

Опубликовано на нашем сайте: 18 апреля 2003 г.

Е.ДЕМУШКИНА

**ВОПРОСЫ ГРАЖДАНСКОГО
ПРАВА В ТЕОРИИ И ПРАКТИКЕ
ОБРАЩЕНИЯ БЕЗНАЛИЧНЫХ
ЦЕННЫХ БУМАГ**

(издана Московской межбанковской валютной биржей)

Москва, 1999

СОДЕРЖАНИЕ

Введение

Глава I “ЗНАЧЕНИЕ ОСНОВНЫХ ИНСТИТУТОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА ДЛЯ КОНЦЕПЦИИ БЕЗНАЛИЧНЫХ ЦЕННЫХ БУМАГ”

1. Значение классической теории о праве собственности и теории владения для выработки концепции безналичных ценных бумаг

1.1. Права вещные и обязательственные

1.2. Соотношение понятий: “собственник”, “юридический владелец”, “держатель”, “добросовестный приобретатель”.

1.2.1. Российская и зарубежная цивилистика конца 19-начала 20 века о теории права собственности и теории владения.

1.2.2. Современная российская наука гражданского права о собственности и владении. Юридическое титульное (законное) владение.

1.2.3. Незаконное владение. Проблема определения собственника (законного юридического владельца) движимых вещей.

1.2.4. Общее в проблеме определения собственника (титульного юридического владельца) ценных бумаг и другого движимого имущества.

1.2.5. Существенные признаки ценных бумаг. Легитимация владельца ценных бумаг

1.2.6. Специфика определения собственника (иного юридического титульного владельца) ценных бумаг.

1.3. Два аспекта проблемы виндикации

2. Объекты вещных прав. Вещи и имущественные права. Бестелесные имущества.

2.1. Объекты вещных прав в классической теории гражданского права.

2.1.1. Общие представления об объектах вещных прав.

2.1.2. Объекты вещных прав в римском праве, а также в цивилистической доктрине 19- начала 20 века. Бестелесные имущества в доктрине второй половины 20 века.

2.1.3. Проблема квалификации безналичных ценных бумаг в качестве бестелесного имущества. Использование юридической фикции как способа решения проблемы определения правовой природы безналичных ценных бумаг.

ГЛАВА II “ЮРИДИЧЕСКАЯ ФИКЦИЯ КАК СПОСОБ КВАЛИФИКАЦИИ БЕЗНАЛИЧНЫХ ЦЕННЫХ БУМАГ В КАЧЕСТВЕ ОБЪЕКТОВ ВЕЩНОГО ПРАВА. КОНЦЕПЦИЯ БЕЗНАЛИЧНЫХ ЦЕННЫХ БУМАГ.

3. Консервативный и новаторский подходы к определению правовой природы безналичных ценных бумаг

3.1. Сущность консервативного подхода к определению правовой природы безналичных ценных бумаг.

3.2. Анализ современных взглядов сторонников консервативного подхода на природу безналичных ценных бумаг

3.3. Последствия применения консервативного подхода к определению правовой природы безналичных ценных бумаг.

3.4. Безналичные деньги как аналог проблем, связанных с определением правовой природы безналичных ценных бумаг.

3.5. Есть ли голоса в защиту «новаторства»?

4. Безналичные ценные бумаги как юридическая фикция. Сравнение с безналичными денежными средствами.

4.1. Предпосылки сравнения безналичных ценных бумаг и безналичных денежных средств для определения их правовой природы

4.2. Дематериализация символов денег и ценных бумаг

4.3. Счет как учетная и юридическая категория. Требования к счету как замене материального носителя

4.3.1. Счет как учетная и юридическая категория

4.3.2. Критерии счета как юридической категории

4.3.3. Примеры счетов как юридической и учетной категорий

4.3.4. Проблема определения круга лиц, которым может быть открыт счет для учета прав на ценные бумаги.

4.4. Запись по счету как способ фиксации прав на ценные бумаги

4.5. Счета лиц, обслуживающих счета владельцев ценных бумаг

ГЛАВА III ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЛИЦ, ОБЕСПЕЧИВАЮЩИХ ОБРАЩЕНИЕ БЕЗНАЛИЧНЫХ ЦЕННЫХ БУМАГ

5. Реестродержатели и депозитарии. Учетная система.

5.1. Реестродержатели и депозитарии. История появления в России

5.2. Основные функции реестродержателей. Природа отношений с участниками.

5.2.1. Предпосылки определения функций реестродержателей.

5.2.2. Модификация функций реестродержателей

5.2.3. Природа правоотношений реестродержателя с другими участниками рынка

5.3. Основные функции депозитариев. Природа отношений с участниками. Природа депозитарных договоров.

5.3.1. Функции депозитариев.

5.3.2. Природа отношений депозитария с другими участниками.

5.3.3. Характеристика депозитарного договора на примере сравнения с договором банковского счета.

5.4. Соотношение способов фиксации прав на ценные бумаги. Деятельность реестродержателей и депозитариев как обеспечение перехода и/или осуществления прав по ценным бумагам.

5.5. Функции и место номинального держателя в системе учета прав на ценные бумаги.

5.6. О спорах с участием реестродержателей и депозитариев

5.6.1. Отказ от внесения записей в систему ведения реестра

5.6.2. Незаконное списание - виндикация или неосновательное обогащение?

5.7. Что такое Учетная система

5.7.1. Сближение функций реестродержателей, депозитариев и номинальных держателей как предