стадии реализации, исчерпываются, изменяются по своему непосредственному содержанию и объему, оказываются основанием возникновения других прав. Управомоченные могут не использовать предоставленных прав или использовать их частично, могут обращаться или не обращаться за защитой своих прав в случае нарушения. «Число единичных субъективных прав, наличных правомочий у субъектов самых разнообразных общественных отношений практически необозримо»¹⁷¹. Признаки даже наиболее крупных групп субъективных прав, возникающих в сфере гражданско-правового регулирования весьма неоднородны, что не позволяет выявить единого основания для построения всеохватывающей их классификации.

А. Г. Певзнером высказано мнение о принципиальной невозможности исчерпывающей классификации субъективных прав, поскольку таковые могут состоять из правомочий различного рода: имущественных и неимущественных, относительных и абсолютных. Вследствие такого допущения клас-

¹⁶⁹ Явич Л. С. Общая теория права. – Л.: Издательство Ленинградского университета, 1976. – С.174, 176.

¹⁷⁰ Под которой следует понимать систематическое деление (разложение родового понятия на составляющие его видовые понятия) и упорядочение понятий и предметов, причем в основу деления должны быть положены все возможные основания деления (Краткая философская энциклопедия. – М.: Прогресс, 1994. – С. 129, 212)

¹⁷¹ Явич Л. С. Указ. соч. – С. 175.

сифицируемы лишь отдельные правомочия и субправомочия – единые и неделимые, однородные структурные элементы субъективных прав¹⁷². Нам, однако, представляется справедливой противоположная точка зрения, согласно которой «субъективное право представляет собой системное образование, одним из качеств которого является однородность составляющих систему элементов»¹⁷³. Вследствие такого допущения открывается возможность формирования научно обоснованной классификации субъективных гражданских прав.

В качестве оснований для построения классификаций гражданских прав наиболее часто используются следующие:

1. Качество интереса, на удовлетворение которого направлено осуществление права и в зависимости от группы общественных отношений, урегулированных гражданским правом – для классификации прав на имущественные и неимущественные;

2. Значение отдельных правомочий для удовлетворения интереса управомоченного и круг обязанных субъектов – при дихотомическом делении на абсолютные и относительные права;

3. Степень связанности с личностью правообладателя – как основание деления субъективных прав на строго личные и обычные;

4. Основание возникновения и юридическая направленность – при делении на регулятивные и охранительные.

Далее нами будет дана общая характеристика отдельных систем субъективных гражданских прав, как их классификаций по определенным основаниям, с указанием на основные дискуссионные моменты. Мы рассмотрим признаки каждого элемента рассматриваемой системы и определим место в данной системе субъективного права удержания.

Для глубокого понимания природы права удержания наибольшее значение имеет классификация субъективных гражданских прав на регулятив-

¹⁷² Певзнер А. Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав // Всесоюзный юридический заочный институт. Ученые записки. Выпуск 10, Вопросы гражданского права. – М., 1960. – С. 18-23.

¹⁷³ Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: Учебник. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – С. 543

ные и охранительные. Данная классификация, хотя и характеризуемая в качестве «наиболее крупной», «проходящей через все или почти все отрасли права»¹⁷⁴, не является полностью общепризнанной в науке, что объясняется дискуссионностью основной посылки, из которой исходят сторонники¹⁷⁵ теории охранительных прав. Определяющей здесь является оценка внутренней структуры субъективного гражданского права как двучленной или трехчленной и, соответственно, рассмотрение притязания как самостоятельного субъективного права или правомочия в структуре гражданского права. В последнем случае места для конструкции охранительных субъективных гражданских прав не остается. Второй исходной посылкой является выделение в структуре правовой материи специфических охранительных норм, которые «определяют требование лица, имущественные или неимущественные права которого нарушены, к правонарушителю»¹⁷⁶. Анализируя структуру гражданских правоотношений, В. Ф. Яковлев приходит к выводу, что «охранительные правоотношения в гражданском праве выполняют вспомогательную, обеспечительную для регулятивных правовых связей роль и поэтому, во-первых, по удельному весу уступают последним, во-вторых, по своей структуре производны от них»¹⁷⁷. Таким образом, охранительное субъективное право есть содержание охранительного гражданского правоотношения, возникающего на основании охранительной нормы права в результате совершения правонарушения¹⁷⁸.

Представляется целесообразным провести более пристальное исследование признаков, характеризующих право на защиту, и позволяющих отгра-

¹⁷⁴ Яковлев В. Ф. Структура гражданских правоотношений / Гражданские правоотношения и их структурные особенности: Сб. учен. трудов Свердловского юридического института. Выпуск 39. – Свердловск. – 1975. – С. 25.

¹⁷⁵ Современное развитие теории охранительных и регулятивных гражданских прав связано в первую очередь с работами представителей Ярославской цивилистической школы: П. Ф. Елисейкина, Е. А. Крашенинникова, П. А. Варула, В. В. Бутнева, А. В. Власовой.

¹⁷⁶ Орлова Е. А., Носов В. А. Охранительные гражданско-правовые нормы и правоотношения / Материально-правовые и процессуальные проблемы защиты субъективных прав: Межвузовский тематический сборник. – Ярославль: Ярославский государственный университет, 1983. – С. 13.

¹⁷⁷ Яковлев В. Ф. Указ. соч. – С. 26.

¹⁷⁸ В литературе указывается, что «... охранительные нормы гражданского права лежат в основе охранительных гражданских правоотношений. Их главное назначение – восстановление нарушенного правопорядка и его упрочение, а также всемерная защита субъективных прав и охраняемых законом интересов субъектов гражданского права» (Орлова Е. А., Носов В. А. Указ. соч. – С. 18).

ничить подмножество охранительных прав от всего массива субъективных гражданских прав.

Е. А. Крашенинников определяет охранительное право в качестве вытекающей из охранительной гражданско-правовой нормы возможности определенного поведения лица в конфликтной ситуации, предоставленной ему в целях защиты регулятивного субъективного гражданского права или охраняемого законом интереса¹⁷⁹. Охранительные права классифицируются автором на две группы: осуществляемые управомоченным самостоятельно и предоставляющие возможность в юрисдикционном порядке требовать осуществления регулятивного права. Такое вторичное деление обусловлено существованием двух основных форм защиты субъективных прав: применение мер защиты без обращения к принудительной силе государства¹⁸⁰ и применение мер защиты юрисдикционными органами.

Поскольку субъективное право удержания реализуется в неюрисдикционном порядке, оставим в стороне вторую группу охранительных прав и более подробно рассмотрим те из них, которые реализуются непосредственно управомоченным лицом. Способность к одностороннему осуществлению есть исчерпывающее свойство таких прав, включающее в себя не только указание на независимость возможностей управомоченного от воли обязанного лица. Эти охранительные права лишены способности подлежать принудительному осуществлению юрисдикционным органом¹⁸¹, а значит могут быть осуществлены только действиями самого управомоченного. Содержание их не ограничивается правомочием на совершение положительных действий, но включает в себя «негативное правомочие требования, через которое право в

¹⁷⁹ Крашенинников Е. А. К учению об исковой давности / Материально-правовые и процессуальные средства охраны и защиты прав и интересов хозяйствующих субъектов. Межвуз. тематич. сборник научных трудов. – Калинин: издательство Калининского государственного университета, 1987. – С. 54.

¹⁸⁰ Подробнее о несудебных формах защиты гражданских прав см. монографическое исследование, выполненное в 1975 году: Воложанин В. П. Основные проблемы защиты гражданских прав в несудебном порядке: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – Свердловск, 1975.

¹⁸¹ В. П. Воложанин доказал, что «самостоятельное осуществление права характеризуется отсутствием контроля со стороны юрисдикционного органа и невозможностью обязанного лица воспрепятствовать применению обращенных против него мер. [...] Обязанное лицо не в состоянии противодействовать реализации правомочия и лишено возможности на защиту. За ним сохраняется только право оспорить впоследствии действия взыскателя» (Воложанин В. П. Указ. соч. – С. 5).

целом связывается с корреспондирующей ему охранительной юридической обязанностью [содержание которой] образует необходимость претерпевания обязанным лицом односторонних действий управомоченного по защите своего регулятивного гражданского права»¹⁸². В качестве примеров автор приводит случаи перевода неисправного плательщика на аккредитивную форму расчетов, отказ от договора ввиду неисправности должника. Заметим, что эти же меры как правило иллюстрируют применение мер оперативного воздействия¹⁸³.

В качестве признаков охранительных субъективных прав в литературе выделяют следующие:

- 1) производность от регулятивных субъективных прав;
- 2) возникновение в результате правонарушения или возникновения спора¹⁸⁴;
- 3) существование в рамках охранительного правоотношения;
- 4) направленность на принудительное осуществление регулятивного гражданского права собственными действиями или путем обращения к юрисдикционным органам;
- 5) право на осуществление мер оперативного воздействия является охранительным субъективным правом¹⁸⁵.

Первые два признака, взятые в совокупности, позволяют утверждать, что в юридический состав, порождающий охранительное субъективное право, с необходимостью входят два факта: наличие регулятивного субъективного гражданского права и его нарушение.

¹⁸² Крашенинников Е. А. Указ. соч. – С. 54-55.

¹⁸³ Т. И. Илларионова также указывает, что «меры, именуемые в литературе оперативными санкциями» относятся к охранительным мерам обеспечительного характера, которыми создаются дополнительные условия беспрепятственного удовлетворения интереса (Илларионова Т. И. Система гражданско-правовых охранительных мер. – Томск: Издательство Томского университета, 1982. – С. 47-48). С. Г. Стоякин относит данные меры к «мерам защиты, реализация которых осуществляется самим управомоченным без обращения в соответствующие государственные органы» (Стоякин Г. Я. Меры защиты в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1973. – С. 7).

¹⁸⁴ Орлова Е. А., Носов В. А. Охранительные гражданско-правовые нормы и правоотношения / Материально-правовые и процессуальные проблемы защиты субъективных прав. Межвуз. тематич. сб. – Ярославль: Ярославский государственный университет, 1983. – С. 13.

¹⁸⁵ Орлова Е. А., Носов В. А. Указ. соч. – С. 15.

Все эти пять признаков отчетливо просматриваются в конструкции субъективного права удержания. Это право производно¹⁸⁶ и зависимо от денежного обязательственного субъективного права, исполнение которого призвано обеспечивать, немислимо без него. Завершающим элементом юридического состава, порождающего право удержания, является неисполнение обязательства должником – суть гражданское правонарушение. Таким образом, в юридическом составе, порождающем право удержания, присутствуют оба элемента, свойственные охранительным правам. Право удержания реализуется собственными действиями кредитора-ретентора в рамках охранительного гражданского правоотношения, направленного на защиту и принудительное осуществление обеспечиваемого обязательственного правоотношения. Ключевую роль в этом играет стимулирующий эффект удержания, а обращение взыскания на предмет удержания – осуществляет важную гарантирующую функцию, оставаясь, однако, лишь вспомогательным, «резервным» обеспечительным средством. Кроме того, право удержания рассматривается в доктрине в качестве меры оперативного воздействия – которым присущ правоохранительный характер.

На охранительный характер права удержания указывает и то, что его защита редуцирована лишь до материально-правовой эксцепции по иску собственника или третьего лица и самостоятельной активной исковой защиты ретентору не предоставлено. Цель законодателя при установлении такого, усеченного механизма защиты вполне понятна: не допустить возникновения права, охраняющего охранительное право – такая возможность привела бы к абсурду всю теорию разделения субъективных прав на регулятивные и охранительные, порождая бесконечность охранительных прав, поочередно возникающих в результате нарушения предшествующих им, охранительных же прав.

¹⁸⁶ Как отмечает Б. М. Гонгало, производность права удержания в том, что «оно может возникнуть постольку, поскольку существует обязательство и данное обязательство должником не исполняется» (Гонгало Б. М. Гражданско-правовое обеспечение обязательств: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – Екатеринбург, 1998. – С. 36).

Одной из наиболее распространенных классификаций гражданских прав является их деление в зависимости от вида общественных отношений, урегулированных гражданским правом, на имущественные и неимущественные¹⁸⁷. Структура данной классификации отражается в литературе неоднозначно, что предопределяется неоднозначным подходом к определению структуры предмета регулирования гражданского права. В первую очередь дискуссия ведется в отношении включения в предмет правового регулирования личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными, что применительно к рассматриваемой классификации влечет вторичное деление категории неимущественных прав на связанные и не связанные с имущественными. Исходя из целей нашего исследования, мы не будем углубляться в указанную проблему, выходящую за его рамки, и ограничимся лишь рассмотрением дихотомии субъективных гражданских прав на имущественные и неимущественные¹⁸⁸.

Имущественные права представляют элемент содержания имущественных правоотношений в составе предмета гражданского права. Отличительными их признаками называют специфический объект – материальные блага (имущество¹⁸⁹) и опосредование принадлежности конкретного имущества определенному лицу, либо переход имущества, если таковой осуществляется с соблюдением координационного метода правового регулирования¹⁹⁰. Можно сказать, что первые опосредуют статику граждан-

¹⁸⁷ Вслед за В. А. Беловым возможно выделить и иное основание данной классификации – «качество интереса, на удовлетворение которого направлено осуществление права». См.: Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: Учебник. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – С. 542.

¹⁸⁸ При таком подходе мы принимаем точку зрения Л. О. Красавчиковой о том, что гражданское право регулирует личные неимущественные отношения независимо от их связи с имущественными отношениями (Красавчикова Л. О. Понятие и система личных, не связанных с имущественными прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – Екатеринбург, 1994. – С. 11-13).

¹⁸⁹ Понятие имущества наиболее часто определяется через призму ст. 128 ГК РФ, относящей к имуществу вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, включая имущественные права. Логическая порочность такого законодательного определения очевидна. Имуществу нормативно противопоставляются работы и услуги, информация, результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них, нематериальные блага. В то же время в литературе указывается на необходимость более широкого понимания имущества как «всех объектов гражданских правоотношений, за исключением нематериальных, а точнее – личных неимущественных благ». См.: Белов В. А. Указ. соч. – С. 183.

¹⁹⁰ Чеговадзе Л. А. Структура и состояние гражданского правоотношения. – М.: Статут, 2004. – С. 32; Гражданское право: Учебник. Т.1 / Отв. ред. Е. А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 101.

ско-правовых отношений и проявляют свою экономическую сущность в процессе производства материальных благ, а вторые – отражают динамические процессы гражданского оборота этих благ¹⁹¹. Для обоих подвидов имущественных прав свойственен объективный стоимостной характер¹⁹², то есть способность быть с определенной долей условности выраженными в универсальном денежном эквиваленте. Иным словами, «имущественные права ... должны обладать для любого и каждого участника оборота ценностью»¹⁹³ или «меновой стоимостью»¹⁹⁴. Из последнего признака вытекает, что эквивалентно-возмездный характер подавляющего большинства имущественных отношений, регулируемых нормами гражданского права¹⁹⁵ транслируется и на опосредующие их субъективные права, предопределяя оборотоспособность, передаваемость¹⁹⁶ последних.

Присоединяясь к мнению Ю. Е. Туктарова, мы полагаем необходимым для однозначного установления имущественного характера конкретного субъективного права установить одновременное наличие у него: 1) связанности с имуществом; 2) способности непосредственно служить удовлетворению потребностей; 3) способность быть объектом возмездного обмена.

Личные¹⁹⁷ неимущественные права, образующие самостоятельную категорию, – это гражданские права, лишённые экономического содержания и обеспечивающие некоторые нематериальные интересы личности. М. Н. Ма-

¹⁹¹ Данный подход к определению имущественных прав был впервые выработан С. Н. Братусем, подчеркивавшим, что имущественные отношения, охватывают не только соответствующую форму собственности как основу данного способа производства, но, будучи волевыми, охватывают процесс распределения средств производства и результатов труда, процесс обмена, экономический оборот. См.: Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. – М., 1963. – С. 28.

¹⁹² Гражданское право России. Курс лекций. Часть первая / Под ред. О. Н. Садикова. – М.: Юридическая литература, 1996. – С. 5.

¹⁹³ Туктаров Ю. Е. Имущественные права как объекты гражданско-правового оборота / Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 6 / Под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М.: НОРМА, 2003. – С. 114.

¹⁹⁴ Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: Учебник. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – С. 176-180. Отмечается, что меновой ценностью «выступает не только то, что может быть само потреблено, но и то, что может предоставить источник для удовлетворения потребностей. ... возможность получения ценности приобретает значение самой ценности» (Туктаров Ю. Е. Указ. соч. – С. 115).

¹⁹⁵ Грибанов В. П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей / В кн. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000. – С. 289.

¹⁹⁶ Туктаров Ю. Е. Указ. соч. – С. 112. Передаваемым автор предлагает считать «право, которое способно переходить от одного лица к другому по соглашению между ними».

¹⁹⁷ Общая теория государства и права различает личные права в широком смысле (то есть любые субъективные права лица) и в узком, специальном, как особую группу прав, отличных от социально-экономических и политических (Матузов Н. И. Правовая система и личность. – Саратов, 1987. – С. 94).

леина определяет их как возникающие по поводу нематериальных благ или результатов интеллектуальной деятельности, не подлежащие точной денежной оценке, тесно связанные с личностью управомоченного, направленные на выявление и развитие его индивидуальности и имеющие специфические основания возникновения и прекращения¹⁹⁸. Неимущественными правами, в частности, являются право на уважение чести и достоинства, право авторства, право создателя объекта промышленной собственности быть упомянутым в качестве такового в публикуемых сведениях о заявке.

Между двумя полярными и получившими достаточное осмысление в специальной литературе категориями имущественных и личных неимущественных субъективных прав можно выделить самостоятельную группу прав, охватываемых гражданско-правовым регулированием, но не обладающих в полном объеме всеми признаками ни одной из основных категорий. Так, отсутствие у субъективного права некоторых признаков имущественных прав при наличии других их признаков, по-видимому, может являться основанием для отнесения его к числу прав неимущественных, тесно связанных с имущественными. Приходится констатировать недостаточную определенность в понимании объема данного понятия: в литературе оно в лучшем случае определяется по остаточному способу или выводится эмпирически, путем перечисления наиболее заметных примеров, сводимых, в большинстве своем, к сфере интеллектуальной собственности¹⁹⁹. Вместе с тем, данная группа достаточно обширна. К ней представляется целесообразным отнести, в частности, право на заключение договора в будущем, ряд корпоративных и органи-

¹⁹⁸ Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита // Реферативный журнал РАН. Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4: Государство и право. – 2001. – № 4. – С. 140-141.

¹⁹⁹ В одной из более ранних работ М. Н. Малеина отмечает, что «личные неимущественные права, связанные с имущественными, при их реализации могут выступать в качестве предпосылки возникновения имущественных прав. Так, авторство лица на произведение литературы (личное право) влечет за собой имущественное право на получение авторского гонорара. Такие имущественные права вторичны, они могут и не возникнуть. [...] Некоторые неимущественные права (например, право на банковскую тайну... право на адвокатскую тайну) возникают в силу договора и неразрывно связаны с другими, в том числе и имущественными правами и обязанностями сторон. Какие из этих отношений первичны, а какие вторичны, определяется из содержания и целей договора» (Малеина М. Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан. М.: Знание, 1991. – С. 11).

зационных субъективных прав, право кредитора проверять исполнение обязательства должником.

Определим место права удержания в данной классификации. Во-первых, оно производно от имущественного обязательственного правоотношения, которому призвано служить обеспечением. Во-вторых, право удержания доставляет кредитору дополнительные имущественные гарантии исполнения обязательства должником или получения суррогатного исполнения за счет стоимости удерживаемого имущества – «реальный кредит». В-третьих, непосредственным объектом права удержания является индивидуально определенная вещь – то есть имущество в смысле ст. 128 ГК РФ. В то же время из изложенного нетрудно заметить, что субъективное право удержания вряд ли имеет самостоятельное имущественное значение, меновую ценность. Непосредственному удовлетворению экономических потребностей служит основное обязательственное право, осуществление которого только обеспечивается удержанием. Кроме того, право удержания не может быть передано отдельно от основного обязательства, а как мы покажем ниже, вообще не может быть отчуждено ретентором.

На отсутствие самостоятельного имущественного значения у права удержания указывает и тот факт, что ему корреспондирует обязанность *non facere*: собственник обязан лишь к претерпеванию неблагоприятных последствий, но не совершению каких-либо действий в пользу управомоченного. Ситуация с исполнительным правомочием ретентора представляется весьма сходной с обеспечительной мерой совершенно иной правовой природы – публично-правовым арестом имущества должника (например, ст. 91, 99 АПК РФ). В обоих случаях должник по обязательству ограничивается в распоряжении своим имуществом, и в обоих случаях кредитор по результатам судебного процесса получает право обратиться с взысканием на конкретное имущество должника – арестованное или удерживаемое. Право удержания, как и обеспечительный арест, выполняет функцию обособления части имущества должника для целей удовлетворения требований известного кредитора. Вме-

сте с тем, вряд ли можно сказать, что арест предоставляет кредитору какое-либо имущественное право в отношении попавших в опись вещей должника. Принципиальные различия в методе правового регулирования названных отношений не могут, по нашему мнению, являться достаточной причиной для непризнания функционального единства этих обеспечительных мер.

Нельзя, впрочем, сказать, что имущественный характер вовсе не свойственен охранительным правам. Ряд из них обладает вполне конкретным имущественным содержанием, являясь реакцией на факт правонарушения, эти права *сами по себе* составляют возможность управомоченного лица требовать передачи имущества от обязанного. Таковы неустойка, охранительные права, возникающие вследствие нарушения абсолютных прав (неосновательное обогащение, причинение вреда)²⁰⁰. В праве удержания мы не находим такого содержания. Ретентор-кредитор, в результате реализации этого права получает не больше, чем должно по обеспеченному обязательству.

Само по себе право удержания не доставляет кредитору имущественной ценности, не имеет меновой стоимости и призвано предоставить гарантии исполнения обязательства – то есть гарантии осуществления другого, самостоятельного, имущественного субъективного права. Компенсационная составляющая права удержания в отрыве от обеспеченного обязательства не влечет увеличения имущественной сферы кредитора. Право удержания лишь изменяет форму и источник исполнения обязательства, тогда как основанием получения должного остается регулятивное обязательственное право.

Таким образом, право удержания обладает лишь частью признаков имущественного гражданского права, и потому может быть охарактеризовано в качестве имущественного со значительными оговорками, необходимость которых продиктована его спецификой как права охранительного и направленного на обеспечение исполнения обязательства.

Абсолютные и относительные права. Это наиболее исчерпывающая классификация субъективных гражданских прав, позволяющая за счет введе-

²⁰⁰ Носов В. А. Регулятивные и охранительные внедоговорные обязательства. – Ярославль, 1984. – С. 8-10.

ния дополнительных оснований (объект, содержание) производить вторичные деления в рамках первичной дихотомии, и в результате построить многоуровневую систему исследуемых объектов.

Основным признаком абсолютных гражданских прав является «способность быть нарушенными всяким «третьим» лицом (или, *vice versa*, защищаемость против всякого «третьего» лица)»²⁰¹. Первопричиной такого свойства является абсолютный характер правоотношения, содержание которого составляет абсолютное право: субъекту его «противостоит не какой-либо определенный субъект обязанности или несколько таковых субъектов, а неопределенно-универсальная масса «прочих» обязанных лиц; эта «масса» строго безлична; из нее не выделяется на первый план никакое отдельное лицо, которое по данному правоотношению находилось бы в особом, отличном от других, отношении к управомоченному»²⁰². Соответственно, юридические права, которые характеризуются определенностью субъектного состава, следует отнести к категории относительных.

На основе предыдущих рассуждений о внутренней структуре и охранительном характере субъективного права удержания обоснованным представляется лишь вывод об относительной его природе. Будучи производным от относительного, обязательственного правоотношения, право удержания предоставлено кредитору лично против неисправного должника, но никак не против всех третьих лиц. Породивший право удержания факт нарушения обязательства, совершенного все тем же должником, не способен создать на основе правоотношения с совершенно определенным кругом участников, новое правоотношение, возложив обязанность на неопределенное множество субъектов. Кроме того, охранительное право даже в принципе не может быть абсолютным²⁰³. Именно на конкретное лицо возлагается пассивная обязан-

²⁰¹ Райхер В. К. Абсолютные и относительные права (К проблеме деления хозяйственных прав) // Известия экон. Фак-та ЛПИ. – 1928. – Вып. 1. – С. 274.

²⁰² Райхер В. К. Указ. соч. – С. 277.

²⁰³ Как указывает В. Ф. Яковлев, «...субъективное право здесь имеет форму притязания и адресовано конкретному лицу – правонарушителю. Вследствие этого охранительное правоотношение является относительным и принадлежит к правовым связям активного типа. Но в отличие от большинства обязательств оно представляет собой по распределению прав и обязанностей одностороннее правомочие» (Яковлев В. Ф. Указ. соч. – С. 32).

ность претерпевания последствий осуществления ретентором своего права. Более того, право удержания и не защищено правовыми средствами от третьих лиц, не наделено свойством абсолютной защиты. Посягательствам третьих лиц, совершенно очевидно, противозаконным, ретентор может противопоставить только меры фактической самозащиты своего права.

Против признания права удержания абсолютным могут быть приведены доводы В. К. Райхера, направленные на доказательство относительного характера правоотношений при залоге: «залоговое право не рассчитано на длительность, не предоставляет пользования заложенной вещью или ее выгодами, не имеет самодовлеющей ценности для управомоченного. Оно установлено лишь за тем, чтобы обеспечить за управомоченным получение известной ценности; по достижении этой цели оно само собою и немедленно прекращается; и чем скорее наступает такое прекращение, тем более это соответствует интересу управомоченного»²⁰⁴. Равным образом справедливо и то, что ретентора и собственника, как и залогодержателя с залогодателем, связывает обоюдная правовая связь, носящая срочный характер, что прямо противоположно признаку абсолютности.

Итак, субъективное право удержания есть право относительное.

Чрезвычайно близко к данной классификации примыкает унаследованное от римского права деление субъективных прав на защищаемые исками вещными и обязательственными. Строго говоря, применительно к современной системе гражданского права такое деление прав не является вполне правильным, поскольку не отвечает требованиям, предъявляемых логикой к процессу деления: оно не является исчерпывающим. На первый взгляд данная классификация может быть «исцелена» достаточно распространенным допущением, что понятие вещных прав тождественно понятию прав абсолютных, а обязательственных – понятию относительных прав²⁰⁵. Однако, не

²⁰⁴ Райхер В. К. Указ. соч. – С. 282.

²⁰⁵ Такой подход прослеживается, в частности, у Я. М. Магазинера (Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение. – 1999. – №8 – С. 45) и находит отражение в работе В. К. Райхера «Абсолютные и относительные права (к проблеме деления хозяйственных прав)» (Известия экон. фак-та ЛПИ. Вып. 1 (XXV). Л., 1928. С. 273—306) при анализе литературы по вопросу.

являясь истинным само по себе, такое допущение лишь умаляет научную ценность рассматриваемой классификации. Совершенно очевидно, что объемы понятий, рассматриваемых как тождественные, совершенно не совпадают: абсолютные гражданские права включают в себя помимо вещных (при любом подходе к определению их перечня) еще и ряд прав, безусловно не относимых к ним и отличных, в первую очередь, по своему объекту: исключительные права, личные неимущественные права, а также права на имущественные комплексы²⁰⁶. С другой стороны, относительные гражданские права включают еще и корпоративные, иные организационные права, охранительные права – права на заявление виндикационного, негаторного, реституционного, компенсационного требований.

Вместе с тем, современная специальная литература пытается отыскать место для права удержания именно в системе вещных и обязательственных прав, рассматриваемой как строгая дихотомия.

Сторонниками отнесения права удержания к числу ограниченных вещных прав являются В. А. Белов, Н. В. Еремичев, В. А. Латынцев, С. В. Сарбаш, Е. А. Суханов. В качестве аргументов авторы приводят следующее. Во-первых, по мнению большинства названных ученых, право удержания обладает таким свойством как «право следования» (Б. М. Гонгало²⁰⁷, А. В. Латынцев²⁰⁸, С. В. Сарбаш), которое традиционно записывается в атрибуты прав вещных. Такой, на первый взгляд верный, вывод делается из нормы п. 2 ст. 359 ГК РФ: кредитор может удерживать находящуюся у него вещь, несмотря на то, что после того, как эта вещь поступила во владение кредитора, права на нее приобретены третьим лицом. На этом же построено мнение В. А. Белова о том, что «право удержания – право обременяющего (сервитут-

²⁰⁶ Идея обособления прав на имущественные комплексы (предприятие, наследственная масса и, по-видимому, конкурсная масса при банкротстве) в качестве самостоятельного вида абсолютных гражданских прав принадлежит В. А. Белову (Гражданское право: Общая часть: Учебник. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – С. 545)

²⁰⁷ «право кредитора удерживать вещь должника характеризуется правом следования» (Гонгало Б. М. Гражданско-правовое обеспечение обязательств: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – Екатеринбург, 1998. – С. 37); «права кредитора ... также сохраняются при смене собственника вещи (то есть включают в себя «право следования»)» (Суханов Е. И. Ограниченные вещные права // Хозяйство и право. – 2005. – № 1. – С. 15).

²⁰⁸ Латынцев В. А. Указ. соч. – С. 80.

ного) типа, следующего за вещью *везде, у кого бы она ни находилась* (курсив наш – А.Т.)»²⁰⁹. Однако, как мы показали ранее, право удержания прекращается в случае утраты ретентором владения объектом удержания, а вышедшая из обладания удерживающего вещь не может быть истребована им обратно²¹⁰. В связи с этим невозможно говорить о следовании удержания как обременения за вещь при ее передаче.

По нашему мнению, цитируемая норма о сохранении правомочий ретентора направлена на урегулирование отношений, связанных не с переходом права собственности на удерживаемую вещь от должника к третьему лицу, а с получением третьим лицом обязательственных прав на вещь. Такая позиция может быть обоснована тем, что в силу ст. 223 ГК РФ право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента передачи вещи – то есть фактического ее поступления во владение приобретателя или указанного им лица. В условиях, когда ретентор принимает все меры, препятствующие передаче владения, право собственности у приобретателя возникнуть не может, и потому «можно говорить скорее о преимуществе относительных прав детентора перед обязательственными правами третьих лиц»²¹¹. Гипотетической конкуренции прав нового собственника и ретентора не наблюдается, а широкая («права на нее [вещь] приобретены третьим лицом») законодательная формулировка совершенно оправданно разрешает коллизию относительных прав различных лиц, объектом которых является удерживаемое имущество. Предложенное законодателем решение данной коллизии предоставляет ретентору точно такую же защиту в виде материально-правовой эксцепции по иску любого третьего лица, обладающего относительными правами в отношении спорной вещи, как и против собственника.

²⁰⁹ Белов В. А. Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств // Бизнес и банки. – 1997. – № 45. – 10-16 ноября.

²¹⁰ Агарков М. М. Указ. соч. – С. 118.

²¹¹ Скловский К. И. Право собственности в гражданском праве. – М.: Дело, 2002. – С. 296-297. Мы также согласимся с исходными посылками автора к процитированному выводу: «Нужды оборота требуют ограничить возможности отчуждения наличием владения у собственника...: отчуждение возможно, поскольку возможна передача» и «пока владение в нашем праве отождествляется с непосредственным господством, исключая всякое опосредование, ... приходится признать невозможным соглашение об изменении момента переноса собственности, если собственник в момент такого соглашения не имеет непосредственного владения» (Там же. – С. 219, 297).

На отсутствие права следования при удержании справедливо указывают В. В. Витрянский²¹² и М. М. Агарков²¹³. «Право следования» – это не просто сохранение обязательственного или ограниченного вещного права при смене собственника, что закреплено в п. 2 ст. 359 ГК РФ и действительно свойственно удержанию. Переход права собственности внутренне подразумевает и передачу владения в порядке ст. 224 ГК РФ, а потому «право следования» – это скорее буквальное следование за вещью, материальным объектом, чем за правом собственности. Поскольку удержание препятствует передаче владения потенциальному новому собственнику и владелец вещи не меняется, то невозможно говорить и о праве следования: обременению, условно говоря, некуда следовать, оно остается на вещи, находящейся у ретентора, вне зависимости от возникновения у третьих лиц каких-либо прав на нее.

Можно провести аналогию с залогом, как наиболее близким удержанию обеспечительным институтом. «Право следования» в обеспечивающем правоотношении для кредитора не самоцель – это юридическое основание возможности истребовать вещь у любого лица, приобретшего право собственности на нее после установления за счет этой вещи обеспечения обязательства. А истребовать – означает «получить во владение», возратить себе по суду, с целью обращения взыскания на конкретный предмет. Поскольку при удержании ретентор всегда владеет вещью, а, утратив владение, утрачивает и право удержания без возможности защиты вещными исками; о возможности истребования – составляющего суть права следования – говорить здесь не приходится.

Завершая высказывание о праве следования при удержании хотелось бы отметить точку зрения Е. А. Бариновой, относящей право кредитора удерживать вещь должника к числу обязательственных, но характеризующей его наличием ограниченного права следования. Довершая опровержение тео-

²¹² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – М.: Статут, 1999. – С. 559.

²¹³ Агарков М. М. Основы банковского права. Курс лекций. – М.: БЕК, 1994. – С. 118.

рии вещиности права удержания, автор отмечает, что право следования характерно для целого ряда обязательственных прав²¹⁴. При этом Е. А. Баринаева исходит из того, что «той сущностной характеристикой, которая сближает право собственности и ограниченные вещные права является пользование вещью» и «все ограниченные вещные права... устанавливались для того, чтобы предоставить управомоченному лицу возможность извлекать полезные свойства вещи»²¹⁵. Поскольку право ретентора не может включать правомочие пользования, у него, как и у залогодержателя, нет «никакого права на заложенное имущество», ведь «залогодержатель связывается с определенной вещью посредством должника»²¹⁶.

В качестве второго довода сторонники вещной природы права удержания указывают на абсолютную правовую защиту, предоставляемую ретентору. Так Е. А. Суханов указывает, что «права кредитора, удерживающего вещь, ... аналогичны правам залогодержателя... и подлежат абсолютной правовой защите от вмешательства любых третьих лиц, включая собственника»²¹⁷. В том же ключе высказывается Н. Е. Еремичев, отмечая в своей диссертации со ссылкой на ст. 301 ГК РФ: «Кредитор, удерживающий вещь, имеет право на негаторный и виндикационный иски в отношении третьих лиц, в том числе и в отношении собственника вещи в случае нарушения ими права удержания»²¹⁸. Защита против всякого третьего лица как следствие способности быть нарушенным всяким третьим лицом действительно истинно рассматривается как признак абсолютного, вещного права. Однако следует указать на два обстоятельства. Во-первых, как неоднократно отмечалось в литературе, абсолютная защита предоставляется и некоторым относительным правам²¹⁹. Особенно актуально становится данное утверждение в свете

²¹⁴ В ГК РФ можно обнаружить признаки права следования у субъективных прав арендатора, нанимателя жилого помещения, ссудополучателя и рентополучателя.

²¹⁵ Баринаева Е. А. Вещные права в системе субъективных гражданских прав / Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 6 / Под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М.: НОРМА, 2003. – С. 149-150.

²¹⁶ Баринаева Е. А. Указ. соч. – С. 166.

²¹⁷ Суханов Е. А. Ограниченные вещные права // Хозяйство и право. – 2005. – № 1. – С. 15.

²¹⁸ Еремичев Н. Е. Указ. соч. – С. 161.

²¹⁹ Райхер В. К. Абсолютные и относительные права (К проблеме деления хозяйственных прав) // Известия экон. фак-та ЛПИ. – Вып. 1. – 1928. – С. 274-275.

ст. 305 ГК РФ, устанавливающей для любого законного владельца возможность защиты вещно-правовыми исками наравне с защитой собственника. А во-вторых, как мы уже указывали, владению ретентора, как незаконному, абсолютная защита не предоставляется. Наоборот, выбытие удерживаемой вещи из владения ретентора даже в силу правонарушения прекращает право удержания без возможности возврата предмета обеспечения правовыми средствами.

Можно утверждать в связи с этим, что охрана владения ретентора достигается также и уголовно-правовыми средствами: неправомерное изъятие удерживаемой вещи ее собственником вполне укладывается в рамки такого состава преступления, как самоуправство, а изъятие третьим лицом может быть квалифицировано в качестве одного из видов хищения. Таким образом, нарушение субъективного права удержания не влечет возникновения гражданско-правового охранительного правоотношения, направленного на восстановление правового положения, существовавшего до нарушения. Правовая защита удержания реализуется управомоченным лицом путем заявления возражения по иску об истребовании удерживаемого имущества, достигается собственными фактическими действиями управомоченного, направленными на сохранение своего владения и могущими быть охарактеризованными в качестве самозащиты права (ст. 14 ГК РФ), а также уголовно-правовыми способами.

Такая защита характерна для всех гражданских прав, а потому не может являться признаком, отграничивающим право удержания от обязательственных (относительных) субъективных прав.

В зависимости от степени оборотоспособности субъективные гражданские права возможно подразделить на строго личные (неотчуждаемые) и обычные (не являющиеся строго личными, отчуждаемые). Хотя данная классификация не носит столь важного методологического характера как деление гражданских прав на абсолютные и относительные, научного ее потенциала в

деле систематики субъективных прав, а также практического значения не стоит недооценивать.

Неотчуждаемые права неразрывно связаны с личностью правообладателя; переход их к другому лицу невозможен ни при каких обстоятельствах. Естественно, что природа такой необычной связанности права и субъекта не может быть сведена к формальному законоустановлению и может быть скорее отыскана в общественных отношениях, при регулировании которых такие права возникают. Указывается, например, что одним из условий возникновения строго личных прав (то есть юридическим фактом) являются такие индивидуальные свойства конкретного субъекта, его персональные качества, которые отсутствуют и никогда не смогут появиться ни у кого другого. Наиболее распространенный пример – неимущественные права автора художественного произведения. Эти права неотчуждаемы, ведь «авторство в отношении определенного произведения есть объективный факт, определяющийся фактом его создания. Поскольку одно и то же литературное произведение не может быть создано несколько раз подряд различными лицами, нельзя допустить преемства в неимущественных авторских правах»²²⁰

Составителями ГК РФ использован запретительный подход к определению не отчуждаемых в порядке цессии субъективных прав: признано невозможным отчуждение только отдельных их видов. По общему же правилу презюмируется способность субъективного права быть отчужденным²²¹, иное либо прямо предусмотрено в законе, либо очевидно следует из нормативного материала. Так, невозможно передать по сделке следующие обязательственные права:

- 1) регрессные требования (п. 1 ст. 382 ГК РФ);

²²⁰ Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: Учебник. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – С. 548.

²²¹ Исходя из запретительного подхода ГК РФ к определению возможности перехода субъективных прав В. А. Белов утверждает, что «общим правилом ГК РФ считает дозволенность уступки в порядке сингулярной сукцессии всякого требования по всякому обязательству» (Белов В. А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2001. – С. 128). Подробнее о невозможности уступки обязательственных прав (требований). См.: Белов В. А. Указ. соч. – С. 128-133.

- 2) требования, связанные с личностью кредитора, строго личные требования (ст. 383 ГК РФ) – алиментные требования, требования о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью;
- 3) требования, уступка которых противоречит закону или иным правовым актам (п. 1 ст. 388 ГК РФ);
- 4) требования, уступка которых противоречит договору (п. 1 ст. 388 ГК РФ);
- 5) уступка без согласия должника требования по обязательству, в котором личность кредитора имеет существенное значение (п. 2 ст. 388 ГК РФ).

Рассмотрим, возможно ли отчуждение субъективного права удержания. Во-первых, укажем на принципиальную невозможность самостоятельного оборота прав, посредством которых обеспечивается исполнения обязательств²²², в отрыве от основного обязательства такие субъективные права имущественного значения иметь не могут. Они ценны лишь постольку, поскольку способны реализовать заложенную в них правом функцию: предоставить дополнительные гарантии исполнения обязательства для кредитора; взятые в отдельности от какого бы то ни было обязательства они юридически бессмысленны. Не допустить разделения обеспеченных и обеспечивающих правомочий между различными субъектами призвана ст. 384 ГК РФ, устанавливающая, что при цессии к новому кредитору переходят права, обеспечивающие исполнение обязательства.

Уже в силу одной только законодательной формулировки понятия права удержания в ст. 359 ГК РФ ретентором может быть исключительно кредитор по обязательству. Очевидно, что в случае утраты статуса такового (в том числе и при уступке права) лицо автоматически утрачивает право удержания. Следовательно, проблема отчуждаемости права удержания сводится лишь к вопросу о возможности перехода права удержания к цессионарию основного

²²² Даже в случае с оборотом ипотечных ценных бумаг полного отрыва обеспечения в виде залога недвижимого имущества от обязательства не происходит, поскольку понятие ипотечного покрытия формулируется как обеспеченные ипотекой требования о возврате основной суммы долга: обеспечением по ценным бумагам с ипотечным покрытием выступает, таким образом, не сама ипотека, якобы «передаваемая» залогодержателем в обеспечение собственных обязательств, а обязательство вместе

обязательства и в порядке универсального правопреемства. Буквальное прочтение процитированной нормы ст. 384 ГК РФ позволяет считать возможным переход к новому кредитору и права удержания, однако нам представляется, что на основе одной лишь нормы общего характера, оставляя без внимания существенные характеристики конкретного субъективного права, сделать однозначный обоснованный вывод невозможно. В силу ряда причин нам представляется, что право удержания представляет собой исключение из правила ст. 384 ГК РФ и не может перейти к новому кредитору ни автоматически при цессии основного обязательства, ни в силу особого договора между сторонами цессионной сделки.

Право удержания обусловлено наличным владением кредитора вещью должника. При этом мы констатировали, что владение должно быть первоначально получено потенциальным ретентором на законном основании от собственника-должника или по его воле. Гипотетическая передача права удержания немыслима без передачи владения удерживаемой вещью от «первоначального ретентора» «новому ретентору». В свою очередь владение как факт юридического господства над вещью невозможно передать без передачи самой вещи. Такая передача есть ни что иное, как определение юридической судьбы удерживаемой вещи – а это есть осуществление правомочия распоряжения ей, которое у ретентора отсутствует. Если к первоначальному ретентору вещь всегда попадает по воле собственника, то передача владения предметом удержания третьему лицу противоречит воле собственника, направленной в первую очередь на возврат вещи, но никак не на «удаление» ее от себя. Здесь следует отметить существование своеобразных доверительных отношений между ретентором и должником, особый характер которых предопределяется формулой «смотри кому веришь» («Тraw, schon wem») ²²³: доверив свою вещь лицу, являющемуся его кредитором, собственник имплицитно соглашается с возможностью применения в отношении него права

²²³ Подробнее о данном принципиальном положении и его значении для права: Магазинер Я. М. Общая теория права на основе советского законодательства. Глава VI. Субъективное право // Правоведение. – 1999. – № 2. – С. 44.

удержания. Причем применением его конкретным лицом, известным ему в качестве способного обеспечить сохранность конкретной вещи, поскольку стороны здесь связаны как правило двумя отношениями: из передачи вещи и основного денежного обязательства. Личность ретентора как владельца имеет существенное значение для собственника.

Кроме того, имеется еще одно препятствие для передачи права удержания, еще более глубокого порядка, но сводящееся в итоге к той же констатации значимости личности ретентора для должника. Как мы отмечали, удержание есть неисполнение обязанности по возврату вещи перед ее собственником. При отсутствии такой обязанности право удержания не может быть реализовано и остается будущей возможностью, если срок возврата вещи определен будущей датой. Следовательно, передача права удержания может быть осуществлена только 1) вместе с обязанностью возвратить вещь по исполнению обязательства или 2) лицу, уже обладающему обязанностью возвратить ту же вещь. Первый вариант представляет собой громоздкую конструкцию, предусматривающую перемену активного субъекта (перевод долга) в обязательстве по передаче вещи, существующем между теми же субъектами²²⁴, что невозможно без согласия управомоченного лица согласно ст. 391 ГК РФ. Теоретическая возможность передачи удержания вместе с обязательством по возврату вещи имеется. Нам представляется сомнительным, чтобы в условиях очевидного юридического конфликта собственник дал такое согласие на передачу своей вещи неизвестному для него лицу. Второй случай и вовсе невозможен, поскольку одновременно не могут существовать обязанности двух лиц передать третьему лицу одну индивидуально определенную вещь, являющуюся собственностью последнего.

Таким образом, допуская передачу права удержания третьему лицу без согласия собственника нам следует признать, что исполнение обязательства в этом случае не позволит собственнику-должнику истребовать свою вещь от

²²⁴ Ретентор в данном обязательстве является должником (активная сторона), а собственник-должник – кредитором (пассивная сторона).

«нового ретентора» в силу отсутствия иска к последнему. «Новый ретентор» получит вещь, но не будет обязан возвратить ее собственнику: между данными лицами не возникнет правоотношение, объектом которого является удерживаемая вещь. Личность ретентора важна для собственника, следовательно, как личность должника по обязательству, в содержание которого включается возврат удержанной вещи.

В случае, когда между собственником, ретентором (цедентом) и цессионарием все же будет достигнуто соглашение о передаче последнему вещи в качестве обеспечения, нельзя говорить о передаче удержания. Передача владения в данном случае будет происходить не от ретентора, а от собственника, что создаст самостоятельное основание (титул) для «нового ретентора». Право удержания «первоначального ретентора» прекратится, а у цессионария оно возникнет вновь, являясь полученным не по воле предшественника, а по воле собственника. Поскольку же совместная воля собственника-должника и нового кредитора направлена в данном случае, с одной стороны, на предоставление, а с другой – на получение обеспечения обязательства путем выделения части имущества для преимущественного обращения взыскания в случае неисправности, складывающееся правоотношение (очевидно, договор) является залоговым, не оставляющим места для конструкции удержания.

Единственным случаем, когда возможно говорить о переходе права удержания к другому лицу, является универсальное правопреемство – наследование или реорганизация юридического лица.

Резюмируя изложенное следует сделать вывод об отнесении права удержания к категории неотчуждаемых прав, поскольку, во-первых, личность ретентора имеет существенное значение для собственника, во-вторых, ретентор не обладает правом распоряжения удерживаемым имуществом. Переход обеспечения вместе с правом требования возможен только в порядке универсального правопреемства.

Глава 2. Правовая природа удержания

§ 1. Осуществление права удержания как гражданско-правовая сделка

Проблема определения правовой природы действий кредитора по осуществлению права удержания вещи должника, их квалификации в качестве того или иного вида юридически значимого поведения получила достаточно широкое освещение в научной и учебной литературе. Несмотря на то, что в ходе развернувшейся по этой проблеме дискуссии была сформулирована доминирующая на данный момент точка зрения на обеспечительное удержание как на сделку, вопрос отнюдь нельзя считать разрешенным окончательно.

Причинами, побуждающими нас к дальнейшему исследованию природы удержания и критическому осмыслению господствующей теории, является ряд выводимых из нее следствий, существенно ограничивающих реализацию норм гражданского законодательства об удержании, рассчитанных как раз на широчайшее и непосредственное применение участниками гражданского оборота, а также недостаточно обоснованная аргументация сторонников этой теории, положенная в основу далеко идущих выводов. Среди видимых помех обороту, вызываемых признанием за удержанием природы сделки, нам видится, во-первых, выделяемая авторами как неизбежная жертва стабильности невозможность *de lege lata* удержания недвижимых вещей и, во-вторых, применение к удержанию требований о форме сделок. Последнее, помимо очевидной бессмысленности дискуссии об иных формах совершения удержания (рассматриваемого здесь как сделка) кроме конклюдентных действий, если точнее, конклюдентного бездействия, порождает и более серьезные проблемы. В частности – определение момента совершения сделки по удержанию и порядка применения удержания, если в нем как в сделке имеется заинтересованность, или сделка по удержанию может быть квалифициро-

вана как крупная. Неоднозначной представляется и возможность оспаривания удержания вещи исходя из его пороков по общим или специальным основаниям недействительности сделок.

В настоящей главе нами предпринимается попытка отойти от доминирующей сегодня в отечественной науке теории удержания-сделки, указав на иной вариант квалификации исследуемого юридического факта – в качестве реализации меры оперативного воздействия на неисправного должника, тем более, что положительные шаги в данном направлении уже были сделаны до нас профессором Б. М. Гонгалом²²⁵ и авторским коллективом учебника гражданского права под редакцией профессора Е. А. Суханова²²⁶. Именно на такую природу осуществления правомочий ретентора указывается в ряде гражданско-правовых исследований советского периода²²⁷.

Поскольку в настоящей главе исследования мы столкнулись с проблемой спорной юридической квалификации удержания как сделки или меры оперативного воздействия, представляется необходимым определиться с самим понятием юридической квалификации. В отечественной юриспруденции специальные исследования проблемы юридической квалификации предпринимались лишь применительно к теории юридической ответственности²²⁸, в первую очередь, в уголовном праве²²⁹, оставаясь практически неизученными в иных отраслевых науках. Нельзя не отметить первостепенную важность

²²⁵ Гонгало Б. М. Общие положения учения об обеспечении обязательств и способах обеспечения обязательств / В сб.: Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. – М.: Статут. – 2001. – С. 63-105.

²²⁶ Гражданское право: В 2 т. Том I: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер. – 2004. – С. 381; Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер. – 2004. – С.133.

²²⁷ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / в кн. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000. – С. 142 и далее; Каудыров Т. Е. Оперативные санкции в системе способов обеспечения гражданско-правовых обязательств / Совершенствование правовых средств борьбы с гражданскими правонарушениями. – Алма-Ата, 1984. – С. 54-58; Пронина М. Г. Обеспечение исполнения норм гражданского права. – Минск: Наука и техника, 1974. – С. 74-79.

²²⁸ Бабай А. Н. Юридическая квалификация правового поведения личности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук, 1986; Чвялева Е. В. Теоретические проблемы юридической квалификации (понятие, структура, роль в правовом регулировании): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1986.

²²⁹ В уголовном праве в последнее время была выделена самостоятельная научная и учебная дисциплина «Научные основы квалификации преступлений», первыми монографическими исследованиями в данной области являются работы В. Н. Кудрявцева «Теоретические основы квалификации преступлений» (1963) и «Общая теория квалификации преступлений» (1972), а также изданная в 1976 году работа Б. А. Куринова «Научные основы квалификации преступлений».

создания общеправовой теории юридической квалификации правомерных действий, как составляющих основную массу правоотношений, но оставшихся за рамками уголовно-правовых исследований в силу специфики их предмета²³⁰. В качестве методологической базы для создания такой интегрированной теории целесообразно принять не только разработки представителей российских отраслевых наук, но и достижения зарубежной правовой мысли, где понятие юридической квалификации поведения разработано достаточно широко именно на уровне общей теории права.

Как указывает Ж.-Л. Бержель, «квалификационное описание какого-то акта, факта, юридического феномена состоит в том, чтобы соотнести его с какой-то существующей юридической категорией на том основании, что они имеют ее природу и, следовательно, заимствуют у нее режим. Отказ от того, чтобы интегрировать такой элемент в другую категорию, означает, что оно имеет природу, отличную от природы последней и подчиняется другому юридическому режиму. ... юрист следует путем подбора квалификаций, открывая категории, с которыми могут быть соотнесены конкретные случаи, подходящие под эти категории, и определяя правила, применимые к данным случаям»²³¹. Условиями истинности юридической квалификации в литературе называют: 1) истинное знание о признаках оцениваемых фактических обстоятельств; 2) правильный выбор правовой нормы; 3) истинное знание о содержании правовой нормы и 4) правильное выполнение логических операций в ходе юридической квалификации²³².

Таким образом, применительно к предмету нашего исследования необходимо произвести следующие операции: 1) определить понятие сделки как юридической категории, природу которой, предположительно, имеет удержание, вследствие чего на удержание должен распространяться юридический режим сделок; 2) выявить признаки обеспечительного удержания вещи как реального поведения; 3) установить соответствие или несоответствие

²³⁰ Чвялева Е. В. Указ. соч. – С. 1.

²³¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В. И. Даниленко / пер. с фр. – М.: Издательский дом NOTA BENE, 2000. – С. 360.

²³² Чвялева Е. В. Указ. соч. – С. 9.

признаков удержания содержанию понятия (то есть существенным признакам) сделки.

В случае если будет установлено, что удержание не подпадает под категорию сделки, необходимо заключить, что распространение на него правового режима сделок невозможно и следует попытаться выявить иную юридическую категорию, юридический режим которой может заимствовать удержание. В этом случае логика рассуждения дополняется такими операциями, как определение понятия меры оперативного воздействия как юридической категории и установление соответствия или несоответствия признаков удержания понятию меры оперативного воздействия.

Абстрактно последние два операции могут выполняться до тех пор, пока не будет выявлена юридическая категория, правовой природе которой соответствует удержание и которая, в свою очередь, распространяет свой правовой режим на поведение ретентора. Вместе с тем, исходя из современных достижений цивилистической науки и обозначенной на их основании гипотезы, предполагается исследовать возможность квалификации удержания в качестве гражданско-правовой сделки и меры оперативного воздействия.

Само по себе понятие гражданско-правовой сделки, не смотря на его ключевое значение для оборота, вряд ли можно отнести к остро дискуссионным проблемам цивилистики. Современное состояние исследованности данного вопроса в науке позволяет сделать вывод о том, что неопределенность сохраняется лишь в освещении отдельных его аспектов, например основания (*causa*) сделки.

Определения понятия сделки, не имеют существенных разночтений в выделяемых признаках и имеют лишь незначительные текстуальные различия. Так Д. И. Мейер называет юридической сделкой «всякое юридическое действие, направленное к изменению существующих юридических отношений»²³³, определяя в качестве «существенных условий» (признаков) сделок следующие: «1) чтобы юридическое действие *произвело* (курсив наш – А.Т.)

²³³ Мейер Д. И. Русское гражданское право. – М.: Статут, 2003. – С. 202

изменение в существующих юридических отношениях...; 2) чтобы юридическое действие было направлено к изменению существующих юридических отношений, предпринято с целью произвести это изменение»²³⁴. Е. В. Васьковский определяет сделку несколько иначе: «Сделками ... наз[ываются] такие дозволенные юридические действия, которые специально направлены на произведение какого-либо юридического последствия», добавляя, что «так как каждое сознательное действие человека представляет в сущности выражение его воли, то в определении сделки вместо слова «действие» обыкновенно употребляют слово «волеизъявление»»²³⁵. Как видим, с одной стороны, понятие сужается за счет верного указания, что сделками являются лишь дозволенные действия, а с другой стороны, необоснованно, по-нашему мнению расширяется за счет указания на любые юридические последствия, а не изменение правоотношений, как результат сделки. Определяя сделку, В. И. Синайский выделяет все те же следующие признаки: «1) волеизъявление лица или лиц, 2) волеизъявление дозволенное, то есть согласное с объективным правом, и 3) направленное на какие-либо юрид. последствия (возникновение, изменение и прекращение юрид. отношений)»²³⁶. Такое определение очевидно устраняет недостаток в определении сделки, данном Е. В. Васьковским.

Обстоятельному изучению понятие сделки подвергнуто в работах Г. Ф. Шершеневича. Автор определяет это понятие следующим образом: «Под именем юридической сделки понимается такое выражение воли, которое непосредственно направлено на юридические последствия, т.е. на установление, изменение или прекращение юридических отношений»²³⁷. Особенно важным, применительно к нашему исследованию, представляется указание на непосредственный характер причинной связи между действием и изменением содержания правоотношений.

²³⁴ Мейер Д. И. Указ. соч. – С. 202-203.

²³⁵ Васьковский Е. В. Учебник русского гражданского права. – М.: Статут, 2003 – С. 151. Стоит отметить мнение Г. Ф. Шершеневича, что юридическим действием «называется внешнее выражение воли человека, влекущее за собой юридические последствия» (Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. – М.: Спарк, 1995. – С. 113).

²³⁶ Синайский В. И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2003. – С. 112.

²³⁷ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. – С. 113-114.

Пожалуй, одним из крупнейших исследований теории сделок в советский период является работа И. Б. Новицкого «Сделки. Исковая давность», где сформулировано следующее определение: «Сделкой называется правомерное юридическое действие, совершаемое одним или несколькими дееспособными лицами, выступающими в качестве субъектов имущественных (гражданских) прав, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских правоотношений»²³⁸. При этом выделяются следующие признаки:

1. Сделка есть действие – совершается по воле²³⁹ человека, и направлено на определенную цель²⁴⁰;
2. Направленность действия на юридические последствия, которые являются желательными для действующего лица;
3. Правомерность – признак, характерный для сделок как типа правоотношений.

Новейшая юридическая литература исходит из легального определения сделки как действия гражданина или юридического лица, направленного на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ).

Определенную дискуссионность носит в литературе вопрос об основании сделки. В. С. Ем определяет *causa* сделки как типичную «для данного вида правовую цель, ради которой она совершается»²⁴¹, при этом основание должно отвечать требованиям законности и осуществимости. Д. В. Дождев

²³⁸ Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность. – М.: Госюриздат, 1954. – С. 17.

²³⁹ Впервые у И. Б. Новицкого мы находим указание на то, что «из сделки возникает правоотношение не в силу только воли участников ... а в силу того, что за сделкой такое значение признается волей государства» (Указ. соч. – С. 19). Позднее данный тезис был воспринят наукой и в новейшей учебной литературе он воспроизводится уже в качестве признака сделки (См. например: Гражданское право. Том I. Учебник. Издание пятое, переработанное и дополненное / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 2000. – С. 245 (автор главы М. В. Кротов); Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой (постатейный) / Рук. авт. коллект. и отв. ред. д.ю.н., проф. О. Н. Садилов. – М.: Издательский дом ИНФРА-М, 2002. – С. 399).

²⁴⁰ В дальнейшем изложении указывается, что «нет юридического действия если имеет место только внутренний психологический процесс. Только тогда, когда воля получает внешнее выражение... она может получить юридическое значение. [...] Выражением воли может служить и бездействие, отсутствие движений. Наиболее частым случаем такого бездействия является молчание, в котором *иной раз* (курсив наш – А.Т) закон предполагает наличие воли» (Новицкий И. Б. Указ. соч. – С. 19-20).

²⁴¹ Гражданское право: В 2 т. Том I: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 331.

указывает, что в римском праве правомерное основание сделки (*iusta causa*) представляло собой «признанную правопорядком социальную или хозяйственную цель, преследуемую сделкой»²⁴². Оспаривая приведенное определение, М. В. Кротов называет основанием «типовой юридический результат, который должен быть достигнут исполнением сделки», причем «основание является обязательным элементом сделки, за исключением случаев, специально указанных в законе»²⁴³. При этом автор ссылается на мнение Д. Д. Гримма о том, что *causa* есть «объективный результат, который должен быть достигнут исполнением сделки, в противоположность цели, ради которой совершается сделка»²⁴⁴. Принимая любой из этих подходов можно заключить, что основание сделки соотносится с волеизъявлением субъекта при совершении сделки такого типа как общая познаваемая на основе закона модель и частное ее проявление в действительности.

Изложенное позволяет сделать вывод о тех четырех признаках, которые необходимо выявить у явления, чтобы квалифицировать его в качестве гражданско-правовой сделки: 1) наличие основания – типичного результата, порождаемого действиями такого вида – правомерного и достижимого; 2) наличие действия как внешнего волеизъявления субъекта; 3) направленность волеизъявления на изменение содержания гражданских правоотношений; 4) причинная связь между действием и реальным изменением содержания правоотношений.

Впервые квалификация обеспечительного удержания в качестве сделки была осуществлена в монографическом исследовании С. В. Сарбаша²⁴⁵ и ряде его статей²⁴⁶. Впоследствии изложенная позиция без существенных кор-

²⁴² Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В. С. Нерсесянца. – М.: НОРМА, 2003. – С. 141-142.

²⁴³ Гражданское право. Том 1. Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 2000. – С. 246.

²⁴⁴ Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права. – СПб., 1907. – С. 95-96.

²⁴⁵ Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 1998; он же. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1998. – С. 184-190. Далее, если иное специально не оговорено, ссылки на данную работу С. В. Сарбаша приводятся по второму, исправленному изданию: Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 2003. – С. 144-146.

²⁴⁶ Сарбаш С. В. Некоторые аспекты применения права удержания // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 1997. – № 11. – С. 96; Он же. Право удержания и самозащита // Юридический мир. – 1998. – № 8. – С. 47-54.

ректив была воспринята рядом авторов, будучи в той или иной мере модифицированной исходя из целей конкретного исследования²⁴⁷. Некоторые авторы лишь называют удержание сделкой, не излагая сколь-нибудь существенного обоснования такой квалификации²⁴⁸. Рассмотрим основные доводы сторонников концепции удержания-сделки.

Исходя из обеспечительных свойств исследуемого института, С. В. Сарбаш определяет право удержания как «специфический способ обеспечения исполнения обязательств, выражающийся в односторонней сделке, в соответствии с которой лицо, владеющее чужой вещью (ретентор), вправе не выдавать ее другому лицу, если ретентор понес в связи с этой вещью издержки, убытки, не получил оплаты или имеет требование к должнику, возникшее из обязательства, стороны которого действуют как предприниматели, и может удовлетворить свои требования из стоимости вещи по правилам, установленным для залога, если его требования не будут погашены»²⁴⁹.

Обосновывая квалификацию удержания в качестве сделки, автор указывает на наличие действия, выражающегося «в том, что ретентор не выдает вещь, то есть предпринимает определенные усилия, направленные на то, чтобы вещь не перешла в обладание другого лица. ... такие действия могут ... иметь пассивный характер»²⁵⁰. На, этом по существу, обоснование правовой природы удержания заканчивается, и на иные признаки сделки автор не указывает, подробно останавливаясь лишь на требованиях к форме «сделки об удержании». Характеристика формы сделок, по нашему мнению, не может свидетельствовать в пользу соответствующей квалификации удержания, особенно в свете сформулированного автором вывода о том, что особенных требований к форме сделки в данном случае не предъявляется.

²⁴⁷ Южанин Н. В. Удержание как способ обеспечения исполнения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – Рязань, 2001. – С. 13, 94; Якушина Л. Н. Удержание в системе способов обеспечения исполнения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2002. – С. 69-73, 79-82.

²⁴⁸ Брагинский М. Б., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. – М.: Статут, 1997. – С. 448. Макаров Д. Ю. Право удержания как новый способ обеспечения обязательств // Юрист. – 2000. – № 8. – С. 28; Тимохина Е. Удержание как один из способов обеспечения исполнения обязательств // Экономика и Жизнь – Сибирь. – 2000. – № 16.

²⁴⁹ Сарбаш С. В. Указ. соч. – С. 144.

²⁵⁰ Там же. – С. 145.

Л. Н. Якушина, развивая тезис С. В. Сарбаша об удержании-сделке, выделяет в качестве действий следующие: определенные усилия, применяемые чтобы удерживать имущество, не выдавать его должнику; собственно «держание имущества должника»²⁵¹; извещение должника; опись удерживаемого имущества²⁵². Хотя и без прямого указания, выделяется то, что может быть названо основанием сделки по удержанию: «побудить должника исполнить обязательство»²⁵³.

В качестве правовых последствий совершения упомянутых выше действий Л. Н. Якушина называет²⁵⁴: возникновение у кредитора права не передавать вещь; возникновение у кредитора права на возмещение связанных с вещью издержек и других убытков; возникновение у кредитора права на удовлетворение своих требований из стоимости вещи; возникновение обязанности у кредитора обеспечить сохранность вещи до исполнения обязательства.

Причинная связь между конкретными видами действий кредитора и их предположительными правовыми последствиями автором не исследуется.

Рассмотрим состоятельность вышеизложенных доводов и установим, возможна ли квалификация удержания в качестве сделки.

Следует сразу обратить внимание на некорректность в отдельных случаях самой формулировки проблемы исследования правовой природы удержания. Так, логическую ошибку содержит следующая постановка Л. Н. Якушиной вопроса о природе удержания: «Что из себя представляет *действие* как *право* удержания?» Субъективное право есть юридически гарантированная и обеспеченная обязанностями других лиц возможность определенного поведения²⁵⁵. Совершенно очевидно, что возможность поведения не тождественна реальному, фактическому поведению. Действием (или бездействием,

²⁵¹ По-видимому, исходя при этом из обыденного смысла глагола «держать».

²⁵² Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 70.

²⁵³ Там же.

²⁵⁴ В приводимом перечне мы опускаем приводимое Л. Н. Якушиной в качестве самостоятельного последствия возникновение у должника обязанностей, коррелирующих предположительно возникающим правам кредитора-ретентора.

²⁵⁵ Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. М. Н. Марченко. – М.: ЮристЪ, 2001. – С. 382.

как в случае удержания), то есть реальным поведением субъекта правоотношения, может быть реализация права, но никак не само субъективное право. Следовательно, учитывая, что сделка есть действие, ошибочны утверждения ряда авторов о том, что *право удержания* является сделкой²⁵⁶. Право, безусловно, может само по себе являться юридическим фактом и в рамках сложного юридического состава порождать новые субъективные права²⁵⁷. Однако, представляя собой лишь возможность действия, право никак не может быть отнесено к сделкам.

Сторонниками господствующей концепции указывается на то, что «сделка по удержанию» совершается кредитором. В то же время, как было показано выше, право удержания возникает вследствие наличия сложного юридического состава, в который волеизъявление кредитора не входит правообразующим фактом. Следовательно, невозможно утверждать, что право удержания порождается совершаемой кредитором сделкой, поскольку это право возникает у последнего помимо его воли.

При удержании отсутствует действие – существеннейший элемент и необходимый признак гражданско-правовой сделки как юридического акта субъекта. При осуществлении права удержания должник не сталкивается с активными действиями ретентора-кредитора (по крайней мере, активные действия не составляют существа удержания): удержание как сохранение владения заключается в невыдаче вещи, неисполнении обязанности передать вещь собственнику-должнику или третьему лицу по его указанию. На данную особенность права удержания указывалось еще составителями проекта Гражданского уложения в начале XX века. В частности, указывалось, что «право удержания может быть все осуществлено лишь в отрицательной форме; путем неисполнения обязательства, состоящего в передаче удерживаемо-

²⁵⁶ Л. Н. Якушина указывает, что «*право удержания* следует рассматривать прежде всего как сделку» (Якушина Л. Н. указ. соч. – С. 69); Сарбаш С. В. в статье «Некоторые аспекты применения права удержания» (Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 1997. – № 11. – С. 96) отмечает: «*Право удержания* представляет собой одностороннюю сделку, ведущую к прекращению права собственности должника» (курсив наш – А. Т.).

²⁵⁷ Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / В кн.: Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2000. – С. 631 и далее.

го имущества... не может быть речи о каком-либо положительном действии со стороны обязанного лица по осуществлению права удержания»²⁵⁸.

Активные действия, если они и имеют место, то не связаны с возникновением у ретентора каких-либо прав на вещь или прав на сохранение владения ею. В доктрине правильно указывается на ряд действий ретентора, действительно «связанных с удержанием»: извещение должника, опись удерживаемого имущества²⁵⁹. Однако данные действия являются лишь сопутствующими удержанию, их совершение или не совершение не влияет на формирование субъективного права ретентора или действительность этого права. Не выражая сути удержания (правомочие не выдавать чужую вещь до момента исполнения обязательства), эти действия не составляют необходимых элементов его формы, исключение любого из них не приводит к появлению каких-либо пороков в самом субъективном праве удержания или порядке его осуществления. Можно заметить, тем не менее, что указанные действия могут иметь серьезное доказательственное значение при возникновении споров о первоначальном состоянии удерживаемой вещи, составе удерживаемого имущества и принадлежности его конкретному должнику, о моменте уведомления должника об удержании его вещи и т.д. Такие действия, как принятие мер по охране предмета удержания, обеспечение надлежащих условий его хранения, направлены в первую очередь, на сохранение за ретентором факта владения удерживаемой вещью, а во вторую – на сохранение экономической ценности, заключенной в вещи, товарных свойств, сохранение ее стоимости – ведь именно стоимость является обеспечением требований кредитора к должнику.

Общая теория права под действием понимает юридический факт – волевой акт поведения людей, внешнее проявление их воли и сознания – который противопоставляется бездействию – пассивному поведению, не имеющему внешнего выражения. Бездействие может быть правомерным и

²⁵⁸ Гражданское уложение. Проект. Т. 2 / Под ред. И. М. Тютрюмова. – СПб.: Издание книжного магазина «Законоведение». – 1910. – С. 235.

²⁵⁹ Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 70; Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 2003. – С. 145.

неправомерным и помимо прочего включает в себя неисполнение обязанности²⁶⁰, что и составляет существо реализации права удержания как обеспечительной меры. Родовым понятием по отношению к обоим элементам дихотомии является деяние²⁶¹. Следовательно, даже формально не вполне верно относить удержание к сделкам, поскольку данное субъективное право реализуется посредством бездействия, а не действия, и не соответствует потому легальному понятию гражданско-правовой сделки.

Однако различие между последствием действия и бездействия с точки зрения их последствий для гражданского правоотношения основывается не только на вышеназванном формальном признаке, но имеет более глубокие, сущностные корни. Бездействие, пусть даже волевое и целенаправленное, не может привести к совершению сделки. В имеющейся литературе по гражданскому праву нами не отмечено упоминания о случаях совершения сделки путем бездействия. Единственным случаем, когда ГК РФ упоминает о возможности совершения сделки путем бездействия, является ст. 442 в соответствии с которой молчание признается выражением воли совершить сделку только при условии, если это предусмотрено законом или соглашением сторон²⁶². Таким образом, акцепт как сделка может быть совершен путем бездействия лишь в порядке исключения. В то же время правило ст. 442 ГК РФ не может быть использовано для регулирования института удержания даже по аналогии: ведь законом прямо не предусмотрено, что бездействие кредитора, заключающееся в удержании вещи, представляет собой сделку, а соглашение кредитора и должника, на основании которого бездействие могло бы квали-

²⁶⁰ Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. – М.: Юридическая литература, 1961. – С. 354 - 355. Е. М. Денисевич разделяет «односторонние волевые акты по форме их проявления на положительные и отрицательные... Положительное волеизъявление как правило принимает языковую форму (с ее делением на устную и письменную) [...] другая форма выражения положительного волеизъявления – посредством действия... Отрицательное проявление воли находит свое выражение в двух формах: правомерной – молчании, и неправомерной – бездействии» (Денисевич Е. М. Односторонние сделки в гражданском праве Российской Федерации: понятие, виды и значение: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2004. – С. 11-13).

²⁶¹ Под деянием понимается отдельный акт поведения, находившегося под контролем воли и разума субъекта, охватывающий 1) как действие, так и бездействие; 2) как умышленные, так и неосторожные поступки (Там же. – С. 330).

²⁶² Подробнее см.: Брагинский М. И. Осуществление и защита гражданских прав. Сделки. Представительство. Доверенность. Исковая давность // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 1995. – № 7. – С. 105.

фицироваться в качестве сделки, на стадии возникновения права удержания отсутствует. На невозможность совершения сделки путем бездействия указывается и в научной литературе. Так, Е. М. Денисевич утверждает, что «неправомерное бездействие (упущение) вызывает юридические последствия, однако такое поведение не пользуется охраной закона, поэтому не может рассматриваться как сделка, в том числе односторонняя»²⁶³.

Совершение сделки как действия предполагает наличие достаточно определенного момента во времени, когда вовне выражается свободная воля дееспособного лица на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Однозначность и определенность момента совершения лежит в самой природе сделки: гражданскому праву неизвестны сделки длящиеся, сделки-состояния, когда для соответствующего воздействия на гражданское правоотношение требуется сколько-нибудь продолжительное выражение воли стороны сделки, не сводимое к одному моменту. Особенно выпукло такое свойство просматривается на примере договоров, когда сделка считается совершенной в момент совпадения воли всех сторон договора. Рассматривая осуществление права удержания, мы сталкиваемся именно со случаем длящегося волеизъявления: воздерживаясь от передачи вещи должнику кредитор выражает свою волю на это в течение всего срока удержания. Воля на возникновение каких бы то ни было правовых последствий выражается не одномоментно, а длится. Сущностное правовое значение в качестве внешнего волеизъявления при реализации удержания имеет только неисполнение обязанности возвратить предмет удержания кредитору или третьему лицу, тогда как письменное или устное уведомление должника о применении удержания носит второстепенный характер. Поскольку действие традиционно в доктрине гражданского права отождествляется с внешним проявлением воли, отсутствие определенного момента волеизъявления на совершение «сделки об удержании» однозначно свидетельствует об отсутствии при реализации удержания такого признака сделки как действие.

²⁶³ Денисевич Е. М. Указ. соч. – С. 14.

Деятельность ретентора не направлена на возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей и не приводит к изменению содержания правоотношений.

Не вполне верно утверждать, что «стремление достичь определенных правовых последствий»²⁶⁴ при совершении лицом действий является достаточным признаком сделки. С помощью приведенного утверждения Л. Н. Якушина стремится обосновать природу удержания как сделки – доказать наличие направленности удержания на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Согласимся с автором в том, что любая сделка направлена на то, чтобы вызвать правовые последствия, но это последствия не любые, а те лишь, которые заключаются в изменении (в широком смысле включающем в себя возникновение и прекращение прав и обязанностей) содержания правоотношений сторон. Следовательно, признавая некое юридически значимое действие сделкой, мы должны, во-первых, обнаружить изменение прав и обязанностей сторон данного правоотношения и, во-вторых, установить наличие причинно-следственной связи между рассматриваемым действием и изменением содержания правоотношения.

Как уже было показано выше, субъективное право удержания возникает не вследствие совершения сделки, единственным внешним изъяслением воли кредитора, рассмотрение правовой природы которого с целью определения соответствия понятию сделки уместно в нашем исследовании, является реализация права удержания. Хотя нами было установлено, что реализация права удержания не представляет собой действия, воля кредитора, направленная на осуществление удержания присутствует, пусть и в пассивной форме. Игнорировать данное выражение воли было бы неверно. Потому нам представляется необходимым рассмотреть вопрос о последствиях, предположительно вызываемых этим волеизъявлением, и о том, возможно ли рассматривать эти последствия в качестве изменения содержания гражданских правоотношений.

²⁶⁴ Якушина Л. Н. указ. соч. – С. 70.

Осуществление субъективного права непосредственно направлено на удовлетворение каких-либо интересов (потребностей) лица, в случае осуществления права удержания имущества лицо действует с целью обеспечить исполнение обязательства должником – кредитор имеет прямой имущественный интерес в осуществлении этого права. Реализуя право удержания, кредитор в результате собственного поведения получает обеспечение исполнения обязательства в виде «реального кредита»²⁶⁵, аналогичного по своему эффекту залогоу, но не изменяет содержания сложившихся правоотношений, как не создает и новых²⁶⁶.

Реализация права удержания имеет два непосредственных объекта воздействия, что определяется сложной структурой самого этого субъективного права, сконструированного отечественным законодателем по исполнительской модели. Во-первых, стимулирующий компонент удержания направлен на волю должника, с целью склонить его к добровольному исполнению обязательства в надлежащей форме. Нам представляется ошибочным мнение Л. Н. Якушиной, согласно которому воздействие на волю с целью «достичь определенного правового результата: побудить должника исполнить обязательство»²⁶⁷ является доказательством отнесения удержания к сделкам. Даже предположив, что право удержания порождает особое вещное право кредитора, мы не сможем доказать факт совершения сделки. Если у ретентора и возникает право на вещь, то оно является вещно-правовым элементом (правомочием) предусмотренного ст. 359 ГК РФ субъективного права и появляется оно в тот момент, когда возникает право удержания в целом. А на этой стадии рассматриваемого правоотношения волеизъявление кредитора не является юридическим фактом, необходимым для возникновения субъективного права удерживать чужую вещь в обеспечение неисполненного обязательства. Сле-

²⁶⁵ Реальный кредит заключается в обеспечении исполнения долга из имущества известного лица путем выделения какого-либо определенного объекта. В противоположность реальному, личный кредит основывается на доверии к личности кредитруемого: кредит оказывается этому лицу во внимание к его общему хозяйственному положению, гарантией в этом случае служит все имущество должника» (Хвостов В. М. Система римского права. Учебник. – М.: Спарк, 1996. – С. 326-327).

²⁶⁶ Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. – М.: Статут, 2004. – С. 99-100.

²⁶⁷ Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 70.

довательно, ограниченное вещное право ретентора если и возникает (изменяется содержание правоотношений сторон по поводу удерживаемой вещи), то возникает оно вследствие определенного законом фактического состава, что не тождественно использованному в понятии сделки термину «действия граждан и юридических лиц».

Гражданско-правовая сделка как юридический факт должна влечь безусловное изменение содержания правоотношения. Даже в случае совершения условной сделки в момент наступления условия права и обязанности возникают, изменяются или прекращаются вне зависимости от воли человека. Не стоит понимать предыдущее высказывание как отрицающее волевою природу юридических поступков и актов. В этих случаях юридическим фактом является не воля субъекта как таковая, а волеизъявление, объективированное в поведении (зачастую – в документе). Предпосылкой поведения является воля, но определенный законом тип волеизъявления автоматически, безусловно, сам по себе влечет изменения в юридической сфере субъекта. Можно сказать, что между юридическим фактом и его юридическими последствиями не стоит ничья воля.

При осуществлении удержания ситуация иная. Воля кредитора действительно направлена, как указывает Л. Н. Якушина, на достижение правовых последствий – исполнение обязательства должником. Однако факт удержания не обуславливает с неизбежностью достижение этого последствия. Между выраженным в бездействии волеизъявлением кредитора при удержании, и целью последнего – исполнением обязательства – стоит свободная воля должника, от которой зависит реальный результат. Негативные последствия для имущественной сферы должника, вызванные удержанием, могут явиться лишь одним из факторов, стимулирующих к надлежащему исполнению, но удержание не носит в этом случае характера юридического факта (в том числе и сделки), не обуславливая необходимой причинной связи между волеизъявлением кредитора и правовыми последствиями в виде исполнения обеспеченного обязательства.

Кроме того, воля кредитора направлена на осуществление действий должником, но не на изменение содержания основного правоотношения, которое уже изменено к этому моменту сложным юридическим составом, породившим субъективное право удержания.

Воздействие на волевою сферу должника при удержании, пусть даже с целью достижения определенных юридически значимых последствий, не равнозначно воздействию на правоотношение, которое производит совершение сделки. Стимулирующий эффект, оказываемый удержанием, не изменяет, да и не способен изменить содержание существующих между сторонами правоотношений, либо создать новые. Сделка непосредственно приводит к возникновению, изменению или прекращению прав и обязанностей гражданских, тогда как исполнение обязательства – «правовой результат» (в терминологии Л. Н. Якушиной), достигается не собственно удержанием, фактом сохранения кредитором владения вещью должника, а свободной волей последнего, на которую удержание оказывает лишь стимулирующее воздействие. На такое свойство обеспечительных мер указывает М. Г. Пронина: «задача обеспечения норм права сводится к тому, чтобы, воздействуя на сознание человека, способствовать возникновению у него мотивов правомерного поведения, стремления следовать требованиям норм права», причем «стимулом, побуждающим человека к надлежащему поведению, являются не только фактические акты принуждения... но и угроза их наступления»²⁶⁸. Следовательно, между удержанием и исполнением обязательства отсутствует непосредственная причинно-следственная связь. Если бы таковая существовала, то необходимость в исполнительской составляющей права удержания просто отпала.

Кроме того, стимулирование должника к исполнению обязательства вообще никак не влияет на содержание правоотношений кредитора и должника: существующее денежное обязательство от факта невыдачи вещи собственнику не изменяется и не прекращается, исполнение же обязательства, как

²⁶⁸ Пронина М. Г. Обеспечение исполнения норм гражданского права. – Минск: Наука и техника, 1974. – С. 19, 83.

добровольное, так и в порядке обращения взыскания, прекращает данное обязательство само по себе, безотносительно к применению удержания.

Неисполнение кредитором обязанности возвратить вещь должнику является пассивным поведением, направленным, в первую очередь, на сохранение силами кредитора ценности предмета удержания. В конечном итоге это поведение способно влиять на фактические отношения и, уже совершенно опосредовано, на правоотношения сторон, вызывая у неисправного контрагента определенные психические переживания, воздействуя на его волю. Но неисполнение обязанности (что тождественно удержанию) никак не может быть непосредственно направлено на изменение содержания гражданских правоотношений. Особенно в том случае, когда обеспечиваемое обязательственное правоотношение никак не связано с обязанностью возвратить вещь, что имеет место при осуществлении удержания между предпринимателями.

Если признать удержание сделкой, вследствие которой возникает ограниченное вещное право, то, очевидно, такое право может исчезнуть (прекратиться) лишь по волеизъявлению правообладателя. Однако как следует из систематического толкования закона и признается большинством исследователей, владение ретентора не защищено юридически против действий должника (собственника) или даже третьих лиц. Ретентор может рассчитывать лишь на принятые им фактические меры к охране своего владения – это объясняется фактическим, но не юридическим характером владения вещью при удержании. Выбытие вещи из владения кредитора, даже произошедшее помимо его воли, прекращает право удержания, гипотетически рассматриваемое в качестве вещного. В отсутствие в современном отечественном гражданском праве владельческой защиты, кредитор не вправе требовать возврата ему этой вещи не только от собственника, но и от любых третьих лиц, пусть даже их действия носят противоправный характер. Как отмечает Д. А. Малиновский, третье лицо может прекратить существование чужого обязательственного права путем прекращения существования его субъекта или матери-

ального объекта²⁶⁹. Данный вывод представляется нам в полной мере справедливым и для субъективного права удержания. Неправомерное завладение удерживаемым материальным объектом, даже специально направленное на прекращение права удержания, не должно приводить к задуманному правовому результату – прекращению вещного права удержания, если предположить существование такового.

На основании изложенного остается констатировать, что гипотетическое вещное право удержания может прекратиться вследствие неправомерных действий третьих лиц, противоречащих воле правообладателя, что безусловно есть юридический нонсенс, ибо в таком случае мы приходим к признанию за неправомерными действиями правоизменяющей силы сделок. В соответствии же с цивилистической традицией, сделка – всегда действие правомерное. Неправомерные действия могут породить лишь последствия, предусмотренные законодательством и обусловленные их объективной противоправностью²⁷⁰. Значит, реализация права удержания не порождает и особого, самостоятельного вещного права на предмет удержания.

В литературе²⁷¹ осуществление права удержания относится к односторонним сделкам – для совершения которых достаточно волеизъявления только одного лица²⁷². Рассмотрим, как осуществление удержания соответствует положениям теории односторонних сделок. Сделки рассматриваемого типа классифицируются на два вида в зависимости от того эффекта, который оказывается на правовую сферу третьего лица. Одностороннеуправомочивающие сделки порождают его право, тогда как одностороннеобязывающие сделки связаны с возникновением у третьего лица обязанностей. Б. Б. Черепяхин указывал, что первая из указанных групп сделок – это действия по предоставлению субъективного права, вторая – действия, кото-

²⁶⁹ Малиновский Д. А. Актуальные проблемы категории субъективного вещного права: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – С. 88.

²⁷⁰ Гражданское право: в 2 т. Том I: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 333.

²⁷¹ Макаров Д. Ю. Право удержания как новый способ обеспечения исполнения обязательств // Юрист. – 2000. – № 8. – С. 28; Сарбаш С. В. Некоторые аспекты применения права удержания // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 1997. – № 11. – С. 96. Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 70.

²⁷² Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. – М.: СПАРК, 1995. – С. 115.

рые производят юридически обязательные изменения, связывающие другое лицо²⁷³.

Как отмечает С. С. Алексеев, в правовой природе односторонне-обязывающих сделок кроется один из наиболее трудных вопросов проблемы односторонних сделок в гражданском праве. Трудность эта объяснима тем, что участники гражданских правоотношений «по своему исходному положению лишены возможности своими односторонними действиями возлагать на других лиц какие-либо юридические обязанности или иным образом воздействовать на их правовое положение, вторгаться в чужую правовую сферу»²⁷⁴. Каким образом разрешается такое противоречие? Следует согласиться с точкой зрения, высказанной Б. Б. Черепахиным: «Чтобы кто-либо мог своей односторонней волей произвести правовые изменения, связывающие другое лицо, ... необходимо обладать особым правомочием, основанным на правовой норме или же на правоотношении, в котором субъект одностороннего волеизъявления уже состоит с лицом, по отношению к которому он вправе осуществлять свою одностороннюю волю»²⁷⁵.

По мнению С. С. Алексеева²⁷⁶, упомянутые правомочия могут быть классифицированы на правообразовательные и секундарные. Первые существуют в области формирования обязательственных и иных гражданско-правовых отношений, например, правомочия адресата оферты, порожденные ее получением, правомочие наследника принять открывшееся наследство. Секундарные правомочия относятся к действию, к изменению или прекращению существующих обязательств – право на зачет встречных односторонних требований, право выбора должника в альтернативном обязательстве, право на отказ в акцепте инкассового поручения и другие. Реализация заключенных в них правомочий составляет совершение односторонне-обязывающей сделки. Указывается, что «секундарные правомочия – это именно «вторич-

²⁷³ Черепахин Б. Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. М.: Госюриздат, 1962. – С. 29-32.

²⁷⁴ Алексеев С. С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования / Антология уральской цивилистики. 1925-1989: Сборник статей. – М.: Статут, – С. 57-58.

²⁷⁵ Черепахин Б. Б. Правопреемство по советскому праву / В кн.: Труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2002. – С. 57

²⁷⁶ Алексеев С. С. Указ. соч. – С. 58-61.

ные» правовые образования, которые как бы надстраиваются над главным содержанием обязательства, входят в состав субъективного права кредитора в качестве дополнительных элементов. ... односторонне-обязывающие сделки ... являются «чистыми» юридическими фактами: они не регламентируют содержания прав и обязанностей»²⁷⁷.

Рассмотрим теперь, как в изложенную концепцию односторонних сделок укладывается удержание, если предположить его природу как сделки. С очевидностью можно утверждать, что реализация права удержания не влечет возникновения каких-либо новых прав у должника, следовательно, оно может представлять собой только односторонне-обязывающую сделку. Поскольку реализация удержания не связана с формированием обязательственных или иных правоотношений, гипотетическую сделку по удержанию следует отнести ко второму из рассмотренных выше типов односторонне-обязывающих сделок, возникающему на основании вторичных правомочий. Действительно, внешнее сходство реализации права удержания и данного типа сделок велико: оба правоотношения основываются на уже существующем обязательственном правоотношении, оба являются следствием управомоченного поведения кредитора. Вместе с тем, на наш взгляд, будет не вполне верно квалифицировать реализацию субъективного права удержания как одностороннюю сделку обязывающего типа, имея в виду следующее.

1. Рассуждая так, мы обязаны признать возникающее на основании сложного юридического состава правомочие кредитора удерживать вещь должника вторичным правом. Собственно право удержания возникнет по данной логике в момент, когда кредитором не будет исполнена обязанность возвратить предмет удержания должнику или указанному им лицу. Однако в этом случае действия вторичного управомоченного, направленные на совершение сделки и приобретение права, совпадали бы с действиями по его реализации: генезис права оказался бы тождественен его осуществлению, что теоретически вряд ли возможно. Кроме того, как было нами обосновано в

²⁷⁷ Малиновский Д. А. Указ. соч. – С. 88.

главе 1 диссертации, правомочие кредитора удержать вещь должника, возникающее на основании сложного юридического состава, есть самостоятельное и полноценное субъективное право, а не «секундарное правомочие», порождающее лишь «правовую связанность» обязанного субъекта, но не его позитивную обязанность.

2. Секундарные правомочия входят в состав субъективного права (основного права) кредитора в качестве дополнительных элементов. Совершение односторонне-обязывающей сделки на основании секундарного правомочия должно привести к изменению или прекращению основного субъективного права, над которым возникала «надстройка» права секундарного. Так, правомочие совершить в одностороннем порядке зачет встречных однородных требований является элементом любого такого субъективного права, объект которого может быть однородным с объектом встречного права контрагента. Осуществление этого вспомогательного элемента субъективного обязательственного права (требования) возможно при наличии ряда дополнительных юридических фактов: наличия встречных требований, их однородности, действительности. При этом односторонняя сделка по зачету приводит к прекращению основного обязательства – прекращаются все права и обязанности сторон правоотношения, составляющие содержание последнего. Зачет непосредственно влечет прекращение обязательства, являясь юридическим фактом, предусмотренным ст. 410 ГК РФ.

Применение данных теоретических посылок к реализации обеспечительного института удержания дает следующую картину. Право кредитора удержать вещь должника предстает секундарным правомочием, входящим в состав субъективного права из обеспечиваемого обязательства, что с определенными допущениями принципиально не противоречит истине. Однако реализация такого правомочия, рассматриваемая в данной концепции как совершение односторонней сделки, должна с неизбежностью²⁷⁸ повлечь

²⁷⁸ Мы согласны с тезисом С. С. Алексеева о том, что воздействие односторонне-обязывающих сделок на правовую сферу иных лиц в принципе однотипно с тем действием, которое оказывает на правоотношение всякий иной юридический факт, с той лишь разницей, что здесь «ввод в действие» данного правоизменяющего или правопрекращающего факта зависит от воли управомоченного.

изменение или полное прекращение основного – обеспеченного удержанием обязательства. Однако ни прекращения, ни даже изменения в содержании обязательственного правоотношения не происходит. Хотя удержание и направлено в конечном счете на то, чтобы понудить должника прекратить существующее обязательство добровольным исполнением, однако совершение удержания не может расцениваться как юридический факт, достаточный сам по себе для прекращения основного правоотношения: для достижения этого результата необходимо волеизъявление и реальные действия должника по исполнению обязательства. Изменений в существующем обеспеченном обязательстве, которые наступают в случае совершения гипотетической сделки по удержанию, нами также не установлено, не выявлено их и в научной литературе²⁷⁹. Из изложенного мы заключаем, что удержание не влечет тех правовых последствий, которые характерны для односторонне-обязывающих сделок, совершаемых на основе секундарных правомочий.

Поскольку в ходе предыдущего изложения было установлено отсутствие при осуществлении удержания каких-либо юридически значимых действий кредитора, а также изменений в содержании правовых отношений между кредитором и должником, можно констатировать, что отсутствуют объекты, между которыми возможно было бы построение причинно-следственной связи, что требуется для определения удержания в качестве сделки.

Таким образом, проведенное исследование не позволило выявить при осуществлении удержания как самих действий субъекта, так и их направленности на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Осуществление удержания в принципе не способно изменить содержание правоотношений сторон, а следовательно, невозможно говорить о наличии непосредственной причинной связи между осуществлением удержания и исполнением обязательства должником.

²⁷⁹ По мнению Б. М. Гонгало, «Действия по удержанию имущества должника не влекут модификации правовой связи кредитора и должника (не появляются новых прав и обязанностей, не прекращаются существующие, не меняется их содержание)» (Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики – М.: Статут, 2002. – С. 100).

§ 2. Осуществление права удержания как мера оперативного воздействия

Если к удержанию имущества должника не может быть применен правовой режим сделки, необходимо отыскать иную правовую категорию правовой природе которой отвечают признаки удержания. В соответствии с рабочей гипотезой исследования таковой может являться категория мер оперативного воздействия. Рассмотрим по изложенной выше схеме признаки данной категории, далее проведя их сопоставление с признаками понятия удержания.

Впервые признаки мер оперативного воздействия были выявлены В. П. Грибановым в работе «Пределы осуществления и защиты гражданских прав». Впоследствии оперативные меры исследовались, в первую очередь, исходя из их обеспечительных свойств, что предопределило «скорее практическую, чем научную ценность многих работ по данной проблематике»²⁸⁰. Теоретические взгляды В. П. Грибанова и его научных последователей были переосмыслены применительно к современным реалиям российского гражданского права М. С. Карповым в диссертационном исследовании «Гражданско-правовые меры оперативного воздействия». Специальному исследованию проблемы мер оперативного воздействия во взаимосвязи с институтом обеспечительного удержания уделили внимание также С. В. Сарбаш²⁸¹, Л. Н. Якушина²⁸².

В. П. Грибанов определил меры оперативного воздействия как «юридические средства правоохранительного характера, которые применяются к нарушителю гражданских прав и обязанностей непосредственно самим уполномоченным лицом, как стороной в гражданском правоотношении, без обра-

²⁸⁰ Карпов М. С. Гражданско-правовые меры оперативного воздействия: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 4

²⁸¹ Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 2003. – С. 194-197.

²⁸² Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 181-188.

щения за защитой права к компетентным государственным или общественным органам»²⁸³.

В соответствии с этим определением выделяются следующие признаки мер оперативного воздействия:

1. Правоохранительный характер, выражающийся через специфическую задачу «охраны прав и интересов управомоченного лица» и ограничение применения их теми случаями, «когда обязанная сторона допустила те или иные нарушения»²⁸⁴. В современной учебной литературе меры оперативного воздействия рассматриваются как вид способов защиты гражданских прав²⁸⁵. Из правоохранительного характера выводится превентивное, предупредительное значение мер оперативного воздействия: «применение их управомоченным лицом устраняет возникновение для него в будущем возможных убытков»²⁸⁶.

2. Односторонний характер, заключающийся в том, что управомоченный субъект вправе применить соответствующую меру к правонарушителю непосредственно и самостоятельно, во внесудебном порядке – и даже шире, «без обращения к компетентным государственным или общественным органам»²⁸⁷. Отсутствие необходимости обращаться за защитой права к ригидному аппарату принуждения значительно повышает эффективность рассматриваемых мер, сообщая им необходимую оперативность.

3. Специфический характер гарантий правильного применения мер оперативного воздействия, предопределенный односторонним характером их осуществления. Гарантии эти действуют на двух направлениях: нормативном и юрисдикционном. Первое предполагает «необходимость точного и императивного определения в законе специфических ... условий и границ их приме-

²⁸³ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В кн.: Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000. – С. 133.

²⁸⁴ Грибанов В. П. Указ. соч. – С. 133-134. Указывается также, что «односторонние действия... предпринимаемые вне связи с нарушением обязанности другой стороной гражданского правоотношения не могут быть отнесены к оперативным мерам правоохранительного порядка, хотя бы по своей форме они и были сходны с последними».

²⁸⁵ Гражданское право: В 2 т. Том I: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 412.

²⁸⁶ Там же. – С. 134.

²⁸⁷ Грибанов В. П. Указ. соч. – С. 134-135.

нения», что вызвано «разнообразным и во многом индивидуальным характером мер оперативного воздействия, порожденным спецификой регулируемых отношений»²⁸⁸. Юрисдикционные гарантии предоставляют «право обязанному лицу в случае необоснованного применения мер оперативного воздействия оспорить правильность их применения в суде»²⁸⁹.

4. Применение мер оперативного воздействия влечет невыгодные последствия для обязанного лица, однако такие последствия могут быть минимизированы или вовсе исключены при положительной реакции на применение оперативных мер со стороны обязанного лица. Отмечается, что «применение мер оперативного характера предполагает наступление невыгодных последствий для обязанного лица, как правило, лишь в конечном счете»²⁹⁰;

5. Функциональное назначение мер оперативного воздействия в гражданском праве заключается в обеспечении надлежащего исполнения обязанностей, путем побуждения к тому соответствующих лиц. Как правило, применение оперативных мер не связано с восстановлением имущественной сферы потерпевшего после нарушения его права, как это имеет место при реализации мер гражданско-правовой ответственности. Однако наличие невыгодных имущественных последствий для обязанного лица «придает им характер мер имущественного воздействия»²⁹¹.

Уточняя определение понятия, данное В. П. Грибановым, М. С. Карпов формулирует его следующим образом: «меры оперативного воздействия представляют собой предусмотренные в законе или соглашении сторон меры юридического воздействия на неисправного должника в договорном обязательстве, применение которых заключается в совершении уполномоченным лицом односторонних действий по изменению или прекращению договорно-

²⁸⁸ Грибанов В. П. Указ. соч. – С. 135.

²⁸⁹ Там же. – С. 135.

²⁹⁰ Там же. – С. 136.

²⁹¹ Там же. – С. 136-137. Как точно выразил мысль М. С. Карпов, «наступление имущественных последствий в результате применения оперативных мер не представляет особой ценности для кредитора в отрыве от основной цели их применения. Эти меры призваны в первую очередь защитить нарушенные права кредитора и, если это возможно, обеспечить реальное исполнение договорного обязательства» (Карпов М. С. Указ. соч. – С. 19).

го обязательства в связи с нарушением обязанностей со стороны контрагента»²⁹². Как видим, это определение акцентирует внимание на юридическом характере мер оперативного воздействия, причисляя их к сделкам, и ограничивает сферу их применения только договорными обязательствами. Кроме того, содержится указание на законное или договорное основание применения мер оперативного воздействия.

Автор также предлагает выделять пять признаков исследуемого явления. Вместе с тем предложенная им концепция мер оперативного воздействия расходится с концепцией В. П. Грибанова в понимании ряда признаков, что приводит к названным выше существенным отличиям в оценке юридической сущности оперативных мер. Так, ключевым отличием, является выявленный М. С. Карповым юридический характер действий по реализации оперативных мер²⁹³, которые по его мнению всегда представляют односторонние сделки: «отличительным свойством всех без исключения мер оперативного воздействия является именно их направленность на изменение и прекращение обязательственного правоотношения, ... признание за ... действиями характера юридических поступков создало бы определенные пробелы в правовом регулировании ... подобные пробелы легко устраняются путем распространения на упомянутые действия положений ГК об односторонних сделках»²⁹⁴.

По нашему мнению следует признать правильной точку зрения В. П. Грибанова, не ограничивающего реализацию мер оперативного воздействия только совершением сделок, поскольку изложенная в диссертационном исследовании концепция М. С. Карпова в ряде случаев является недостаточно последовательной. Например, автор соглашается с мнением В. В. Витрянского, выделяющего в качестве подгруппы мер оперативного воздействия «право кредитора удерживать имущество должника до фактического испол-

²⁹² Карпов М. С. Указ. соч. – С. 7.

²⁹³ Юридический характер мер оперативного воздействия противопоставляется фактическому характеру действий по самозащите права и В. С. Емом (Гражданское право: В 2 т. Том I: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 418).

²⁹⁴ Карпов М. С. Указ. соч. – С. 18.

нения предусмотренных договором обязанностей»²⁹⁵. Вместе с тем ранее автором делался однозначный вывод о том, что «меры оперативного воздействия представляют собой самостоятельный, отличный от способов обеспечения обязательств ... институт гражданского права». Поскольку право удержания отнесено законодателем к числу способов обеспечения обязательств, не вполне понятно согласие автора с включением удержания в классификацию оперативных мер. Кроме того, исходя из ранее выявленных М. С. Карповым свойств таких мер, реализацию права удержания следует рассматривать как одностороннюю сделку, направленную на прекращение или изменение обязательственного правоотношения. Однако ранее мы показали, что квалификация удержания в качестве сделки в силу ряда причин невозможна.

Оспаривая возможность отнесения удержания к числу мер оперативного воздействия, С. В. Сарбаш, а вслед за ним, без видимых изменений мотивировки, и Л. Н. Якушина²⁹⁶, указывают на отсутствие правоохранительного характера, и несоответствие назначения и функций удержания назначению и функциям оперативных мер. Отмечается также, что односторонний характер, выявленные специфические гарантии правомерности и возможность уменьшения негативных последствий для должника при своевременной его реакции на применение удержания не дают оснований для отнесения его к мерам оперативного воздействия, поскольку они «характеризуют множество институтов гражданского права и не могут служить отличительным фактором какого-либо из них в отдельности»²⁹⁷. Рассмотрим справедливость этих доводов.

Отрицая правоохранительный характер удержания, С. В. Сарбаш сводит понимание данного признака мер оперативного воздействия к превентивному, предупредительному значению, позволяющему устранить возникновение будущих убытков. Правоохранительная характеристика между тем

²⁹⁵ Карпов М. С. Указ. соч. – С. 22.

²⁹⁶ Л. Н. Якушина. Указ. соч. – С. 185.

²⁹⁷ Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 2003. – С. 195-196.

не ограничивается этим, вторичным, на наш взгляд, признаком. Главный акцент в понимании правоохранительной сущности мер оперативного воздействия следует делать на том, что применены они могут быть лишь в ответ на нарушение со стороны лица обязанного. А наличие у права удержания именно этого свойства утверждает и сам С. В. Сарбаш: «право удержания применяется тогда, когда право управомоченного (ретентора) уже нарушено»²⁹⁸.

Далее автор указывает, что удержание скорее имеет обеспечительное значение, а не превентивное, обосновывая свой вывод тем, что «нарушение контрагента уже умалило субъективное право»²⁹⁹ кредитора. Мы полагаем, что обеспечительное значение, которое безусловно свойственно удержанию, не может исключить выполнение им и важнейшей превентивной функции. Справедливо, что, применяемое *в качестве реакции* на правонарушение, *post factum*, удержание в принципе неспособно предотвратить это нарушение. Однако нельзя не учитывать, что применение удержания исключает или уменьшает риск возникновения убытков вследствие неисполнения обязательства должником. Во-первых, оказывая неблагоприятное воздействие на имущественную сферу должника, лишая его возможности пользоваться удержанным имуществом, ретентор стимулирует скорейшее исполнение обязательства, а чем скорее оно будет исполнено, тем менее значимые отрицательные последствия для кредитора повлечет неисправность должника. Во-вторых, при осуществлении удержания кредитор получает владение имуществом должника, реальное обеспечение своего обязательства, что является существенной материальной гарантией исполнимости будущего судебного решения, даже если стимулирующая функция удержания не позволила достичь цели фактического исполнения обязательства. Возможность собственного контроля за состоянием вещи, ее хранением, с одной стороны, и пресечение попытки должника произвести отчуждение вещи дают кредитору гарантии удовлетворения его требований хотя бы в пределах стоимости

²⁹⁸ Сарбаш С. В. Указ. соч. – С. 195.

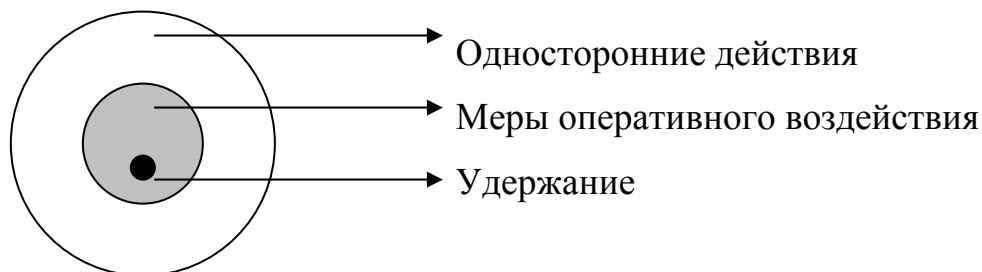
²⁹⁹ Там же.

предмета удержания. Тем самым право удержания снижает риск прямых убытков кредитора от неисполнения обеспеченного обязательства и является превентивной мерой в смысле, какой придавал этому термину В. П. Грибанов.

В целом реализацию права удержания можно охарактеризовать как правоохранительную меру, поскольку она: а) является реакцией на правонарушение и б) осуществляет превентивную функцию в отношении будущих убытков кредитора.

В отношении второго признака мер оперативного воздействия – одностороннего характера их реализации – С. В. Сарбаш замечает, что «праву удержания действительно присущ односторонний характер ... Однако без труда можно обнаружить в гражданском праве достаточное количество односторонних действий, не относимых к мерам оперативного воздействия»³⁰⁰. Но никем и не утверждается, что односторонность применения характерна исключительно для оперативных мер.

Логический анализ понятий «удержание», «меры оперативного воздействия» и «односторонние действия» показывает, что они находятся в родовидовых отношениях подчинения. При этом «одностороннее действие» – родовое понятие, «мера оперативного воздействия» – видовое, а «удержание» – индивидуальное. Соотношение их объемов графически можно представить следующим образом.



Все признаки понятий «одностороннее действие» и «мера оперативного воздействия» входят в содержание понятия «удержание», которое имеет и

³⁰⁰ Сарбаш С. В. Указ. соч. – С. 195.

специфические признаки. Наряду с видом «меры оперативного воздействия» односторонние действия включают и другие виды (классы), которые могут иметь совершенно иное содержание и не иметь общих признаков с рассматриваемыми. В таком случае они будут находиться в отношении соподчинения, однако наличие соподчиненных понятий, сколько бы их ни было, никак не сказывается на отношении между родовым, видовым и индивидуальным понятием, входящими в данный вид.

Рассуждение С. В. Сарбаша представляет собой дедуктивное умозаключение, истинность заключения в котором зависит не только от истинности посылок, но и от соблюдения правил силлогизма³⁰¹. Данный силлогизм можно представить в следующем виде:

1. Право удержания – одностороннее действие.
2. Некоторые односторонние действия в гражданском праве не относятся к мерам оперативного воздействия.

Значит, право удержания не является мерой оперативного воздействия.

Анализ приведенного умозаключения позволяет выявить как минимум две логические ошибки, допущенные автором, что с необходимостью ведет к ложности сформулированного заключения.

Во-первых, автор нарушил второе правило терминов, согласно которому «средний термин должен быть распределен (мыслиться в полном объеме) хотя бы в одной из посылок»³⁰². В нашем случае средний термин «одностороннее действие» в первой посылке не распределен, так как «право удержания – одностороннее действие» – это общеутвердительное суждение, в которых предикат всегда не распределен. Во второй посылке средний термин не распределен, поскольку это частноотрицательное суждение, в которых субъект всегда не распределен³⁰³. Если средний термин не распределен ни в одной из посылок, то связь между крайними терминами остается неопределен-

³⁰¹ Кириллов В. И., Старченко А. А. Логика: Учебник для юридических факультетов и институтов. – М.: Юрист, 1995. – С. 132-135.

³⁰² Там же. – С. 132.

³⁰³ Там же. – С. 76-78.

ной, а заключение всегда носит вероятностный характер, то есть может быть сформулировано только в виде: «Возможно, что право удержания не является мерой оперативного воздействия».

Во-вторых, автором не соблюдено четвертое правило посылок, гласящее, что если одна из посылок частное суждение, то и заключение должно быть частным³⁰⁴. Однако С. В. Сарбаш формулирует заключение в виде общеотрицательного суждения, неправомерно экстраполируя на весь класс односторонних действий, включая и осуществление права удержания, то, что сказано во второй посылке только относительно его части, пусть и достаточно большой. Таким образом, истинное заключение в рассматриваемом силлогизме должно иметь вид следующего частноотрицательного суждения: «Некоторые меры оперативного воздействия не являются правом удержания». На этом основании можно прийти к выводу, что сформулированное С. В. Сарбашем заключение о том, что осуществление права удержания не является мерой оперативного воздействия ввиду существования в гражданском праве, помимо последних, множества других односторонних действий, не является истинным. В лучшем случае оно должно носить неопределенный характер: «Возможно, что...», в худшем же оно является ложным выводом.

Выходит, что автор ставит под сомнение принципиальную целесообразность выделения такого признака мер оперативного воздействия, как односторонний характер, но никак приведенным доводом не доказывает отсутствия данного признака у права удержания. Определяющим является то, что, во-первых, для осуществления кредитором права удержания не требуется обращения к юрисдикционным органам, и, во-вторых, юридически иррелевантна воля собственника-должника.

Довод С. В. Сарбаша при рассмотрении специфических гарантий правильности применения мер оперативного воздействия во взаимосвязи с признаками удержания аналогичен предыдущему. Указывается, что императивное регулирование и возможность судебного контроля за законностью

³⁰⁴ Кириллов В. И., Старченко А. А. Указ. соч. – С. 135.

реализации «характеризуют множество институтов ... и не могут служить отличительным» признаком какого-либо одного, в том числе и мер оперативного воздействия. Вопрос следует поставить иначе: характеризует ли рассматриваемый признак известное явление? Позволяет ли он отграничить это явление от ряда других?

В институте обеспечительного удержания обозначенные гарантии законности проявляются особенно выпукло. Императивный режим правового регулирования оставляет ретентору лишь одну диспозитивную возможность – реализовать или не реализовать субъективное право удержания. Волеизъявление тем самым сводится к «чистому» юридическому факту³⁰⁵, возникновение, изменение или прекращение каких-либо правоотношений по воле кредитора не происходит. Специфические особенности судебного контроля правильного применения удержания вытекают из одностороннего характера его осуществления. Поскольку принудительное (по судебному решению) осуществление кредитором права удержания очевидно невозможно, судебный контроль может быть осуществлен исключительно 1) по иску должника – собственника объекта удержания; 2) после применения удержания кредитором (в противном случае отсутствует предмет спора – законность ограничения права собственности должника). Данная особенность удержания как меры оперативного воздействия выражается не просто в судебной защите собственника, что действительно является универсальным принципом гражданского права. Она выражается в том, что судебный контроль *не может быть осуществлен иным образом*, как по инициативе должника, в силу природы удержания как акта одностороннего³⁰⁶.

Таким образом, можно констатировать, что праву удержания свойственны и специфические гарантии правильности его применения, характерные

³⁰⁵ В. С. Ем в связи с этим правильно отмечает, что «содержание права удержания определено законом и оно не зависит от воли ретентора. Воля определяет только реализовывать право или нет» (Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 134).

³⁰⁶ Исследование судебно-арбитражной практики применения рассматриваемого обеспечительного института позволило выявить единичные случаи, ретентором заявлялось требование о признании права удержания (Приложение б).

для мер оперативного воздействия: императивное правовое регулирование института и особый порядок судебного контроля.

В отношении того, что положительная реакция должника на оперативную меру способна уменьшить для него размер невыгодных последствий, С. В. Сарбаш, ссылаясь на принцип диспозитивности распоряжения гражданскими правами, отмечает, что «указанное утверждение справедливо по отношению к любому способу обеспечения прав»³⁰⁷. В обоснование данного тезиса приводится пример, когда кредитор отказывается от требования об уплате неустойки при уплате основного долга или выполнении определенных обязательств работ. Следует сразу отметить, что это доказательство свидетельствует скорее об обратном.

Во-первых, в примере с отказом от неустойки обеспечительная мера на момент исполнения обязательства еще не реализована, что происходит только в момент взыскания суммы неустойки. Следовательно, исполнение обеспеченного обязательства здесь является не следствием применения неустойки как обеспечительной меры, а лишь угрозы такового. Приведенный пример не позволяет провести полную аналогию с реализацией права удержания, обеспечительный эффект которого начинает проявляться только после фактического отказа возвратить вещь собственнику.

Во-вторых, и это более существенный аргумент, причинная обусловленность отказа от неустойки и минимизации негативного эффекта удержания при исполнении обязательства принципиально различна. Действительно, кредитор волен отказаться от взыскания неустойки и после того, как у него возникло право на ее получение. Но для должника уменьшение неблагоприятных последствий нарушения при исполнении обязанности вследствие угрозы применения неустойки *зависит от воли кредитора*. При удержании ситуация иная: освобождение должника от дополнительных негативных последствий следует *автоматически* за положительными его действиями и не зависит от волеизъявления кредитора.

³⁰⁷ Сарбаш С. В. Указ. соч. – С. 196.

В чем могут проявляться для собственника-должника отрицательные последствия удержания? Во-первых, продолжительное лишение владения и возможности использования предмета удержания приносит прямые экономические потери, особенно в случае, когда удерживается вещь, участвующая в производственной деятельности должника. Чем дольше кредитор удерживает вещь, тем большие потери несет должник. Во-вторых, возможность прекращения права собственности в принудительном, судебном порядке, если долг не погашен. Уплата долга автоматически, как единственный достаточный юридический факт, прекращает право удержания³⁰⁸, в том числе прекращается и правомочие кредитора получить удовлетворение из стоимости удерживаемой вещи. Такое изменение правоотношения не зависит от воли кредитора, как в приведенном С. В. Сарбашем примере. Чем быстрее со стороны должника последует надлежащее исполнение обязательства, тем меньшие экономические потери понесет он вследствие удержания.

Следовательно, реализация права удержания вполне соответствует и четвертому признаку мер оперативного воздействия: реакция должника на применение удержания, выражающаяся в исполнении должного, способна значительно уменьшить неблагоприятные последствия, причиняемые ему удержанием, а также исключает возможность принудительного прекращения права собственности.

Не признается С. В. Сарбашем и наличие у права удержания пятого признака оперативных мер – то, что последние как правило не осуществляют компенсационную функцию, поскольку первична для них функция стимулирования надлежащего исполнения обязанностей. В чем этот признак мер оперативного воздействия «и вовсе не согласуется с назначением и функцией права удержания»³⁰⁹ не вполне понятно. Стимулирование должника к добровольному исполнению обязательства – существеннейшая и первостепенная

³⁰⁸ Сарбаш С. В. Указ. соч. – С. 205; Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 120, 127.

³⁰⁹ Сарбаш С. В. Указ. соч. – С. 196.

по значению функция удержания. Данный тезис является общепризнанным³¹⁰ и не оспаривается самим С. В. Сарбашем³¹¹.

Приведенное выше высказывание В. П. Грибанова, что меры оперативного воздействия «*как правило* (курсив наш – А. Т.) не связаны с восстановлением имущественной сферы», не позволяет сделать вывод, что осуществление этих мер *никогда* не может реализовывать восстановительной функции. Отдельные оперативные меры, таким образом, могут быть связаны с восстановлением имущественной сферы, хотя эта функция носит подчиненное, вторичное значение по сравнению со стимулирующей. Компенсационная составляющая права удержания – право ретентора получить удовлетворение из стоимости предмета удержания – действительно призвано компенсировать кредитору должное по обязательству при отсутствии исполнения со стороны обязанного лица. Однако получение суррогатного исполнения путем обращения взыскания на вещь является мерой экстраординарной и может быть осуществлено лишь если стимулирующее воздействие удержания в собственном смысле не привело к добровольному исполнению. Следует согласиться поэтому с М. Г. Прониной, отметившей первостепенную важность именно стимулирующего компонента обеспечительных мер: «Очень важно со всех точек зрения предупредить правонарушение, чем затем возмещать вред. ... Поэтому нельзя... согласиться с мнением авторов, подчеркивающих приоритет восстановительной функции санкций»³¹². По этой причине право удержания невозможно редуцировать до одного только права продажи: компенсирующая его функция всегда зависима от реализации стимулирующей.

Не может служить обоснованием для отказа квалифицировать удержание в качестве оперативной меры тот факт, что отечественный законодатель

³¹⁰ Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 134.

³¹¹ На то, что понуждение воздействием на волю контрагента есть признак любого способа обеспечения обязательств, в том числе и удержания, указала В. С. Константинова (Константинова В. С. Гражданско-правовое обеспечение исполнения обязательств: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – Свердловск, 1989. – С. 12).

³¹² Пронина М. Г. Указ. соч. – С. 110-111.

сформулировал институт обеспечительного удержания по исполнительной модели, допустив, в качестве вторичной его функции, возможность восстановления имущественной сферы кредитора за счет удерживаемого имущества при отказе должника от исполнения. Функциональный признак меры оперативного воздействия при удержании очевиден: присутствует основная стимулирующая добровольное исполнение функция и второстепенная, компенсирующая неисполнение. Наличие или отсутствие компенсирующей функции не является определяющим при отнесении того или иного явления правовой действительности к мерам оперативного воздействия.

Чрезвычайно важным представляется сделанный на основании исследования советского законодательства вывод В. П. Грибанова о том, что в отдельных случаях компенсирующая функция может быть свойственна оперативным мерам. Ведь во время написания его работы «Пределы осуществления и защиты гражданских прав», к примеру, институт обеспечительного удержания не был регламентирован общегражданским законодательством, а содержащиеся в транспортном законодательстве специальные нормы о возможности «задержания выдачи груза»³¹³ устанавливали только «чистое», дефензивное право удержания, не предусматривающее возможности получения кредитором удовлетворения из стоимости удерживаемого имущества.

Вряд ли возможно положить в основу отграничения права удержания от мер оперативного воздействия и строго формальный признак, как это делает С. В. Сарбаш, замечая, что «*de lege lata* оно отнесено законодателем к способу обеспечения обязательств»³¹⁴. Во-первых, та или иная законодательная классификация не в силах изменить природу, то есть существенные признаки правовых явлений. Если мы признаем за удержанием по советскому праву характеристику в качестве меры оперативного воздействия³¹⁵, то вряд ли одно лишь перемещение данного института внутри гражданского законо-

³¹³ Часть 3 ст. 95 Устава внутреннего водного транспорта СССР, ст. 64 Устава железных дорог СССР.

³¹⁴ Сарбаш С. В. Указ. соч. – С. 196.

³¹⁵ А именно это и делает С. В. Сарбаш указывая далее: «нельзя не признать, что до появления нового Гражданского кодекса вполне оправданно было относить его именно к таким мерам».

дательства (из специальных институтов – в общие положения об обязательствах) могло в корне изменить его природу. Во-вторых, отнесение удержания к числу способов обеспечения исполнения обязательств не исключает возможность его квалификации в качестве меры оперативного воздействия. Поименованные в ГК РФ обеспечительные средства объединены по функциональному признаку, а существенным признаком оперативных мер является особый, внеюрисдикционный, порядок их реализации. Объемы двух указанных понятий с точки зрения логики являются пересекающимися, а право удержания, обладая признаками обоих, может обоснованно рассматриваться одновременно и как способ обеспечения обязательства, и как мера оперативного воздействия.

Совершенно верно при рассмотрении проблемы соотношения тех же понятий замечает В. А. Ойгензихт: «дело не в названии, а в той роли (обеспечительной), которую в данном случае играют оперативные санкции. [...] сказанное означает, что надо признать оперативные меры в качестве способов обеспечения исполнения обязательств»³¹⁶. Б. И. Пугинский, рассматривая оперативные меры в хозяйственных правоотношениях, пришел к аналогичному по существу выводу о необходимости выделения мер оперативного воздействия в отдельную группу обеспечительных средств³¹⁷. Таким образом, уже на материалах советского законодательства учеными делался вывод о соотносимости рассматриваемых понятий и возможности отнесения ряда мер оперативного воздействия к способам обеспечения обязательств. Потому легальное закрепление этих теоретических выводов в современном законодательстве тем более не может опровергать возможность отнесения обеспечительного удержания к числу мер оперативного воздействия.

Обращает на себя особое внимание, как удачно сочетается квалификация осуществления права удержания в качестве меры оперативного воздействия с выявленным нами ранее охранительным характером данного субъек-

³¹⁶ Ойгензихт В. А. Обеспечение исполнения обязательств: традиция и перспективы / Проблемы обязательственного права. Межвуз. сб. научн. трудов. – Свердловск, 1989. – С. 36-37.

³¹⁷ Пугинский Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. – М., 1984. – С. 143.

тивного права. Как специально отмечает А. В. Власова, такие средства защиты права, как меры оперативного воздействия на правонарушителя наряду с самозащитой³¹⁸ следует рассматривать в качестве субъективных гражданских прав на совершение односторонних действий.

Судебная практика, связанная с применением удержания достаточно скудна по сравнению с другими обеспечительными институтами. В первую очередь латентность права удержания для судебной статистики можно объяснить именно присущим мерам оперативного воздействия порядком реализации и защиты: удержание осуществляется собственными силами кредитора без обращения к юрисдикционным органам, а доля спорных ситуаций, требующих разрешения судом незначительна. Вместе с тем, существующая судебно-арбитражная практика, как правило, не вдаваясь в подробную теоретическую квалификацию удержания, все же содержит отдельные свидетельства признания его мерой оперативного воздействия. Так Федеральный арбитражный суд Московского округа в судебном акте по одному из дел, в частности, указал: «Суд апелляционной инстанции, опровергая довод ответчика об удержании (ст. 359, 360, 712 ГК РФ) результата работ и другого оказавшегося у него имущества и оставляя решение в силе, сослался лишь на недоказанность задолженности истца. Однако в производстве Арбитражного суда Московской области имеется дело по спору между теми же сторонами о взыскании. Поскольку удержание является самозащитой гражданских прав (ст. 14 ГК РФ), то в случае подтверждения задолженности судебным актом

³¹⁸ Такая формулировка отражает устоявшуюся в науке и вполне обоснованную точку зрения, отграничивающую от самозащиты как право удержания, так и меры оперативного воздействия в целом. Данная проблема выходит за рамки нашего настоящего исследования и потому нам остается лишь констатировать наличие достаточного количества посвященных ей работ, в правильном ракурсе раскрывающих соотношение данных понятий. См. например: Сарбаш С. В. Право удержания и самозащита // *Юридический мир*. – 1998. – № 8. – С. 47-52; Он же. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 2003. – С. 171-179; Южанин Н. В. Удержание как способ обеспечения исполнения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – Рязань, 2001. – С. 129-149. Якушина Л. Н. Удержание в системе способов обеспечения исполнения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2002. – С. 170-180. Примерами противоположной точки зрения, признающей право удержания мерой самозащиты, следует назвать следующие работы: Новак Д. В. Соотношение самозащиты гражданских прав и права удержания // *Хозяйство и право*. – 2002. – № 6. – С. 102-105; Свердлык Г. Страунинг Э. Способы самозащиты гражданских прав и их классификация // *Хозяйство и право*. – 1999. – № 2. – С. 25.

эта мера оперативного воздействия на должника окажется окончательно утраченной без возможности ее поворота»³¹⁹.

Как видим, право удержания обладает всеми выделяемыми в цивилистической доктрине признаками, позволяющими квалифицировать его осуществление в качестве меры оперативного воздействия, и не содержит в себе признаков, которые бы исключали такую квалификацию. При этом осуществление права удержания не может рассматриваться как совершение гражданско-правовой сделки.

³¹⁹ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 4 апреля 2001 г. по делу № КГ-А41/1363-01, здесь и далее текст судебных актов приводится по справочно-правовой системе Консультант Плюс Арбитраж: Московский округ.

Глава 3. Пределы осуществления субъективного права удержания

§ 1. Понятие пределов осуществления субъективного права

Указание на то, что право не безгранично, вытекает уже из самого его понятия как меры дозволенного поведения: ограниченность внутренне присуща этому виду управомоченного поведения, в отличие, например, от позитивной свободы. «Субъективное право есть власть, не только обеспеченная, но и ограниченная»³²⁰ и потому «границы есть неотъемлемое свойство всякого субъективного права, ибо при отсутствии таких границ право превращается в свою противоположность – в произвол и тем самым вообще перестает быть правом»³²¹. Проблема установления пределов осуществления субъективных гражданских прав является предметом самостоятельных исследований большого числа авторов.

Исходные посылки для дискуссии были сформулированы в 1946 году М. М. Агарковым в связи с рассмотрением проблемы злоупотребления правом. С одной стороны, искать границы гражданских прав необходимо и естественно, прежде всего, в законе. Устанавливая гражданскую правоспособность лица, а также то или иное субъективное гражданское право, закон определяет их содержание, а тем самым и границу. Следовательно, для правоприменителя правомерность или неправомерность поведения лица *de lege lata* всегда определима³²². С другой стороны, здесь М. М. Агарков цитирует А. Г. Гойхбарга, «Закон дает и может дать только форму права, конкретное же его осуществление может быть чрезвычайно разнообразным. Поэтому нет возможности при самом описании права и его последствий предусмотреть и

³²⁰ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. – М.: Издание Бр. Башмаковых, 1912. – С. 610.

³²¹ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В кн. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000. – С. 22.

³²² Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Цивилистическая практика. – 2002. – № 5. – С. 118.

изложить мыслимые его извращения при практическом его осуществлении»³²³. Сомнительно, что для каждого конкретного случая общее правило дает наилучшее решение, а потому объяснима «тенденция допустить усмотрение суда и дать последнему для руководства более или менее неопределенный критерий для отграничения осуществления права от действий, которые таковым не являются, хотя и соответствуют формулированному законом содержанию права»³²⁴. Определенный компромисс представляет позиция, что наряду со случаями, когда закон дает вполне определенную границу прав, есть случаи, когда вопрос об этих границах приводит к признанию неизбежности недостатка в законе, который должен быть восполнен судом при решении отдельного дела³²⁵.

Можно констатировать, что в современной отечественной цивилистике получила доминирующее распространение вторая точка зрения, чем вполне и объясняется появление в ГК РФ статьи 10, определяющей общие пределы осуществления гражданских прав. В качестве универсального критерия законодатель избрал, как следует из систематического анализа п. 1 и 2 данной статьи, добросовестность правообладателя. Являясь характеристикой внутренней, субъективной стороны поведения, зачастую игнорируемой гражданским правом, добросовестность сводится большинством исследователей к ряду более или менее схожих объективных критериев. Среди них называют социально-хозяйственное назначение субъективного права, заложенная законодателем цель конкретного права³²⁶, объективный или типичный интерес, составляющий сущность права³²⁷.

³²³ Гойхбарг А. Г. Хозяйственное право РСФСР. Том 1. Изд. 3-е. – М., 1924. – С. 52-53.

³²⁴ Агарков М. М. Указ. соч. – С. 122.

³²⁵ Под недостатком закона М. М. Агарков предлагает понимать «отсутствие в законе правила для решения спора о праве гражданском... при этом суду не дана большая посылка судейского силлогизма» (Агарков М. М. Указ. соч. – С. 119).

³²⁶ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – М.: Статут. – 2000 – С. 80; Цит. по: Шрам В. П. Интересная книга о злоупотреблении правом // Государство и право. – 1997. – № 4. – С. 122-124. Аналогичной позиции придерживаются В. И. Емельянов, И. Н. Сенякин, В. Д. Горобец.

³²⁷ «За отведенные пределы субъект не может выходить, так как рискует задеть чужие интересы, также обеспеченные законом... Субъективное право – это мера допустимого, законодательно фиксируемого, а не произвольного поведения» (Матузов Н. И. О праве в объективном и субъективном смысле: гносеологический аспект // Правоведение. – 1999. – № 4. – С. 141).

Таким образом, можно назвать две группы пределов осуществления гражданских прав: 1) прямо предусмотренные законом в качестве общих или частных нормативных запретов и ограничений; 2) определяемые судом при разрешении конкретного спора на основании судьейского усмотрения.

В отечественной цивилистике наиболее полная концепция ограничений в сфере осуществления прав была разработана В. П. Грибановым. Исходя из того, что осуществление субъективного права есть реализация заложенных в него возможностей, он сделал вывод что различие между содержанием субъективного права и его осуществлением состоит в том, что содержание субъективного права включает в себя лишь возможное поведение управомоченного лица, тогда как осуществление права есть совершение реальных, конкретных действий, связанных с превращением этой возможности в действительность. Соотношение между поведением, составляющим содержание субъективного права, и поведением, составляющим содержание осуществления права, представляется прежде всего как соотношение между возможностью и действительностью. Как следствие, поведение, составляющее содержание субъективного права, и поведение, составляющее содержание процесса его осуществления соотносятся как объективное и субъективное³²⁸.

Содержание субъективного гражданского права может быть, по мнению В. П. Грибанова, охарактеризовано как общий тип возможного поведения управомоченного лица, санкционированный объективным правом, в отличие от чего содержание процесса его осуществления сводится к совершению управомоченным лицом реальных, конкретных действий, в которых находят свое выражение как воля самого управомоченного лица, так и специфические особенности данного конкретного случая. Именно на таком подходе, дифференцирующем пределы субъективного права от пределов его осуществления, строится авторская концепция, объясняющая феномен злоупотребления гражданским правом. Последнее имеет место в том случае, ко-

³²⁸ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В кн. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000. – С. 44.

гда «управомоченный субъект, действуя в границах принадлежащего ему субъективного права, в рамках тех возможностей, которые составляют содержание данного права, использует такие формы его реализации, которые выходят за установленные законом пределы осуществления права»³²⁹.

Но недостаточно лишь одной констатации неравнозначности пределов права и пределов его осуществления. Указывая на возможность того, что субъект, действуя в пределах права выходит за пределы его осуществления, злоупотребив правом и остается вследствие этого вне поля обычно доставляемой правом защиты, необходимо указать на критерии, позволяющие правоприменителю установить существующий в конкретном случае «зазор» между двумя названными пределами. Именно здесь находят применение частично уже названные выше «каучуковые параграфы» добросовестности и разумности, социально-хозяйственного назначения права и прочие.

На основе анализа современного законодательства в качестве пределов осуществления субъективных гражданских прав В. П. Грибанов выделил следующие³³⁰:

- субъектные границы, определяемые рамками гражданской дееспособности;
- временные границы, представляющие установленные законом сроки осуществления гражданских прав;
- требование осуществления права в соответствии с его назначением.

Такой вывод делается автором из содержания п. 1 ст. 5 Основ Гражданского законодательства СССР, предписывающего использовать гражданские права для таких целей, которые не только обеспечивали бы интересы самого управомоченного, но и были бы также совместимы с интересами всего общества. В действующем гражданском законодательстве аналогичную функцию обычно приписывают п. 3 ст. 10 ГК РФ, как устанавливающую требование добросовестности ко всем случаям осуществления гражданских прав.

³²⁹ Грибанов В. П. Указ. соч. – С. 46.

³³⁰ Там же. – С. 48-49.

- пределы, ограничивающие способ осуществления права;
- пределы средств принудительного осуществления и защиты.

Обращаясь к объекту нашего исследования, следует согласиться с мнением С. В. Сарбаша, что определение границ тех прав, которые предоставлены ретентору статьей 359 ГК РФ, вызывает на практике немало сложностей. Причина тому – с одной стороны, краткость, даже лапидарность законодательных формулировок, с другой – отсылочное построение нормы ст. 360 ГК РФ: «Условия осуществления правомочий кредитора не сформулированы напрямую ... и потому лишь систематическое толкование закона и теоретический анализ может помочь в их установлении»³³¹. Уже одно то, что исследователями предлагается существенным образом уточнить нормы института обеспечительного удержания³³², является значительным симптомом востребованности определенных изменений со стороны оборота.

Представляется, что наряду с предложенными В. П. Грибановым, возможно выделить и объектные пределы осуществления гражданских прав, характеризующие круг объектов, в отношении которых определенное субъективное право может возникнуть и осуществляться. Данная проблема весьма четко проявляется на примере права удержания. Будучи рассматриваемая практически всеми исследователями, принципиально она остается нерешенной. При этом диапазон мнений варьируется от сугубо ограничительных, не допускающих возможности удержания недвижимости, денег, вещей, определенных родовыми признаками (С. В. Сарбаш, Л. Н. Якушина), до общедозволительных, предусматривающих возможность «тотального удержания» в том числе распространяемого помимо вещей на любое имущество должника (А. В. Латынцев, Н. В. Южанин).

В настоящей главе мы рассмотрим временные пределы права удержания, как представляющие наибольший интерес и одновременно наибольшую сложность при их определении, а значит, и большую практическую значи-

³³¹ Сарбаш С. В. некоторые аспекты применения права удержания // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 1997. – № 11. – С. 97.

³³² Южанин Н. В. Указ. соч. – С. 193-194; Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 191, 194.

мость. Кроме того, мы обратимся к специальным пределам права удержания, устанавливаемым законодательством о несостоятельности.

§ 2. Временные пределы осуществления права удержания

На проблему установления временных ограничений осуществления субъективного права удержания неоднократно с различных позиций указывалось в литературе. Акцент неизменно делался на временности владения ретентора и «изначальный расчет на прекращение», «срочный характер» удержания³³³, несмотря на констатацию факта отсутствия в законе строгих требований к сроку его осуществления³³⁴. Сожалея об этом пробеле в законе и ссылаясь на невозможность применения правил ГК РФ о разумном сроке, Л. Н. Якушина предлагает дополнить ст. 359 ГК РФ прямым указанием на ограничение срока удержания тремя – шестью месяцами. Такая конкретизация, по мнению автора «будет стимулировать должника к исполнению обязательств, не допускать никаких злоупотреблений с обеих сторон, повышать гарантию удовлетворения требований кредитора»³³⁵. Принципиально соглашаясь с практической целесообразностью установления пресекающего срока права удержания, мы не можем, однако, признать правильным произвольное их установление, минуя стадию серьезного социологического исследования. Кроме того, очевидна необходимость дифференциации таких сроков в зависимости от вида удерживаемого имущества и его индивидуальных свойств.

Представляется, что даже в отсутствие специальной нормы осуществление права удержания имеет свои временные пределы, хотя и не закрепленные нормативно, но логично предопределяемые, по нашему мнению, «духом закона». В качестве ограничителя выступает срок исковой давности по обеспечиваемому обязательству. Рассмотрим доводы в пользу данного тезиса.

Во-первых, предположение бесконечности защиты права удержания противоречит оперативному характеру данной обеспечительной меры. Стимулирующее воздействие удержания на должника предопределяется соотно-

³³³ Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М.: Статут, 2004. – С. 204. Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 110.

³³⁴ См., например: Якушина Л. Н. Там же; Еремичев Н. Е. Указ. соч. – С. 171.

³³⁵ Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 191.

шением его интереса к получению удерживаемой вещи обратно в свое владение (потенциального положительного эффекта) и затрат, связанных с исполнением обеспеченной удержанием обязанности (потенциальный отрицательный эффект). Очевидно, что с течением времени обеспечительная сила удержания как такового значительно снижается, а по прошествии трех лет будет практически сведена к нулю: если должник обходился без своей вещи в течение столь продолжительного срока, то, скорее всего он уже утратил интерес к владению и пользованию ей³³⁶. Как следствие, стимулирующее воздействие на должника нивелируется и не приводит к должному результату – надлежащему исполнению обязательства.

Во-вторых, излишне продолжительное осуществление права удержания противоречит назначению данного права. Как совершенно обоснованно отмечает А. В. Венедиктов «Социально-хозяйственное назначение банковского права удержания сводится не только к максимальной обеспеченности банковских активов, но и к их максимальной ликвидности, с чем мало вяжется пассивное выжидание того воздействия, которое осуществление права удержания окажет на неисправного клиента»³³⁷.

Сказанное применительно к банковскому праву удержания оказывается вполне справедливым для применения общегражданского права удержания. Оперативная составляющая права удержания стимулирует должника к исполнению и также, предусматривая владение кредитора предметом удержания, обеспечивает для него возможность *будущего* суррогатного исполнения обязательства из стоимости удерживаемой вещи. Кредитор предполагается заинтересованным именно в получении должного по обязательству, а не в удержании имущества должника как таковом – то есть «в ликвидности активов». Очевидно, что гражданский оборот в целом заинтересован в том же:

³³⁶ В целом правильно высказывается Н. Е. Еремичев, что «не устанавливая точного срока, законодатель исходит из экономической целесообразности удержания, заключающейся в неэффективности хранения чужой вещи ... после наступления объективной невозможности получить удовлетворение по обязательству в обмен на вещь. ... исполнение обязательства должником в течение относительно небольшого периода времени станет маловероятным» (Еремичев Н. Е. Указ. соч. – С. 171).

³³⁷ Венедиктов А. В. Право удержания и зачета в банковской практике СССР / В кн. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2004. – С. 202.

чем скорее будет исполнено обязательство перед ретентором (не важно, каким образом), тем скорее удерживаемое имущество будет возвращено в оборот – в качестве товара или в качестве средств производства. Продолжительное удержание в обоих случаях приводит к экономическому обесцениванию объекта права удержания: снижение товарной стоимости непосредственно приводит к снижению обеспеченности основного обязательства, а устаревание удерживаемой вещи как средства производства приводит к уменьшению эффективности ее экономической эксплуатации. При этом, как мы показали выше, осуществление субъективного права в противоречии с его социально-хозяйственным назначением традиционно рассматривается в качестве злоупотребления гражданским правом, и как следствие, не пользуется судебной защитой с точки зрения действующего законодательства.

В-третьих, из признания неограниченности во времени правовой защиты удержания неизбежно следует возможность дестабилизации гражданского оборота. В ситуации, когда должник воздерживается от исполнения обязательства, а кредитор уполномочен сколь угодно долго удерживать имущество³³⁸, возникает фигура невладеющего собственника, не имеющего правовых оснований для возврата владения. Одновременно и владелец, ретентор, не может приобрести права собственности на удерживаемую вещь – правило о приобретательной давности к нему неприменимо, ведь он заведомо осведомлен о действительном собственнике и не может добросовестно владеть вещью как своей собственной в смысле п. 1 ст. 234 ГК РФ.

Реализация оперативной составляющей права удержания связана только с действиями самого управомоченного (кредитора) и не нуждается в поддержке каких-либо юрисдикционных органов. Вместе с тем, для удовлетворения требований кредитора за счет удерживаемого имущества обязательно получение соответствующего судебного решения в порядке, установленном

³³⁸ Трудно понять мотивы, могущие двигать кредитором, готовым последовать совету В. А. Белова «поискать другой предмет для удержания» в ситуации, когда должник не «старается исполнить обязательство как можно скорее, чтобы получить вещь назад», поскольку «удерживаемая вещь ему (должнику – А. Т.) просто не очень-то и нужна» (Белов В. А. Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств // Бизнес и банки. – 1997. – № 45 – 10-16 ноября).

ст. 349 ГК РФ. Установленные данной статьей исключения из судебного порядка обращения взыскания вряд ли практически применимы к реализации права удержания в силу одностороннего характера последнего, и неизбежно присутствующего конфликта между сторонами. Анализ положений ст. 349 ГК РФ приводит нас к выводу, что единственной возможностью избежать необходимости получения судебного акта, разрешающего кредитору обратиться взыскание на удерживаемое имущество является заключение соглашения с должником об изменении порядка обращения взыскания. В любом случае такое соглашение может быть заключено лишь после возникновения права удержания – после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет удержания в смысле п. 1 ст. 349 ГК РФ, а при удержании недвижимого имущества – требует еще и нотариального удостоверения. Однако наличествующий в ситуации с удержанием конфликт между ретентором-кредитором и должником вряд ли позволит достичь компромисса. Даже если предположить, что большинство описанных коллизий будет разрешаться по взаимному согласию, сама возможность наступления патовой и длящейся юридически неограниченно долго ситуации с не желающими уступать друг другу сторонами, существующим законом прямо не исключена.

В случае истечения исковой давности по обеспеченному обязательству, и заявления об этом должником в суде, принудительное обращение взыскания на удерживаемое имущество станет невозможным. Очевидно, что применение судом исковой давности в отношении требований ретентора повлечет отказ в иске и прекращение обеспеченного удержанием обязательства. Как следствие, ретентор утратит возражение против иска собственника (бывшего должника) об истребовании имущества. Однако предвидя такое развитие событий, ретентор, очевидно заинтересованный в сохранении удержания и хоть каких-то надежд на удовлетворение своих требований, может сколь угодно долго не обращаться в суд с иском об обращении взыскания на удерживаемую вещь.

Кредитор (ретентор, владелец) будет неспособен удовлетворить свое требование за счет удерживаемого имущества, а должник (собственник) не сможет истребовать это имущество и восстановить полноту своего права собственности – ведь формально право кредитора сроком не ограничено. В результате значимые товарные и производственные объекты могут быть навсегда выведены из оборота без каких либо правовых механизмов исправления ситуации. Следовательно, необходимо допустить одно из двух: либо возможность приобретения ретентором права собственности на предмет удержания по давности либо возможность истребования его собственником.

В пользу первого, прокредиторского, варианта высказалась Л. Н. Якушина, утверждая, что «через пять лет после истечения исковой давности у ретентора на удерживаемое имущество должника возникает право собственности». При этом автор исходит из того, что добросовестное владение означает, «что лицо стало владельцем имущества правомерно», а открытость владения вещью означает, что ретентор «не скрывает, что не является ее собственником»³³⁹. Однако такое понимание института владения для давности не соответствует закону и общепризнанному доктринальному толкованию. Ст. 234 ГК РФ требует от претендующего на приобретение права собственности добросовестного владения соответствующим имуществом *как своим собственным*. Как справедливо указывает К. И. Скловский, «понимание добросовестности сводится к требованию неперемennого наличия у владельца основательной уверенности, что вещь принадлежит ему на праве собственности»³⁴⁰ в течение срока владения для давности или хотя бы на момент получения владения. Очевидно, что ретентор совершенно четко осведомлен и о действительном собственнике вещи, и об ограниченности своих правомочий в отношении объекта удержания, а потому никак не может владеть вещью как своей собственной в целях приобретения права собственности.

³³⁹ Якушина Л. Н. Указ. соч. – С. 111-112.

³⁴⁰ Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. – М.: Дело, 2002. – С. 261-262.

Вряд ли целесообразно и императивное (указанием закона) распространение режима приобретательной давности на удерживаемое имущество, что предлагается Б. М. Гонгалом³⁴¹ при общем признании им невозможности применения к удержанию ст. 234 ГК РФ в ее существующем виде. По крайней мере, реализация данной идеи потребует серьезного переосмысления всего института приобретения права собственности по давности владения.

Памятуя о наличии у ретентора материально-правовой эксцепции на иск собственника, рассмотрим, какие нормативные основы могут быть у судебного решения об истребовании вещи в пользу собственника.

В силу показанных нами деструктивных последствий для нормального гражданского оборота и снижения обеспечительного эффекта продолжение удержания ретентором по истечении исковой давности необходимо признать противоречащим принципу добросовестности и разумности при осуществлении предоставленного ему гражданского права. Удовлетворение иска собственника об истребовании удерживаемой вещи по истечении давности равнозначно отказу в защите права кредитора-ретентора. Нормативным основанием для такого судебного решения будет являться п. 2 ст. 10 Гражданского кодекса РФ, однако применена данная конструкция может быть лишь при условии последовательной мотивировки, основанной на фактических обстоятельствах конкретного дела и позволяющей охарактеризовать осуществление кредитором права удержания как недобросовестное. С процессуальной точки зрения ссылка на пропуск ретентором исковой давности, взятая в совокупности со ст. 10 ГК РФ, носит характер контрэксцепции на обоснованное правом удержания возражение ретентора против иска об истребовании вещи³⁴².

В дополнение изложенной позиции следует отметить и еще один вариант мотивировки распространения на право удержания давности по основно-

³⁴¹ Гонгалов Б. М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. – М.: Статут, 2004. – С. 204.

³⁴² Как и возражение ретентора, данная контрэксцепция носит материально-правовой характер (Рожкова М. А. Возражения (процессуальный и материальный аспекты) // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 2002. – № 6. – С. 98, 102-103).

му обязательству. В силу ст. 207 ГК РФ с истечением срока исковой давности по главному требованию истекает срок исковой давности и по дополнительным требованиям. Помимо очевидного дополнительного характера удержания, в данной статье прямо указывается на прекращение таким образом исковой давности по заложенным требованиям. А потому, в силу ст. 360 данная норма распространяет свое действие и на удержание.

Предложенную здесь позицию не следует толковать как возврат к теории исковой давности как пресекающего срока, что противоречило бы не только современной цивилистической доктрине, но и действующему законодательству, установившему, что исковая давность применяется судом только по заявлению стороны в споре. Истечение исковой давности не прекращает материального (в нашем случае – обязательственного) права требования, обеспеченного удержанием и влечет прекращение права на иск в смысле получения судебной защиты, а равно не прекращает субъективного права удержания.

Эта точка зрения основана на том, что удержание как мера обеспечения исполнения обязательства, хотя и имеет первичной целью добросовестное и добровольное исполнение, потенциально (в случае конфликта между сторонами) все же направлено и на принудительное исполнение обязательства путем судебной экзекуции. Будучи производным от основного обязательственного права, субъективное право удержания и возможность его принудительного осуществления (в особенности, экзекутивной составляющей) всецело зависят от юридической защищенности своей основы. С истечением установленного трехлетнего срока исковой давности по обеспеченному удержанием обязательству составляющее его существо право требования уплаты долга (помня о денежном его характере) не подлежит судебной защите, если о давности требования будет заявлено ответчиком. Поэтому предоставление ретентору защиты права удержания за пределами исковой давности, когда иные возможности принудительного исполнения

исчерпаны, является несправедливым по отношению к должнику, поскольку представляют по существу изъятие из общего правила об исковой давности.

Отвечая на возможные возражения, заметим, что ограничение права удержания исковой давностью в целях обеспечения стабильности оборота является ничуть не более жесткой или менее оправданной мерой, чем установление общего правила об исковой давности как предела права на судебную защиту любого лица. Ведь как совершенно правильно отметил И. Б. Новицкий, «введением института исковой давности вообще не имеется в виду кого-то наказывать, для кого-то создавать выгоды. Задача ... состоит в том, чтобы, не расшатывая правоотношений, не подрывая их прочности, вместе с тем устранить неопределенность правоотношений»³⁴³, вызываемую неразумно длительным воздержанием кредитора от обращения за помощью к суду, несмотря на имеющее место нарушение права.

Однако вопрос о временных пределах осуществления права удержания отнюдь не исчерпывается сроком собственно удержания. Следует признать, что разнородность объединенных законодателем в юридической конструкции удержания двух составляющих порождает некоторую неопределенность и при установлении момента возникновения права продажи вещи ретентором. На отсутствие адекватного решения указывалось в литературе с одновременным предложением законодателю определить «четкий порядок исчисления минимального срока удержания имущества должника, по истечении которого кредитор вправе наложить взыскание»³⁴⁴.

При отсутствии в законе указания на иное, это право возникает вместе с правом удержания, в момент наступления просрочки исполнения обязательства. Следовательно, кредитор, требующий продажи «удерживаемой» вещи немедленно по получении сведений о неисправности должника, формально действует в рамках права, установленного ст. 359 ГК РФ. В этом случае право удержания редуцируется до чистого права (хотя и ограниченного

³⁴³ Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность. М.: Госюриздат. – 1954. – С. 150.

³⁴⁴ Еремичев Н. Е. Указ. соч. – С. 172

формальными процедурами, установленными ст. 348-350 ГК РФ) продажи чужого имущества, зачастую никак не связанного с обеспечиваемым таким образом обязательством. Очевидно, что данная ситуация не соответствует сущности удержания как института, обеспечивающего *исполнение* обязательства, то есть направленного в первую очередь на добровольное исполнение обязанности должником. Следовательно, между моментом применения кредитором удержания вещи и моментом обращения на эту вещь взыскания должен пройти срок, определяемый в каждом конкретном случае исходя из личности кредитора и должника, особенностей обеспечиваемого обязательства и ряда других могущих иметь значение признаков с учетом требования разумности в осуществлении гражданских прав.

В противном случае для недобросовестных кредиторов открывается путь законного завладения имуществом должника. Пожалуй, единственным способом защиты для должника в рассматриваемом случае является возражение, основанное на п. 1 ст. 10 ГК РФ – представляется весьма уместным квалифицировать действия кредитора в качестве злоупотребления гражданским правом в иной (по отношению к шикане) форме. Данная эксцепция может быть заявлена собственником в процессе, инициированном ретентором с целью обращения взыскания на удерживаемую вещь. При обосновании недобросовестности кредитора представляется необходимым доказывать направленность его действий по реализации права удержания не на исполнение обеспеченного обязательства, а на отчуждение вещи третьему лицу (связанному тем или иным образом с ретентором) или на лишение должника определенной вещи (например, с целью нарушения нормального хода его предпринимательской деятельности, если ретентор является конкурентом должника).

Вряд ли можно признать целесообразным предложение Н. Е. Еремичева о введении минимальных сроков удержания до осуществления исполнения удерживаемой вещи. Невозможно при этом будет учесть все нюансы и особенности различных объектов права удержания.

В плане совершенствования существующего российского законодательства более правильным представляется использовать положительный опыт установления косвенных ограничений срока продажи удерживаемого имущества, имеющийся в международном частном праве. Например, Венская Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года в п. 1 ст. 88 обязывает кредитора в разумный срок отправить должнику извещение о своем намерении продать удерживаемый товар. На случай, когда исполнение такой обязанности повлечет неразумное увеличение расходов по хранению или грозит порчей товара, пункт 2 той же статьи допускает исключение из общего правила, ставя необходимость уведомления в зависимости от объективной возможности в конкретной ситуации. Представляется, что включение подобной нормы в ГК РФ позволит не только серьезно защитить интересы собственника-должника, но и повысит обеспечительную эффективность удержания.

§ 3. Осуществление права удержания при банкротстве должника

Право удержания возникает у кредитора в качестве реакции на неисправность должника по денежному обязательству и призвано обеспечить его имущественный интерес в надлежащем исполнении данного конкретного обязательства. Достаточно часто неисполнение одного обязательства является следствием общей несостоятельности должника – этим можно объяснить то, что конкуренция норм об удержании, направленных на обеспечение интересов отдельного кредитора, и норм о банкротстве, целью которых является обеспечение равного удовлетворения интересов всех кредиторов несостоятельного должника, традиционно является предметом научного и практического интереса. Еще в 1871 году Н. Депп, сетуя на неурегулированность вопросов удержания в конкурсном процессе, писал: «в законах это особое отношение вовсе не затронуто... и [не зная торговых обыкновений – А. Т.] судья бывает вынужден присудить заложенный товар массе кредиторов должника, потому что нет формального акта залога»³⁴⁵.

Возбуждение дела о несостоятельности и введение процедуры наблюдения влечет изменение правового режима всего имущества должника: приоритет в регулировании с этого момента отдается специальным нормам Федерального закона от 26 октября 2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)»³⁴⁶. В силу особенностей данного правового режима кредиторы теряют ряд правомочий, свойственных общегражданскому обязательственному правоотношению (например, право требования немедленного исполнения денежного обязательства в момент наступления срока исполнения), приобретая взамен ряд гарантий (право управления делами должника через собрание и комитет кредиторов, равенство прав кредиторов одной очереди, право на начисление процентов за пользование денежными средствами, находящимися под мораторием и др.). Очевидно, что одним из последствий

³⁴⁵ Депп Н. О торговых судах // Журнал гражданского и торгового права. – 1871. – март. – С. 12.

³⁴⁶ Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. – 2002. – № 43. – Ст. 4190.

принятия арбитражным судом судебного акта о введении наблюдения неисправного (но не признанного еще несостоятельным) должника или введении в отношении него одной из вторичных процедур банкротства являются значительные изменения в праве удержания имущества должника кредитором.

При рассмотрении правомочий ретентора в рамках конкурсного процесса представляется особенно важным ответить на два вопроса, определяемых структурой права удержания. Во-первых, сохраняется ли право кредитора продолжать удержание в неизменном виде на различных стадиях конкурсного процесса, а если модифицируется, то каким образом. Во-вторых, в каком порядке происходит удовлетворение требований, обеспеченных удержанием, к несостоятельному должнику.

Уяснение норм закона о несостоятельности позволяет сделать вывод, что право удержания прекращается с момента введения одной из реабилитационных процедур несостоятельности, либо конкурсного производства и существенно ограничивается на начальном этапе рассмотрения дела о банкротстве – в процедуре наблюдения.

Наблюдение проводится в целях обеспечения сохранности имущества должника, проведения анализа финансового состояния должника, составления реестра требований кредиторов и проведения первого собрания кредиторов. Ст. 63 закона «О несостоятельности (банкротстве)» предусматривает, что с даты вынесения арбитражным судом определения о введении наблюдения требования кредиторов по денежным обязательствам, срок исполнения по которым наступил на дату введения наблюдения, могут быть предъявлены к должнику только с соблюдением установленного законом порядка. Упомянутый порядок предъявления требований включает в себя необходимость соблюдения установленной п. 4 ст. 134 закона очередности удовлетворения требований, а также недопустимость преимущественного удовлетворения одного кредитора перед другими кредиторами той же или привилегированной очереди. Таким образом, если кредитор по денежному обязательству, обеспеченному удержанием, до введения наблюдения не предъявил своих

требований к должнику в судебном порядке и не обратил взыскание по данному иску на удерживаемое имущество, после введения наблюдения требования могут быть заявлены только в рамках дела о несостоятельности. Удовлетворение требований обеспеченного кредитора за счет предмета удержания при этом невозможно без учета закона «О несостоятельности (банкротстве)». В силу указанных положений закона следует признать невозможным и заключение в рамках наблюдения соглашения о порядке обращения взыскания на удерживаемое имущество по правилам п. 1-2 ст. 349 ГК РФ.

В случае, когда кредитор воспользовался правом обратиться взыскание на предмет удержания до введения наблюдения, но на соответствующую дату обязательство остается не исполненным, кредитор временно лишается права получить удовлетворение из удерживаемой вещи. В силу прямого указания п. 1 ст. 63 закона о банкротстве введение наблюдения приостанавливает исполнение исполнительных документов по имущественным взысканиям. Поскольку же, как мы показали выше, обращение взыскания осуществляется здесь публичным порядком – через исполнительное производство – реализация компенсационной составляющей удержания в рамках наблюдения невозможно и в силу прямого указания закона. Однако введение наблюдения не прекращает еще права фактически удерживать вещь – лишь временно (на срок до семи месяцев – согласно п. 3 ст. 62, ст. 51 закона о банкротстве) не может быть реализовано правомочие «экзакуции удерживаемой вещи» – кредитор не вправе обратиться взыскание на предмет удержания. Представляется, что данный запрет распространяется и на случаи обращения взыскания на удерживаемое имущество в несудебном порядке по соглашению сторон, когда такое соглашение было заключено до возбуждения дела о несостоятельности. Противоположный вывод может стать обоснованием обхода закона и преимущественного удовлетворения требований ретентора перед другими

кредиторами – а потому противоречит доктринально сформулированным принципам конкурсного процесса³⁴⁷.

Последствия приостановления исполнительного правомочия зависят от дальнейшего хода процедуры банкротства. Если во время наблюдения будет заключено мировое соглашение, или производство по делу о банкротстве будет прекращено по иным основаниям, право удержания восстанавливается в полном объеме: кредитор вправе реализовать как стимулирующую, так и компенсационную его составляющую. В случае же введения вторичных процедур несостоятельности право удержания прекращается в силу рассмотренных ниже специальных норм закона о банкротстве.

С момента введения финансового оздоровления, внешнего управления, конкурсного производства, помимо иного, отменяются ранее принятые меры по обеспечению требований кредиторов, а аресты на имущество должника и иные ограничения должника в части распоряжения его имуществом могут быть наложены исключительно в рамках процесса о банкротстве. Представляется, что меры по обеспечению требований кредиторов в смысле ст. 81, 94, 126 закона «О несостоятельности (банкротстве)» включают как гражданско-правовые меры по обеспечению обязательств, так и имеющие административно-правовую природу: процессуальные обеспечительные меры и аресты, налагаемые в ходе исполнительного производства³⁴⁸. Таким образом, данное понятие включает и право удержания, *de lege lata* отнесенное к способам обеспечения исполнения обязательств (глава 23 ГК РФ).

Реализация кредитором права удержания без сомнения ограничивает возможности находящегося в процедуре банкротства должника по распоряжению своим имуществом. Такое ограничение противоречит существу как реабилитационных (пассивной – финансового оздоровления и активной – внешнего управления), так и ликвидационной процедуры несостоятельности.

³⁴⁷ Подробнее см.: Телюкина М. В. Основы конкурсного права. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 69-71. В рассматриваемом случае нарушается принцип пропорциональности и соразмерности при удовлетворении требований кредиторов в порядке очередности.

³⁴⁸ Карелина С. А. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства): учебно-практическое пособие. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 146, 155, 185.

В первом случае должнику предоставляется возможность восстановить свою платежеспособность через установление законом льготного режима исполнения по денежным обязательствам (реструктуризация задолженности в процедуре финансового оздоровления³⁴⁹ и мораторий при внешнем управлении). Исключение из правила о моратории для кредиторов, обладающих правом удержания, законом не предусмотрено³⁵⁰. Равным образом закон не устанавливает императивно специального порядка удовлетворения требований ретентора при исполнении графика погашения задолженности в рамках финансового оздоровления. Реализация права на получение удовлетворения из удерживаемой вещи, да и просто отказ возвратить ее должнику со ссылкой на право удержания может перечеркнуть возможности санации должника, следовательно, не соответствует целям проведения реабилитационных процедур несостоятельности. Открытие ликвидационной процедуры банкротства предполагает включение всего имущества должника в конкурсную массу для последующей его реализации и соразмерного удовлетворения требований кредиторов за счет полученных средств³⁵¹.

Должник сохраняет право собственности на предмет удержания, который остается его имуществом и в силу п. 1 ст. 131 закона «О несостоятельности (банкротстве)» входит в конкурсную массу. Сохранение права удержания и возможности его реализовать вне рамок дела о несостоятельности и конкурсного производства, означало бы нарушение принципов очередности и соразмерности как основополагающих принципов удовлетворения требований конкурсных кредиторов и уполномоченных органов.

³⁴⁹ Следует согласиться с мнением К. К. Лебедева, что процедура финансового оздоровления «представляет собой не что иное, как реструктуризацию задолженности организации-должника» (Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)»: Постатейный научно-практический / Под ред. В. Ф. Попондопуло. – М.: Омега-Л, 2003. – С. 153).

³⁵⁰ Подробнее о моратории и исключениях из него см.: Телюкина М. В. Указ. соч. – С. 347-356.

³⁵¹ Целями конкурсного производства также являются: поиск и аккумуляция имущества должника; реализацию этого имущества; распределение средств между кредиторами; ликвидацию юридического лица – должника (Телюкина М. В. Указ. соч. – С. 410).

Применительно к закону «О несостоятельности (банкротстве) предприятий»³⁵² В. А. Беловым было высказано противоположное мнение о том, что «в случае наступления несостоятельности должника ... возможность реализации права удержания сохраняется за кредитором. Например, при объявлении заемщика несостоятельным банк имеет право удержать находящиеся у него ценности этого заемщика вплоть до исполнения его обязательств конкурсной комиссией. Передавать эти ценности в конкурсную массу банк не обязан»³⁵³. Мысль эта вполне подтверждалась названным законом: ведь согласно п. 4 его ст. 26 имущество должника, являющееся предметом залога, не включалось в конкурсную массу, а ст. 29 предусматривала погашение обеспеченных залогом долговых обязательств должника вне конкурса и за счет всего имущества должника. При этом норма ст. 360 принятого уже к моменту написания В. А. Беловым данного материала ГК РФ³⁵⁴ позволила распространить специальный режим удовлетворения требований залогодержателя к несостоятельному должнику и на ретенционные правоотношения.

Сегодня трудно принять эту точку зрения, прежде всего потому, что действующее законодательство не дает оснований для подобного вывода. Законодательно признано и доктринально обосновано, что «предмет залога поступает в конкурсную массу, а обеспеченный кредитор становится конкурсным, теряя возможность, обратив взыскание на предмет залога, реализовать его и получить преимущественное удовлетворение своих требований из его стоимости»³⁵⁵.

Действительно, если признать, что право удержания сохраняется в полном объеме и после введения судом реабилитационной или ликвидационной процедуры банкротства, то тем самым кредитору-ретенктору будет дозво-

³⁵² Закон Российской Федерации от 19 ноября 1992 г. №3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» // Ведомости Совета народных депутатов и Верховного совета Российской Федерации. – 1993. – №1. – Ст. 6.

³⁵³ Белов В. А. Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств // Бизнес и банки. – 1997. – № 45. – 10-16 ноября. Это мнение высказано автором в 1997 году и основывается на толковании закона РФ «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» от 19 ноября 1992 г. №3929-1.

³⁵⁴ Хотя В. А. Белов и не ссылается напрямую на эту статью ГК РФ, нам представляется, что именно ее действие позволило автору совершенно правильно с точки зрения актуального законодательства определить соотношение обеспечительных конструкций залога и удержания применительно к конкретной ситуации.

³⁵⁵ Телюкина М. В. Указ. соч. – С. 184.

лено удовлетворить свое денежное требование вне установленной законом о банкротстве очередности, что прямо запрещено под страхом уголовной ответственности. При этом такую привилегию ретентор получит не в силу социальной значимости своего требования, своей социальной незащищенности (как кредиторы 1 и 2 очередей), и не в силу поощряемого законом повышенного предпринимательского риска во взаимоотношениях с предприятием-банкротом (как кредиторы по текущим и внеочередным требованиям), а в силу только лишь своего фактического положения – положения владельца определенной части имущества должника, что представляется несправедливым.

Изложенная здесь позиция о пределах осуществления права удержания имущества должника, находящегося в процедуре банкротства, находит подтверждение и в судебной практике, хотя следует признать незначительный объем последней. Так, по одному из дел арбитражный суд кассационной инстанции постановил, что поскольку кредитор включен в реестр требований кредиторов, меры по обеспечению его требований снимаются в силу ст. 69 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» № 6-ФЗ от 8 января 1998 г.³⁵⁶, и законных оснований для удержания спорного имущества должника в целях обеспечения своих требований у кредитора не имеется³⁵⁷ по другому делу судом было указано, что удовлетворение требований истца об обращении взыскания на удерживаемое имущество повлечет преимущественное удовлетворение требований одного кредитора перед другими³⁵⁸. Аналогичным образом был разрешен спор о правомерности удержания и федеральным арбитражным судом другого округа³⁵⁹.

³⁵⁶ В действующем законе о несостоятельности от 26 октября 2002 года аналогичная норма применительно к конкурсному производству сформулирована в п. 1 ст. 126. Вместе с тем, вызывает сомнение подчеркнутая судом обусловленность прекращения удержания включением требований обеспеченного кредитора в реестр, ведь согласно закону основанием снятия обеспечительных мер является введение судом одной из вторичных процедур банкротства.

³⁵⁷ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 11 мая 2004 г. № КГ-А41/3500-04 (В первой инстанции дело рассматривалось Арбитражным судом Московской области, дело № А-41-К1-14437/03).

³⁵⁸ Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 26 сентября 2005 г. по делу № Ф09-1033/05-С3.

³⁵⁹ В постановлении Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 29 марта 1999 года по делу № Ф04/669-156/А27-99 указано, что обеспечительное «удержание имущества по долгам [несостоятельного] истца не основано статьями 359, 360 ГК РФ».

Еще в статье 1926 года А. В. Венедиктов называет «вопрос о ранге права удержания в ряду других преимущественных прав при несостоятельности» «наиболее сложным теоретически и важным практически»³⁶⁰. Как ни парадоксально, несмотря на все развитие гражданского законодательства, за почти восемьдесят лет вопрос остается нерешенным и до сих пор «мы стоим перед дилеммой: приравнять... право удержания в отношении очередности удовлетворения претензий к... залоговому праву или же найти для него какое-то иное место в ряду остальных преимущественных прав на имущество несостоятельного клиента»³⁶¹.

В пользу уравнивания в правах ретентора и залогового кредитора в разное время высказывались А. В. Венедиктов, Н. Е. Еремичев, С. А. Карелина³⁶², О. А. Никитина³⁶³, С. В. Сарбаш³⁶⁴, Е. А. Суханов³⁶⁵, М. В. Телюкина³⁶⁶, Л. Н. Якушина. Противоположную точку зрения отстаивают О. А. Городов, А. В. Латынцев, Е. Ю. Пустовалова³⁶⁷. Вновь принятый в 2002 году закон «О несостоятельности (банкротстве)» также не был дополнен положениями, которые напрямую установили бы очередность удовлетворения требований, обеспеченных удержанием, а потому неопределенность правового статуса ретентора и порядка удовлетворения обеспеченных удержанием требований сохраняется и сегодня.

Вместе с тем, возможно ли восполнение этого пробела путем толкования существующего нормативного материала? Да, такая возможность существует, причем применение систематического анализа закона приводит к признанию правильности мнения о необходимости распространения на удержание соответствующих правил о залоге.

³⁶⁰ Венедиктов А. В. Право удержания и зачета в банковской практике СССР / В кн. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2004. – С. 204.

³⁶¹ Там же. – С. 206.

³⁶² Карелина С. А. Указ. соч. – С. 207.

³⁶³ Никитина О. А. Конкурсное производство // Вестник ВАС РФ. – 2001. – №3. – Приложение. – С. 157.

³⁶⁴ Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. М.: Статут. – 1998. – С. 144-145, 208.

³⁶⁵ Гражданское право: в 2 т. Том II. Полутом 2: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 2003. – С. 105.

³⁶⁶ Телюкина М. В. Указ. соч. – С. 187-188.

³⁶⁷ Пустовалова Е. Ю. Очередность удовлетворения требований кредиторов при банкротстве должника // Правоведение. – 2002. – №1. – С. 67.

Справедливо суждение, что право удержания является самостоятельной правовой конструкцией, направленной на обеспечение исполнения обязательств и имеет ряд существенных отличий от залога, в силу чего их отождествление является неверным. Несмотря на то, что рассматриваемый способ обеспечения исполнения обязательств имеет сходные черты с институтом залога, удержание не может рассматриваться как его часть или разновидность. При банкротстве должника и определении очередности удовлетворения требований его кредиторов какой-либо трансформации удержания в залог не происходит и привилегированный порядок удовлетворения требований ретентора должен быть применен к нему в силу общих норм гражданского законодательства об удержании. Гражданским кодексом в ст. 360 прямо установлено, что правила о залоге применяются к праву удержания в части определения порядка и объема удовлетворения требований кредитора из стоимости удерживаемой вещи. Пункт 4 ст. 134 закона «О несостоятельности (банкротстве)» определяет, что требования кредиторов по обязательствам, обеспеченным залогом имущества должника, удовлетворяются за счет стоимости предмета залога преимущественно перед иными кредиторами, за исключением обязательств перед кредиторами первой и второй очереди, права требования по которым возникли до заключения соответствующего договора залога. Из содержания данной нормы и наименования содержащей ее статьи («Очередность удовлетворения требований кредиторов») становится очевидно, что она определяет квалифицированный порядок обращения взыскания на заложенное имущество, применяемый при несостоятельности должника. Следовательно, в силу ст. 360 ГК РФ этот специальный порядок в полной мере применим и к случаю удовлетворения требований, обеспеченных удержанием.

Другим весомым аргументом в пользу признания за ретентором прав привилегированного кредитора является указание на специальную норму п. 2 ст. 996 ГК РФ, прямо предусматривающую применительно к удержанию комиссионером вещей комитента 1) прекращение права удержания с момента

признания должника банкротом (то есть лишь с момента введения конкурсного производства); 2) право комиссионера на удовлетворение его требований к комитенту в пределах стоимости вещей и *в соответствии со ст. 360 ГК РФ* наравне с требованиями, обеспеченными залогом. Указывается, что данная норма позволяет толковать формулировку «порядок удовлетворения требований кредитора» как включающую в себя и специальный порядок, установленный законом о банкротстве. Отмечается, что правило ст. 996 ГК РФ имеет общее для института удержания значение³⁶⁸. Как следствие – право любого ретентора на преимущественное удовлетворение его требований за счет удерживаемого имущества при условии включения его в реестр требований кредиторов с указанием на характер обеспечения, и передачи вещи в конкурсную массу.

Противопоставить изложенной точке зрения можно, пожалуй, лишь буквальное толкование закона о банкротстве, где не содержится прямого указания на применение норм данного закона, регулирующих залоговые правоотношения, к праву удержания. Можно также отметить, что ни другие специальные нормы ГК РФ об удержании (ст. 712, 790, 972), ни принятый позднее специальный закон «О несостоятельности (банкротстве)» не содержат положений, аналогичных п. 2 ст. 996 ГК РФ, что в свете существующей дискуссионности вопроса вряд ли может быть списано на простое упущение законодателя: «неверно признавать за правилом... нигде в Кодексе больше не встречающимся, общее для института удержания значение»³⁶⁹. Более того, субсидиарное применение существующей нормы к отношениям по удержанию затруднено, во-первых, отсутствием владения должника удерживаемой вещью, и, во-вторых, односторонним характером удержания, о котором должник гипотетически может и не быть осведомлен.

Вместе с тем, достаточная определенность ст. 360 ГК РФ позволяет заключить, что такая мотивация вряд ли может быть признана обоснованной,

³⁶⁸ Телюкина М. В. Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / Отв. ред. А. Ю. Кабалкин. – М.: БЕК, 1998. Никитина О. А. Указ. соч. – С. 158.

³⁶⁹ Пустовалова Е. Ю. Судьба требований кредиторов при банкротстве должника. – М.: Статут, 2003. – С. 62.

равно как и ограничение прав ретентора в случае несостоятельности должника. С учетом существующей тенденции к максимальной конкретизации законодательства о несостоятельности, для ликвидации последних черт неопределенности в рассматриваемых правоотношениях совершенно справедливое мнение высказано М. В. Телюкиной: «избежать практических проблем и сложностей, связанных с толкованием законов, можно только путем определения в Законе о банкротстве статуса кредиторов, обеспеченных удержанием имущества должника»³⁷⁰.

Поэтому представляется целесообразным дополнить п. 4 ст. 134 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ абзацем шестым следующего содержания: «Требования кредиторов по обязательствам, обеспеченным удержанием имущества должника, удовлетворяются в порядке, установленном для удовлетворения требований, обеспеченных залогом».

Сходных корректив требует и абз. 2 п. 2 ст. 131 того же закона, предусматривающий, что в целях обеспечения интересов залоговых кредиторов имущество должника, являющееся предметом залога, (1) учитывается в составе конкурсной массы отдельно и (2) подлежит обязательной оценке. Мы предлагаем распространить действие данной нормы на предмет удержания, изложив ее в следующей редакции: «В составе имущества должника отдельно учитывается и подлежит обязательной оценке имущество, являющееся предметом залога или удержания».

Анализ практики применения обеспечительного удержания приводит к выводу о целесообразности распространения правил о прекращении права удержания и особом порядке удовлетворений требований ретентора кроме случая несостоятельности, также и при ликвидации юридического лица в общегражданском порядке. Как и в конкурсном процессе, требования кредиторов подлежат удовлетворению согласно очередности, соблюдение которой имеет приоритет перед общим порядком исполнения обязательств. необхо-

³⁷⁰ Телюкина М. В. Указ. соч. – С. 188.

димось защиты привилегированных кредиторов ликвидируемого должника, требования которых отнесены к первой и второй очередям, предопределяет невозможность осуществления правомочий ретентора без учета ст. 64 ГК РФ. По одному из дел Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа указал, что с момента начала добровольной ликвидации требования всех кредиторов, даже если они обеспечены удержанием, должны быть заявлены и разрешены в порядке, установленном ст. 63, 64 ГК РФ, а очередность удовлетворения определяется ликвидационной комиссией³⁷¹.

Вместе с тем, можно прогнозировать и возможные случаи злоупотребления должниками правом на добровольную ликвидацию. Ведь для прекращения права удержания и возврата удерживаемого имущества оказывается достаточно принятия решения компетентного органа юридического лица о начале процедуры ликвидации. Ничто не мешает впоследствии отменить или оспорить в судебном порядке указанное решение, и должник продолжит обычную хозяйственную деятельность.

Каким же образом предлагается учитывать в реестре требований кредиторов обязательства несостоятельного или ликвидируемого должника перед ретентором? Определение арбитражного суда или решение ликвидационной комиссии об установлении таких требований и включении в реестр требований кредиторов должно содержать указание на наличие обеспечения и необходимость удовлетворения таких требований в порядке, установленном для требований, обеспеченных залогом. Представляется целесообразным проведение оценки предмета обеспечения (п. 2 ст. 131 закона о банкротстве) уже на стадии рассмотрения обеспеченных требований судом. Удерживаемое имущество должно быть передано ретентором должнику или арбитражному управляющему, который учитывает объект права удержания в составе конкурсной массы, но обособленно. При отказе от передачи удерживаемого

³⁷¹ Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 25 ноября 2003 г. по делу № Ф03-А51/03-1/2155.

имущества в конкурсную массу должник или арбитражный управляющий вправе истребовать его от утратившего право удержания кредитора.

Продажа ранее удерживавшегося имущества должна производиться по правилам п. 3 ст. 138 закона «О несостоятельности (банкротстве)» – путем проведения открытых торгов. С учетом положений п. 2 ст. 138, п. 4 ст. 134 этого же закона для каждого случая применения удержания имущества банкрота, необходимо установить момент возникновения права удержания, после чего выявить требования кредиторов первой и второй очередей, возникшие ранее и, следовательно, имеющие приоритет в удовлетворении.

Для требований из обязательств, возникших после возбуждения дела о несостоятельности – текущих требований кредиторов в смысле ст. 5 закона о несостоятельности, законодатель сохраняет общегражданский правовой режим, как будто допуская тем самым и применение удержания. Данный тезис может также основываться и на том, что удержание, как и любое обеспечение, следует судьбе обеспечиваемого обязательства, «заимствуя» его правовой режим. А раз нормы закона о несостоятельности к текущим требованиям не применяются, то и к обеспечению не применимы ограничения удержания, установленные этим законом. Однако с такими доводами нельзя согласиться, и вот почему. Определяющим фактором является здесь то, что предмет удержания входит в состав имущества должника и согласно п. 1 ст. 131 закона «О несостоятельности (банкротстве)» является составляющей конкурсной массы. При этом не вызывает сомнения, что правовой режим имущества несостоятельного должника устанавливается в первую очередь законом о банкротстве. Названные выше нормы этого закона о прекращении обеспечительных мер и ограничений в распоряжении имуществом должника должны применяться и в отношении удержания, обеспечивающего текущие обязательства.

Кроме того, допущение в рассматриваемом случае возможности удержания может привести к злоупотреблению данным правом со стороны кредиторов. Поскольку ГК РФ не устанавливает зависимости между размером

требований и стоимостью удерживаемого в их обеспечение имущества, представляется возможным удержание дорогостоящего имущества по копеечным текущим обязательствам должника. В реабилитационных процедурах банкротства это может привести к срыву мероприятий по восстановлению платежеспособности, а в конкурсном производстве – не позволит удовлетворить требования других кредиторов в угоду интересам лишь одного из них.

Представляется возможной и такая ситуация, когда кредитором по текущему обязательству удерживается вещь, принадлежащая должнику, но также переданная в залог конкурсному кредитору. Кому следует отдать приоритетную возможность получить удовлетворение из стоимости данной вещи? Попробуем предположить, что в этой ситуации право удержания у текущего кредитора будет отсутствовать вследствие приоритета норм специального закона.

Первым доводом в пользу высказанного тезиса может быть приведена уже цитированная норма п. 4 ст. 134 закона о банкротстве, согласно которой требования кредиторов по обязательствам, обеспеченным залогом имущества должника, удовлетворяются за счет стоимости предмета залога преимущественно перед другими кредиторами. Под кредиторами в данном случае необходимо понимать не только конкурсных кредиторов, но и кредиторов по текущим обязательствам должника. В тех случаях, где это необходимо, законодатель прямо ограничил круг лиц именно конкурсными кредиторами, а поскольку названная статья такого ограничения не содержит, можно справедливо предположить максимально широкий объем использованного понятия «кредитор».

Во-вторых, той же нормой предусмотрено право залогового конкурсного кредитора получить удовлетворение своих требований за счет стоимости конкретной заложенной вещи должника. В рассматриваемой ситуации это возникающее в силу нормы специального закона (а не только в силу залогового обязательства) право сталкивается с аналогичным, но общегражданским правом внеочередного (текущего) кредитора на удовлетворение своего

требования из стоимости той же вещи. Как нами было указано выше, правовой режим имущества банкрота регулируется нормами общегражданского законодательства постольку, поскольку иное не предусмотрено законом о несостоятельности. Для заложенной вещи должника специальным законом императивно предусматривается особый порядок ее реализации в целях удовлетворения требований определенного кредитора – обладающего правом залога на нее. Поэтому приоритет должен быть отдан именно праву конкурсного залогового кредитора.

Таким образом, можно заключить, что кредитор по текущему обязательству несостоятельного должника не может обеспечить исполнение должником текущего обязательства при помощи удержания, право удержания не может возникнуть в отношении вещей, переданных должником в залог лицам, чьи требования включены в реестр требований кредиторов. Как уже указывалось, законом предусмотрено обособление залогового имущества от остальной конкурсной массы. Юридическим фактом, порождающим невозможность применения удержания, будет являться судебный акт об установлении требований конкурсного кредитора, обеспеченных залогом. Представляется, что судебный акт должен дать правовую оценку обеспечиваемому обязательству и определить перечень обособляемого (заложенного) имущества.

В практике возможно возникновение вопроса о судьбе удерживаемого имущества и самого права удержания при банкротстве ретентора. Из положений ст. 359 ГК РФ, устанавливающей в качестве обеспечительной меры право удержания исключительно *чужой* вещи, следует вывод о том, что удерживаемые вещи не входят в состав имущества должника и не могут быть включены в конкурсную массу, куда входит лишь обеспеченное удержанием обязательственное право требования.

В отсутствие законодательных установлений об ином, пределом осуществления права удержания будет лишь рассмотренный нами временной предел исковой давности и ликвидация должника по завершении конкурсно-

го производства – если соответствующее имущество до этого момента сохранилось во владении ретентора.

Изложенное позволяет заключить, что введение в отношении должника, имущество которого подвергается удержанию, любой из вторичных процедур несостоятельности прекращает субъективное право ретентора в силу указания закона. Необходимым для этого юридическим фактом будет являться вступление в законную силу соответствующего определения арбитражного суда или решения о признании должника банкротом. Данную границу осуществления права удержания следует охарактеризовать в качестве субъективной, поскольку она связана с изменениями правового режима имущества несостоятельного должника.

Заключение

Проведенное диссертационное исследование в целом позволило нам решить поставленные во введении задачи. Основные выводы диссертанта возможно сформулировать следующим образом.

Правомочия конкретного субъекта (кредитора), основанные на позитивном институте удержания, при наличии всех необходимых юридических фактов, представляют собой субъективное право. Эти правомочия конкретны по кругу субъектов, существуют в рамках правоотношения и доставляют своему обладателю определенное благо – так называемый «реальный кредит».

Как и любое субъективное право, право удержания вытекает из правоспособности конкретного субъекта постольку, поскольку объективным правом для этого субъекта не ограничена или не исключена возможность приобретения такого субъективного права. Недееспособные лица не могут быть субъектами права удержания в силу того, что не могут выступать кредитором по обязательству. В качестве самостоятельной стадии развития правомочий ретентора, отличной и от правоспособности, и от субъективного права, соискатель выделил «прообраз права удержания», когда возникли фактические предпосылки субъективного права удержания, однако наличествуют не все юридические факты, с которыми закон связывает его возникновение. На этой стадии кредитор уже располагает обеспечительным средством, однако не имеет возможности его реализовать до срока исполнения по обеспечиваемому обязательству.

Юридический состав, порождающий право удержания, включает в себя наличие денежного обязательства, временное нахождение вещи должника во владении кредитора, неисправность должника, наступление срока возврата вещи собственнику и отсутствие соглашения, исключающего применение

удержания. Завершающим фактом данного юридического состава в зависимости от обстоятельств может являться неисполнение обязательства должником или наступление срока возврата вещи собственнику-должнику. Волеизъявление кредитора и уведомление должника о применении удержания не носят правообразующего значения. Дополнительным юридическим фактом предстает предпринимательский характер действий обеих сторон ретенционного правоотношения, поскольку от его наличия зависят границы круга обязательств, способных к обеспечению посредством удержания.

Правомочия, входящие в состав субъективного права удержания, выступают в качестве целостной системы, когда их осуществление направлено на удовлетворение интереса ретентора. Интерес при этом состоит в стимулировании должника к исполнению обязательства (право удерживать вещь – дефензивная составляющая) и получении должного по обеспеченному обязательству (право получить удовлетворение требований из стоимости вещи – экзекутивная составляющая). Как способ обеспечения исполнения обязательств удержание способно выступать только в единстве указанных элементов.

В составе права удержания следует выделять два правомочия. Правомочие на собственное поведение ретентора включает возможность не исполнить обязанность возвратить предмет удержания собственнику, возможность принимать меры к защите своего владения. Исходя из того, что титульным (законным) является владение, полученное от собственника и по его воле, владение при удержании таковым считать нельзя, а потому оно не может защищаться посредством вещно-правовых исков. Правовая защита ретентора носит строго личный характер и реализуется в форме экцепции по иску об истребовании вещи, а также путем самозащиты фактического характера. Предоставляемая таким образом ограниченная защита есть следствие применения юридической фикции законности владения ретентора. Правомочие на собственные действия не включает возможностей пользования и распоряжения предметом удержания. Правомочие ретентора требовать определенного

поведения связывает его только с собственником вещи и лицами, получившими свой титул от собственника-должника, и не носит абсолютного характера. В рамках этого правомочия ретентор имеет возможность своей волей понудить должника к претерпеванию негативных имущественных последствий применения удержания, вплоть до принудительного отчуждения удерживаемого имущества.

Проведенное исследование места права удержания в системе субъективных гражданских прав позволяет охарактеризовать его классификационное положение в качестве охранительного, с признаками относительности и неотчуждаемости. На охранительную сущность права удержания указывает его производность от обязательственного (регулятивного) субъективного права, факт возникновения в результате правонарушения, существование в рамках охранительного правоотношения, а также направленность на принудительное осуществление регулятивного гражданского права собственными действиями или посредством деятельности юрисдикционных органов.

Характеристика права удержания в качестве относительного предопределена его отнесением к числу прав охранительных, всегда составляющих содержание относительных правоотношений со строго определенным субъектным составом, а также отсутствием абсолютной правовой защиты владения ретентора. Передача права удержания даже одновременно с цессией обеспечиваемого права невозможна в силу отсутствия у ретентора правомочия распоряжения предметом удержания и титула на него, поэтому это право неотчуждаемо.

Исследуемое право может быть охарактеризовано в качестве имущественного, но имеющего заметные особенности, предопределяемые охранительной его природой и направленностью на обеспечение обязательства. Само по себе право удержания не доставляет кредитору имущественной ценности, не имеет меновой стоимости и призвано предоставить гарантии исполнения обязательства – то есть гарантии осуществления другого, самостоятельного, имущественного субъективного права. Компенсационная со-

ставляющая субъективного права удержания в отрыве от обеспеченного обязательства не влечет увеличения имущественной сферы кредитора. Право удержания лишь изменяет форму и источник исполнения обязательства, тогда как основанием получения должного остается регулятивное обязательственное право.

В результате проведенного сравнительного анализа понятий сделки и удержания диссертантом были выявлены признаки удержания, не позволяющие квалифицировать действия по его осуществлению в качестве гражданско-правовой сделки. В их числе:

1. Удержание осуществляется путем бездействия, тогда как сделка есть действие;

2. Волеизъявление кредитора на осуществление удержания продолжительно во времени и не может быть сведено к определенному моменту, что необходимо для определения момента совершения сделки;

3. Осуществление удержания не изменяет содержания правоотношений кредитора и должника, в то время как сделка является юридическим фактом, порождающим, изменяющим или прекращающим гражданские права и обязанности;

4. Осуществление удержания есть реализация субъективного права, тогда как совершение определенной сделки есть реализация сделкоспособности;

Также можно выделить ряд специальных оснований, не позволяющих квалифицировать осуществление удержания как одностороннюю сделку:

5. Осуществление удержания основано на субъективном праве, а не на секундарном правомочии, что свойственно односторонне-обязывающим сделкам;

6. Осуществление удержания не изменяет содержания основного, обеспеченного обязательства, тогда как односторонне-обязывающая сделка направлена на изменение или прекращение основного правоотношения;

7. Обеспечительное удержание представляет самостоятельную, а не вспомогательную, как односторонне-обязывающие сделки, правовую конструкцию. Вспомогательный характер этих сделок заключается в том, что их совершение напрямую влечет исполнение основного обязательства, а при удержании отсутствует причинная связь между его реализацией и исполнением обязательства должником.

Таким образом, диссертант полагает, что на осуществление права удержания теоретически не верно распространять правовой режим совершения сделок. Поскольку в рассматриваемом случае правовой режим сводится к регулированию формы сделок, представляется необходимым рассмотреть, какие прикладные последствия для оборота имеет сделанный нами теоретический вывод.

Во-первых, отсутствуют необходимость дополнительно облекать удержание в простую письменную форму в случаях, предусмотренных ст. 161 ГК РФ; при этом не наступают неблагоприятные последствия, определенные в ст. 162 ГК РФ. Во-вторых, к удержанию не применимы правила специальных законов о порядке совершения сделок с заинтересованностью и крупных сделок. В-третьих, невозможно применять правила о недействительности сделок при оспаривании законности удержания. В-четвертых, возможно сделать вывод о том, что не исключено удержание недвижимого имущества без осуществления его государственной регистрации.

Как следствие невозможности квалификации удержания в качестве сделки автором обоснован тезис о необходимости отнесения его к мерам оперативного воздействия.

Исследование пределов осуществления субъективного права удержания позволило выявить временные и субъектные границы права. Соискателем сделан вывод об ограниченности во времени права удержания. При этом право удержать вещь возникает у кредитора в момент просрочки должника, момент возникновения права обратиться взыскание на удерживаемую вещь не совпадает с возникновением права удержания и должен определяться (а при

возникновении спора – и оцениваться судом) на основе критериев добросовестности и разумности. Удовлетворительное решение проблемы срока, в течение которого право удержания подлежит защите, возможно лишь в законодательном порядке. Пока же его нет – путь прекращения правовой защиты обеих составляющих права удержания одновременно с истечением исковой давности по основному обязательству представляется единственно отвечающим основополагающим принципам отечественного гражданского права. Нормативным основанием к такому решению может служить ст. 10 ГК РФ.

Анализ законодательства о несостоятельности и его толкование во взаимосвязи с положениями ст. 359 и 360 ГК РФ позволил прийти к выводу о том, что введение в отношении должника любой из вторичных процедур несостоятельности прекращает субъективное право ретентора в силу указания закона. Необходимым юридическим фактом в обоих случаях будет являться вступление в законную силу соответствующего определения арбитражного суда или решения о признании должника банкротом. Положения закона «О несостоятельности (банкротстве)», устанавливающие преимущественный порядок удовлетворения требований кредитора-залогодержателя в конкурсном производстве следует рассматривать как элемент порядка удовлетворения требований залогодержателя из стоимости заложенного имущества, на основании чего в исследовании сделан вывод о необходимости применения указанного привилегированного порядка удовлетворения к требованиям, обеспеченным удержанием.

В целях совершенствования законодательства и нормативного закрепления предложенного систематического толкования закона диссертантом сформулированы предложения, направленные на совершенствование норм закона «О несостоятельности (банкротстве)». Пункт 4 статьи 134 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ предлагается дополнить абзацем шестым следующего содержания: *«Требования кредиторов по обязательствам, обеспеченным удержанием*

имущества должника, удовлетворяются в порядке, установленном для удовлетворения требований, обеспеченных залогом».

Абзац 2 пункта 2 статьи 131 того же закона предлагается изложить в следующей редакции: *«В составе имущества должника отдельно учитывается и подлежит обязательной оценке имущество, являющееся предметом залога или удержания».*

Список использованной литературы

Нормативно-правовые акты

1. Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (заключена в г. Вене 11 апреля 1980 г.) // Сборник международных договоров СССР и Российской Федерации. – Вып. XLVII. – М., 1994. – С. 335-357.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая // СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая // СЗ РФ. – 1996. – № 5. – Ст. 410.
4. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации // СЗ РФ. – 2002. – № 46. – Ст. 4532.
5. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации // СЗ РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3012.
6. Федеральный закон «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» от 8 августа 2001 г. №129-ФЗ – СЗ РФ. – 2001. – № 33. – Ст. 3431.
7. Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. №208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. – 1996. – № 1. – Ст. 1.
8. Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. – 1998. – № 7. – Ст. 785.
9. Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. – 2002. – № 43. – Ст. 4190.
10. Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 119-ФЗ «Об исполнительном производстве» // СЗ РФ. – 1997. – № 30. – Ст. 3591.
11. Федеральный закон от 11 ноября 2003 г. № 152-ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах» // СЗ РФ. – 2003. – № 46. – Ст. 4448.

12. Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. – 1998. – № 2. – Ст. 222.

13. Закон Российской Федерации от 19 ноября 1992 г. №3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» // Ведомости СНД и ВС РФ. – 1993. – №1. – Ст. 6.

Судебная практика

14. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28 апреля 1997 г. № 13 «Обзор практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав».

15. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 21 апреля 1998 г. № 33 «Обзор практики разрешения споров по сделкам, связанным с размещением и обращением акций».

16. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой».

17. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 22 февраля 1999 г. по делу № Ф08-254/99

18. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 2 марта 1999 г. № Ф08-207/99.

19. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 29 марта 1999 г. по делу № Ф04/669-156/А27-99.

20. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 9 марта 2000 г. по делу № Ф04/615-59/А70-99.

21. Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 10 октября 2000 г. по делу № А55-6198/00-33.

22. Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 18 января 2001 г. по делу № 4473/2000-13

23. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского от 5 марта 2001 г. по делу № Ф08-575/2001.

24. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 4 апреля 2001 г. по делу № КГ-А41/1363-01.
25. Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 21 июня 2001 г. по делу № А12-7765/00-С22
26. Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 4 марта 2003 г. по делу № А72-4561/02-А223
27. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 16 сентября 2003 г. по делу № Ф04/4604-1356/А46-2003.
28. Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 25 ноября 2003 г. по делу № Ф03-А51/03-1/2155.
29. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 12 января 2004 г. по делу № Ф04/77-1205/А75-2003.
30. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 11 мая 2004 г. № КГ-А41/3500-04.
31. Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 17 июня 2004 г. по делу № А72-6903/03-Н422.
32. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 30 августа 2004 г. по делу № Ф08-3920/2004
33. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 21 октября 2004 г. по делу № Ф04-7536/2004(5710-А81-9).
34. Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 26 сентября 2005 г. по делу № Ф09-1033/05-С3.
35. Постановление ФАС Дальневосточного округа от 1 ноября 2005 г. по делу № Ф03-А51/05-1/3046.

Специальная литература

36. Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Цивилистическая практика. – 2002. – № 5.
37. Агарков М. М. Предмет и система советского гражданского права // Советское государство и право. – 1940. – № 8-9.
38. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. – М.: Госюриздат, 1940.
39. Агарков М. М. Основы банковского права. Курс лекций. – М.: БЕК, 1994.
40. Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе. – М.: Госюриздат, 1955.
41. Алексеев С. С. Предмет советского социалистического гражданского права. – Свердловск, 1959.
42. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М.: Юридическая литература, 1966.
43. Алексеев С. С. Проблемы теории права. Курс лекций в двух томах. Т. 1. – Свердловск, 1972.
44. Алексеев С. С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования / Антология уральской цивилистики. 1925-1989: Сборник статей. – М.: Статут, 2001.
45. Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. Изд. 2-е, перераб. и доп. – М.: НОРМА, 2002.
46. Анненков К. Самоуправство и самооборона, как средства защиты гражданских прав // Журнал гражданского и уголовного права. – 1893. – Книга 3.
47. Анохин В. С., Завидов Б. Д., Сергеев В. И. Защита договорных обязательств. – М.: Инфра-М, 1998.
48. Аскназий С. И. Основные вопросы теории социалистического гражданского права // Вестник Ленинградского университета. – 1947. – №12.

49. Бабай А. Н. Юридическая квалификация правового поведения личности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук, 1986.
50. Баринаева Е. А. Вещные права в системе субъективных гражданских прав / Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 6 / Под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М.: НОРМА, 2003. – С. 137-174.
51. Белов В. А. Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств // Бизнес и банки. – 1997. – № 45 – 10-16 ноября.
52. Белов В. А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2001.
53. Белов В. А. Гражданское право: Общая часть: Учебник. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002.
54. Белов В. Н. Финансовые договоры. – М.: Финансы и статистика, 1997.
55. Бержелъ Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В. И. Даниленко / пер. с фр. – М.: Издательский дом NOTA BENE, 2000.
56. Брагинский М. И. Осуществление и защита гражданских прав. Сделки. Представительство. Доверенность. Исковая давность // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 1995. – № 7. – С. 99-113.
57. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. – М.: Статут, 1999.
58. Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица). – М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1947.
59. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1950.
60. Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. – М., 1963.
61. Братусь С.Н. О пределах осуществления гражданских прав (ст. 5 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик) // Правоведение. – 1967. – № 3.

62. Бутнев В. В. Понятие субъективного права // *Философские проблемы субъективного права.* – Ярославль, 1990.
63. Васьковский Е. В. *Учебник русского гражданского права.* – М.: Статут, 2003.
64. Венедиктов А. В. *Государственная социалистическая собственность.* – М., 1948.
65. Венедиктов А. В. *Право удержания и зачета в банковской практике СССР / в кн. Избранные труды по гражданскому праву. Том первый.* – М.: Статут, 2004. – С. 169-206.
66. Власова А. В. *Структура субъективного гражданского права.* – Ярославль, 1998.
67. Воложанин В. П. *Основные проблемы защиты гражданских прав в несудебном порядке: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук.* – Свердловск, 1975.
68. Гинзбург С. И. *О дате издания закона об остракизме в Афинах / Город и государство в античном мире. Проблемы исторического развития.* – Л., 1987.
69. Гойхбарг А. Г. *Хозяйственное право РСФСР. Том 1.* – М., 1924.
70. Гонгало Б. М. *Гражданско-правовое обеспечение обязательств: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук.* – Екатеринбург, 1998.
71. Гонгало Б. М. *Гражданско-правовое обеспечение обязательств: Дис. ... докт. юрид. наук.* – Екатеринбург, 1998.
72. Гонгало Б. М. *Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики* – М.: Статут, 2002.
73. Гонгало Б. М. *Общие положения учения об обеспечении обязательств и способах обеспечения обязательств / в сб.: Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов.* – М.: Статут. – 2001.
74. *Гражданский кодекс РФ. Часть первая. Научно-практический комментарий / отв. ред. Т. Е. Абова, А. Ю. Кабалкин, В. П. Мозолин.* – М.: БЕК, 1996.

75. Гражданское право / под ред. М. М. Агаркова и Д. М. Генкина. Том 1. – М., 1944.
76. Гражданское право России. Курс лекций. Часть первая. Под ред. О. Н. Садикова. – М.: Юридическая литература, 1996.
77. Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2004.
78. Гражданское право. Том 1. Учебник. Издание пятое, переработанное и дополненное / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 2000.
79. Гражданское уложение. Проект Высочайше утвержденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. / Под ред. И. М. Тютрюмова. Том 2. / под ред. И. М. Тютрюмова. – СПб.: издание книжного магазина «Законоведение». – 1910.
80. Грибанов В. П. Право на защиту как одно из правомочий субъективного гражданского права // Вестник МГУ. Серия XII. Право. – 1968. – № 3.
81. Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. / в кн. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000.
82. Грибанов В. П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей / в кн. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000.
83. Grimm Д. Д. Лекции по догме римского права. – СПб., 1907.
84. Денисевич Е. М. Односторонние сделки в гражданском праве Российской Федерации: понятие, виды и значение: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2004.
85. Депп Н. О торговых судах // Журнал гражданского и торгового права. – 1871. – март.
86. Добровольский А. А. Исковая форма защиты права (основные вопросы учения об иске). – М.: Издательство Московского университета, 1965.

87. Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В. С. Нерсесянца. – М.: НОРМА, 2003.
88. Дозорцев А. В. О предмете советского гражданского права // Советское государство и право. – 1954. – № 7.
89. Дормидонтов В. Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Юридические фикции и презумпции. Ч.1 – Казань: Типо-лит. Имп. ун-та, 1895.
90. Елисейкин П. Ф. О понятии и месте охранительных отношений в механизме правового регулирования // Юридические гарантии применения права и режим социалистической законности в СССР. – Ярославль, 1975. – Вып. 1. – С. 5-10.
91. Еремичев Н. Е. Способы обеспечения договорных обязательств: национально-правовое и международно-правовое регулирование: Дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук. – М., 2004.
92. Завидов Б. Д. Удержание – как один из способов обеспечения обязательств // Юрист. – 1998. – № 11/12. – С. 25-28.
93. Илларионова Т. И. Система гражданско-правовых охранительных мер. – Томск: издательство Томского университета, 1982.
94. Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / в кн. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2000.
95. Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. – М.: Юридическая литература, 1961.
96. Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. Саратов, 1980.
97. Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. М., 1984.
98. Каган М. С. О системном подходе к системному подходу // Философские науки. – 1973. – № 6. – С. 28-44.
99. Калимов Д. А. Удержание как новый способ обеспечения кредитов // Банкаускі веснік. – 2002. – чэрвень. – С. 11-13.

100. Карелина С. А. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства): учебно-практическое пособие. – М.: Волтерс Клувер, 2006.
101. Карпов М. С. Гражданско-правовые меры оперативного воздействия: Автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук. – М., 2003.
102. Каудыров Т. Е. Оперативные санкции в системе способов обеспечения гражданско-правовых обязательств / в сб. Совершенствование правовых средств борьбы с гражданскими правонарушениями. – Алма-Ата, 1984.
103. Кириллов В. И., Старченко А. А. Логика: Учебник для юридических факультетов и институтов. – М.: Юрист, 1995.
104. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой (постатейный) / рук. авт. коллект. и отв. ред. д.ю.н., проф. О. Н. Садилов. – М.: Издательский дом ИНФРА-М, 2002.
105. Комментарий (постатейный) к Гражданскому кодексу Российской Федерации (часть первая) / Отв. ред. Н. Д. Егоров, А. П. Сергеев. – М.: Проспект, 2005.
106. Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)»: Постатейный научно-практический / Под ред. В. Ф. Попондопуло. – М.: Омега-Л, 2003.
107. Константинова В. С. Гражданско-правовое обеспечение исполнения обязательств: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – Свердловск, 1989.
108. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М.: Госюриздат, 1958.
109. Красавчикова Л. О. Понятие и система личных, не связанных с имущественными прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – Екатеринбург, 1994.
110. Краткая философская энциклопедия. – М.: Прогресс, 1994.
111. Крашенинников Е. А. Право на защиту / Методологические вопросы теории правоотношений – Ярославль, 1986.

112. Крашенинников Е. А. К учению об исковой давности / Материально-правовые и процессуальные средства охраны и защиты прав и интересов хозяйствующих субъектов. Межвуз. тематич. сборник научных трудов. – Калинин: издательство Калининского государственного университета, 1987.

113. Крашенинников Е. А. Замечания по статье 83 ГК РСФСР / Проблемы совершенствования законодательства и правоприменительной деятельности. – Владивосток, 1988. – С. 38-45.

114. Крашенинников Е. А. Содержание относительных субъективных прав // Проблемы повышения качества и эффективности правовой деятельности. – Омск, 1990. – С. 36-38.

115. Крашенинников Е. А. Структура субъективного права // Построение правового государства: вопросы теории и практики. – Ярославль, 1990.

116. Крашенинников Е. А. К теории права на иск. – Ярославль, 1995.

117. Крашенинников Е. А. Интерес и субъективное гражданское право // Правоведение. – 2000. – № 3. – С. 133-141.

118. Курбатов А. Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2001.

119. Куринов Б. А. Научные основы квалификации преступлений. – М.: Издательство Московского университета, 1976.

120. Латыев А. Н. Вещные права в гражданском праве: понятие и особенности правового режима: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2004.

121. Латыев А. Н. Объем понятия владения в современном гражданском праве // Арбитражные споры. – 2005. – № 2.

122. Латынцев А. В. Система способов обеспечения исполнения договорных обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002.

123. Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств // М: Лекс-Книга. – 2002.

124. Леонова Г. Б. Применение права удержания в торговом обороте // Вестник Московского университета. Серия 11, право. – 2002. – № 1. – С. 71-90.
125. Лунц Л. А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. – М.: Статут, 1999.
126. Магазионер Я. М. Общая теория права на основе советского законодательства. Глава VI. Субъективное право // Правоведение. – 1999. – № 2 – С. 39-52.
127. Макаров Д. Ю. Право удержания как новый способ обеспечения обязательств // Юрист. – 2000. – № 8. – С. 28-29.
128. Малеина М. Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан. М.: Знание, 1991.
129. Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита // Реферативный журнал РАН. Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4: Государство и право. – 2001. – № 4. – С. 140-141.
130. Малиновский Д. А. Актуальные проблемы категории субъективного вещного права: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002.
131. Матузов Н. И. Правовая система и личность. – Саратов, 1987.
132. Матузов Н. И. О праве в объективном и субъективном смысле: гносеологический аспект // Правоведение. – 1999. – № 4.
133. Мезрин Б. Н. Личные неимущественные отношения в предмете советского гражданского права / Актуальные проблемы гражданского права. Межвуз. сб. науч. трудов. – Свердловск, 1986. – С. 25-33.
134. Мейер Д. И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях. – Казань, 1854.
135. Мейер Д. И. Русское гражданское право. – М.: Статут, 2003.
136. Мотовиловкер Е. Я. К определению субъективного права // Субъективное право: проблемы осуществления и защиты: Тезисы докладов. – Владивосток, 1989.

137. Мотовиловкер Е. Я. Интерес как сущностный момент субъективного права (цивилистический аспект) // Правоведение. – 2003. – № 4. – С. 52-62.
138. Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима: Лекции. – М.: Типография А. И. Мамонтова и Ко, 1883.
139. Никитина О. А. Конкурсное производство // Вестник ВАС РФ. – 2001. – №3. – Приложение.
140. Новак Д. В. Соотношение самозащиты гражданских прав и права удержания // Хозяйство и право. – 2002. – № 6. – С. 102-105.
141. Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1954.
142. Новоселова Л. А. Проценты по денежным обязательствам. – М.: Статут, 2000.
143. Носов В. А. Регулятивные и охранительные внедоговорные обязательства. – Ярославль, 1984.
144. Ойгензихт В. А. Обеспечение исполнения обязательств: традиция и перспективы / Проблемы обязательственного права. Межвуз. сб. научн. трудов. – Свердловск, 1989.
145. Орлова Е. А., Носов В. А. Охранительные гражданско-правовые нормы и правоотношения / Материально-правовые и процессуальные проблемы защиты субъективных прав: Межвузовский тематический сборник. – Ярославль: Ярославский государственный университет, 1983.
146. Пахман С. В. Обычное гражданское право в России: Юридические очерки. Собственность, обязательства и средства судебного охранения. Т. 1. – СПб.: Тип. 2 Отд. собств. е. и. в. канцелярии. – 1877.
147. Пашуканис Е. Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. – М., 1980.
148. Певзнер А. Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав // Всесоюзный юридический заочный институт. Ученые записки. Выпуск 10, Вопросы гражданского права. – М., 1960. – С. 3-53.

149. Певзнер А. Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1961.
150. Поляков А. В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. – СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2004.
151. Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. М. Н. Марченко. – М.: ЮристЪ, 2001.
152. Пронина М. Г. Обеспечение исполнения норм гражданского права. – Минск: Наука и техника, 1974.
153. Протасов В. Н. Что и как регулирует право: Учеб. пособие – М.: Юристь, 1995.
154. Пугинский Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. – М., 1984.
155. Пустовалова Е. Ю. Очередность удовлетворения требований кредиторов при банкротстве должника // Правоведение. – 2002. – №1.
156. Пустовалова Е. Ю. Судьба требований кредиторов при банкротстве должника. – М.: Статут, 2003.
157. Райхер В. К. Абсолютные и относительные права (к проблеме деления хозяйственных прав) // Известия экон. фак-та ЛПИ. – Вып. 1 (XXV). – 1928. – С. 273—306.
158. Райхер В. К. Вопросы договорной дисциплины в СССР. – Л.: Издательство Ленинградского университета, 1958.
159. Римское частное право / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. – М., 1948.
160. Рожкова М. А. Возражения (процессуальный и материальный аспекты) // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 2002. – № 6. – С. 97-106.
161. Сарбаш С. В. Некоторые аспекты применения права удержания // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 1997. – № 11. – С. 92-101.

162. Сарбаш С. В. Право удержания и самозащита // Юридический мир. – 1998. – № 8. – С. 47-54.
163. Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1998.
164. Сарбаш С. В. Материалы доклада на конференции "Гражданское законодательство России на современном этапе: проблемы и пути развития" 14-15 февраля 2002 г. [www-документ] // http://www.privlaw.ru/z060502_1502.html (30 мая 2005).
165. Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М.: Статут, 2003.
166. Свердлык Г. А. Страуниг Э. Л. Способы самозащиты гражданских прав и их классификация // Хозяйство и право. – 1999. – № 2.
167. Синайский В. И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2003.
168. Скловский К. И. К проблеме обеспечения прав кредитора (залог, арест имущества, иск) // Российская юстиция. – 1997. – № 2.
169. Скловский К. И. Некоторые проблемы владения в судебной практике // Вестник ВАС РФ. – 2002. – № 4.
170. Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: Учебно-практическое пособие. – М.: Дело, 2002.
171. Советский гражданский процесс: Учебник. / Под ред. М. А. Гурвича. – М.: Высшая школа, 1975.
172. Стоякин Г. Я. Меры защиты в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1973.
173. Стоякин Г. Я. Правовосстановительные санкции как меры защиты субъективного гражданского права / Гражданское право и способы его защиты: Сб. учен. труд. Свердловского юридического института. – Свердловск, 1974. – С. 97-104.
174. Стоякин Г. Я. Меры самозащиты в гражданском правоотношении / Гражданские правоотношения и их структурные особенности. Сб. учен.

трудов Свердловского юридического института. Выпуск 39. – Свердловск, 1975.

175. Суханов Е. А. Лекции о праве собственности. – М., 1991.
176. Суханов Е. И. Ограниченные вещные права // Хозяйство и право. – 2005. – № 1.
177. Суховерхий В. Л. Личные неимущественные права в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1970.
178. Тархов В. А. Гражданское правоотношение. – Уфа, 1993.
179. Телюкина М. В. Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / Отв. ред. А. Ю. Кабалкин. М.: БЕК, 1998.
180. Телюкина М. В. Основы конкурсного права. – М.: Волтерс Клувер, 2004.
181. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов. Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1998.
182. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М.: ЮристЪ, 2000.
183. Тимохина Е. Удержание как один из способов обеспечения исполнения обязательств // Экономика и Жизнь – Сибирь. – 2000. – № 16.
184. Толстой Ю. К. Учение о юридических фактах в гражданском праве // Вестник ЛГУ. Серия экономики, философии, права. – 1961. – Вып. 1.
185. Туктаров Ю. Е. Имущественные права как объекты гражданско-правового оборота / Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 6 / Под ред. О. Ю. Шиловцова. – М.: НОРМА, 2003. – С. 101-136.
186. Флейшиц Е. А. Соотношение правоспособности и субъективных прав / Вопросы общей теории советского права. – М., 1960.
187. Флейшиц Е. А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. – М.: Госюриздат, 1961.

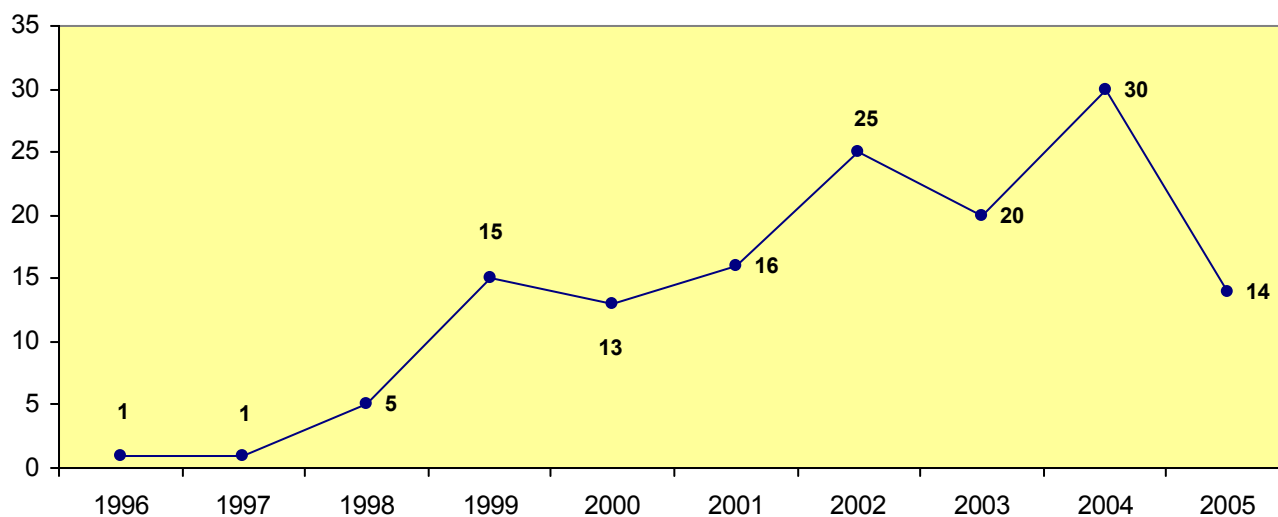
188. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. – М.: Юридическая литература, 1974.
189. Хвостов В. М. Общая теория права. Элементарный очерк. – М., 1911.
190. Хвостов В. М. Система римского права. Учебник. – М.: Спарк, 1996.
191. Чвялева Е. В. Теоретические проблемы юридической квалификации (понятие, структура, роль в правовом регулировании): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1986.
192. Чеговадзе Л. А. Структура и состояние гражданского правоотношения. – М.: Статут, 2004.
193. Черепяхин Б. Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. / В кн. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут. – 2002.
194. Черепяхин Б. Б. Исковая давность в новом советском гражданском законодательстве. / В кн. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут. – 2002.
195. Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. – Л.: Издательство ленинградского университета, 1968.
196. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. – М.: издание Бр. Башмаковых, 1912.
197. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. – М.: Спарк, 1995.
198. Шрам В. П. Интересная книга о злоупотреблении правом // Государство и право. – 1997. – № 4.
199. Южанин Н. В. Удержание как способ обеспечения исполнения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – Рязань, 2001.
200. Явич Л. С. Общая теория права. – Л.: Издательство Ленинградского университета, 1976.
201. Яковлев В. Ф. Структура гражданских правоотношений / Гражданские правоотношения и их структурные особенности: сб. учен. трудов

Свердловского юридического института. Выпуск 39. – Свердловск. – 1975. – С. 23-33.

202. Якушина Л. Н. Удержание в системе способов обеспечения обязательств: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2002.

Приложение 1

**Динамика изменения количества дел,
связанных с применением норм об удержании,
в практике арбитражных судов
кассационной и надзорной инстанций**



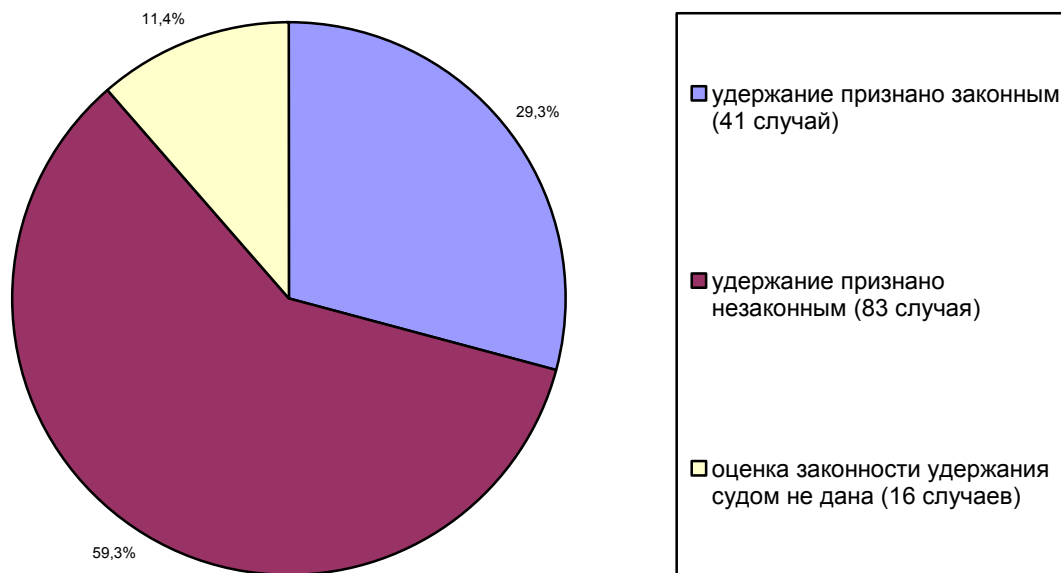
	Всего	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Всего	140	1	1	5	15	13	16	25	20	30	14
Высший Арбитражный Суд РФ	3				1			2			
ФАС Северо-Западного округа	14					3	2	4	1	3	1
ФАС Северо-Кавказского округа	6				3		1			1	1
ФАС Волго-Вятского округа	10						1	3	2	2	2
ФАС Поволжского округа	11				1	2	3		3	2	
ФАС Московского округа	25			2	5		3	5	1	5	4
ФАС Центрального округа	9					1	1	2	1	4	
ФАС Уральского округа	20	1		1	1	1	1	4	4	5	2
ФАС Западно-Сибирского округа	17				1	2	1	2	5	4	2
ФАС Восточно-Сибирского округа	10			2		2	3	2		1	
ФАС Дальневосточного округа	15		1		3	2		1	3	3	2

Примечания:

1. Данные приведены по результатам исследования 140 судебных актов арбитражных судов кассационной и надзорной инстанций за период с января 1996 г. по ноябрь 2005 г.
2. Данные по 2005 году приведены за полных 10 месяцев.

Приложение 2

Вопросы законности применения удержания в практике арбитражных судов кассационной и надзорной инстанций



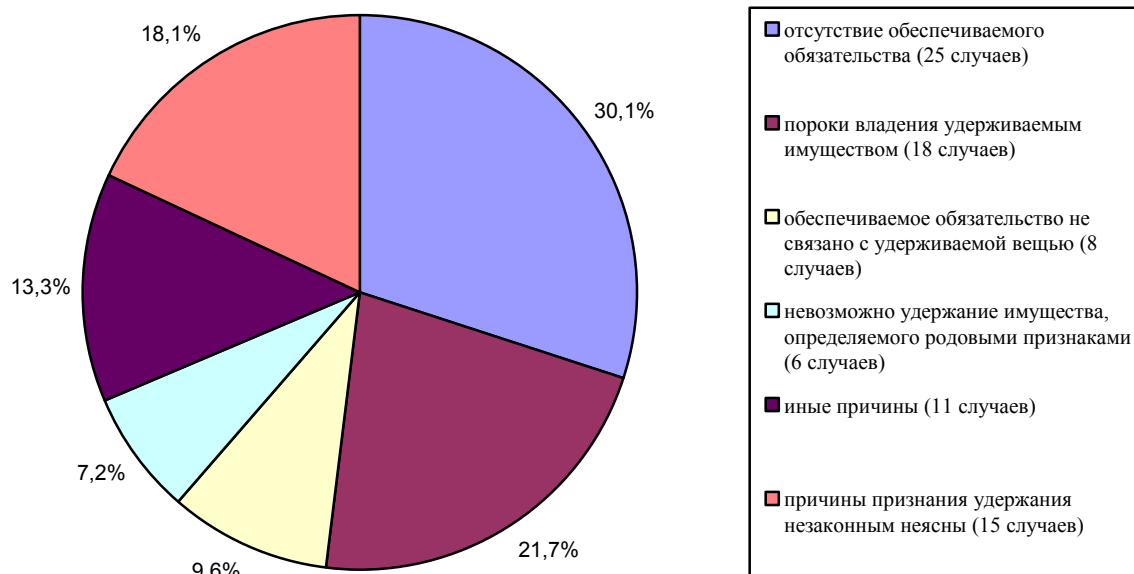
	В с е г о	Удержание признано законным	Удержание признано незаконным	Оценка законности удержания судом не дана
Всего	140	41	83	16
Высший Арбитражный Суд РФ	3	2	1	
ФАС Северо-Западного округа	14	4	9	1
ФАС Северо-Кавказского округа	6	1	3	2
ФАС Волго-Вятского округа	10	2	7	1
ФАС Поволжского округа	11	5	4	2
ФАС Московского округа	25	5	15	5
ФАС Центрального округа	9	3	6	
ФАС Уральского округа	20	7	12	1
ФАС Западно-Сибирского округа	17	5	11	1
ФАС Восточно-Сибирского округа	10		9	1
ФАС Дальневосточного округа	15	7	6	2

Примечания:

1. Данные приведены по результатам исследования 140 судебных актов арбитражных судов кассационной и надзорной инстанций за период с января 1996 г. по ноябрь 2005 г.
2. Данные по 2005 году приведены за полных 10 месяцев.

Приложение 3

Причины признания удержания незаконным в практике арбитражных судов кассационной и надзорной инстанций



	Отсутствие обеспечиваемого обязательства	Пороки владения удерживаемым имуществом	Обеспечиваемое обязательство не связано с удерживаемой вещью	Невозможно удержание имущества, определяемого родовыми признаками	Должник находится в процедуре банкротства или ликвидации	Иное	Неясно
Всего	25	18	8	6	5	11	15
Высший Арбитражный Суд РФ	1				1		
ФАС Северо-Западного округа	5	1					3
ФАС Северо-Кавказского округа		2	1				
ФАС Волго-Вятского округа	1	1	1	1		2	1
ФАС Поволжского округа	3	1					
ФАС Московского округа	2	6	3	1	1	2	2
ФАС Центрального округа	3	1				1	1
ФАС Уральского округа	4	1	2	1	1	3	2
ФАС Западно-Сибирского округа	2	3	1	2		1	2
ФАС Восточно-Сибирского округа	2	1		1		1	4
ФАС Дальневосточного округа	2	1			2	1	

Примечания:

1. Данные приведены по результатам исследования 82 судебных актов арбитражных судов кассационной и надзорной инстанций, в которых указано на незаконность применения удержания в качестве способа обеспечения исполнения обязательств.
2. В ряде судебных актов указано на несколько причин незаконности удержания.

Приложение 4

**Обязательства, исполнение которых обеспечивается удержанием
в практике арбитражных судов кассационной и надзорной инстанций**

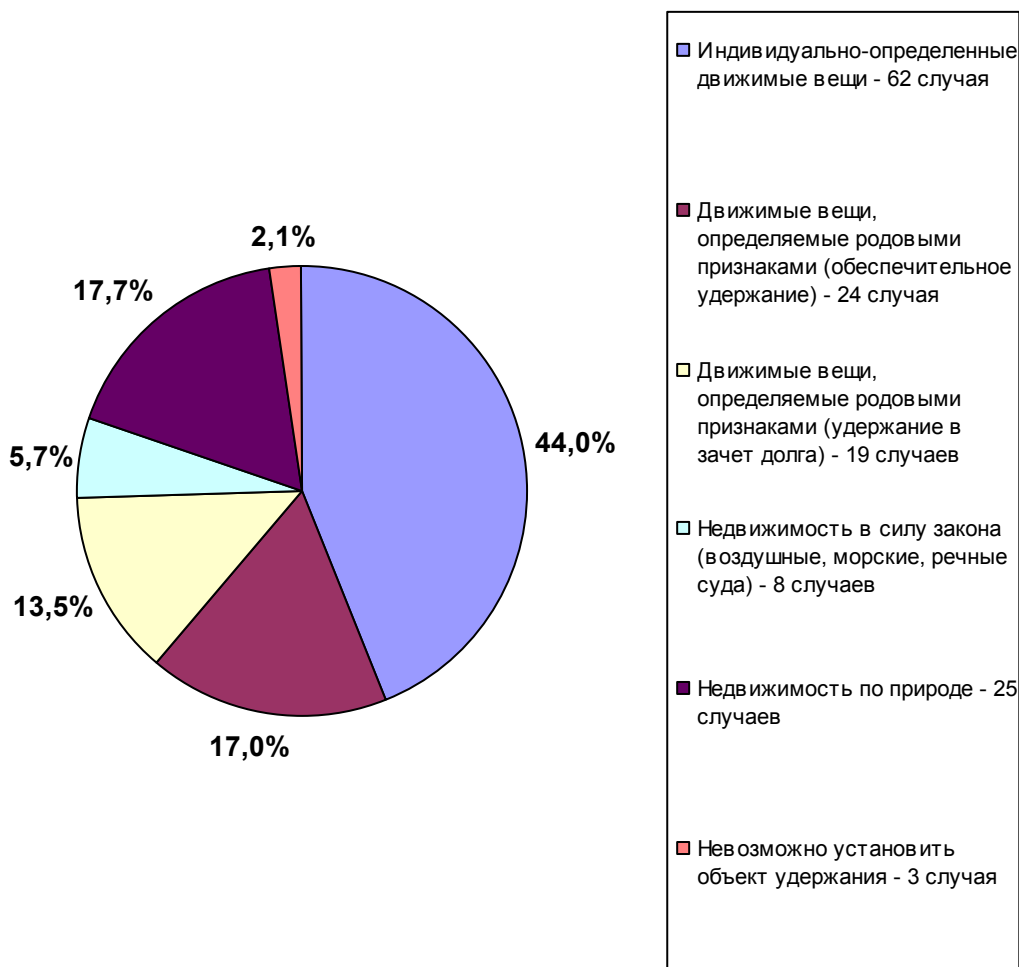
	Денежные обязательства											Не-денежные	Невозможно установить
	из договора подряда	из договора аренды	из договора хранения	из договора купли-продажи	из договора возмездного оказания услуг	из договоров комиссии, агентирования, поручения	из договора перевозки	из кредитного договора, договора банковского счета	по возмещению убытков	из корпоративных правоотношений	из применения реституции		
Всего	32	24	19	10	8	6	6	5	5	2	3	3	17
Высший Арбитражный Суд РФ		1			1	1							
ФАС Северо-Западного округа	3	2	4						1			1	3
ФАС Северо-Кавказского округа	2	1		1	1					1			
ФАС Волго-Вятского округа	3	1	2		2				1				1
ФАС Поволжского округа	3	2	3			1	1						1
ФАС Московского округа	9	3	2	1	1	2		3		1	1	1	1
ФАС Центрального округа	2	4	1	2									
ФАС Уральского округа	4	2	3	3			1		1				6
ФАС Западно-Сибирского округа	2	3	2	1	1		2	1	1		1		3
ФАС Восточно-Сибирского округа	3	1	1				1		1			1	2
ФАС Дальневосточного округа	1	4	1	2	2	2	1	1			1		

Примечания:

1. Данные приведены по результатам исследования 140 судебных актов арбитражных судов кассационной и надзорной инстанций за период с января 1996 г. по ноябрь 2005 г.
2. В 120 случаях (85,71%) обеспечиваемое удержанием обязательство носило характер денежного (заключалось в уплате суммы денег). В 3 случаях (2,14%) удержанием обеспечивались неденежные обязательства: по передаче сопутствующей документации (ФАС СЗО), по предоставлению равноценного помещения (ФАС МО) и по передаче вещи в договоре мены (ФАС ВСО). В 17 случаях (12,14%) из текста судебного акта было невозможно установить характер обеспечиваемого обязательства.

Приложение 5

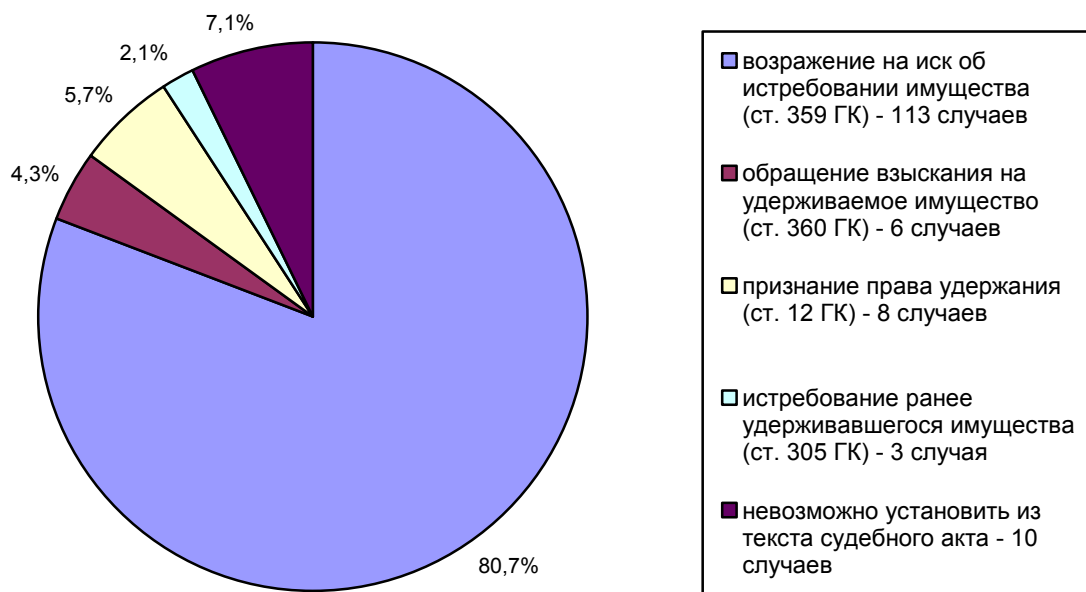
Объекты удержания в практике арбитражных судов кассационной и надзорной инстанций



	Индивидуально-определенные движимые вещи	Движимые вещи, определяемые родовыми признаками, в т.ч. деньги		Недвижимость в силу закона	Недвижимость по природе	Объект удержания не установлен
		обеспечительное удержание	удержание в зачет долга			
Высший Арбитражный Суд РФ	2			1		
ФАС Северо-Западного округа	8	2	2		2	
ФАС Северо-Кавказского округа	1			2	3	
ФАС Волго-Вятского округа	2	2	2	2	1	1
ФАС Поволжского округа	6	4	1			
ФАС Московского округа	11	1	4	2	5	2
ФАС Центрального округа	5	2	2			
ФАС Уральского округа	10	6			6	
ФАС Западно-Сибирского округа	6	4	3		3	
ФАС Восточно-Сибирского округа	3	2	1		4	
ФАС Дальневосточного округа	8	1	4	1	1	
Всего	62	24	19	8	25	3

Приложение 6

Применение отдельных норм об удержании в практике арбитражных судов кассационной и надзорной инстанций



	Всего	Ссылка на удержание сделана ответчиком в качестве возражения на иск об истребовании имущества (ст. 359 ГК)	Ссылка на удержание сделана истцом			Невозможно установить из текста судебного акта
			с целью обращения взыскания на удерживаемое имущество (ст. 360 ГК)	с целью признания права удержания (ст. 12 ГК)	с целью возврата ранее удерживаемого имущества (ст. 305 ГК)	
Всего	140	113	6	8	3	10
Высший Арбитражный Суд РФ	3	2	1			
ФАС Северо-Западного округа	14	14				
ФАС Северо-Кавказского округа	6	4			1	1
ФАС Волго-Вятского округа	10	10				
ФАС Поволжского округа	11	10				1
ФАС Московского округа	25	24				1
ФАС Центрального округа	9	8				1
ФАС Уральского округа	19	13	1	5		
ФАС Западно-Сибирского округа	17	11	1	1	1	3
ФАС Восточно-Сибирского округа	10	7		1		2
ФАС Дальневосточного округа	16	10	3	1	1	1

Примечания:

1. Данные приведены по результатам исследования 140 судебных актов арбитражных судов кассационной и надзорной инстанций за период с января 1996 г. по ноябрь 2005 г.
2. Данные по 2005 году приведены за полных 10 месяцев.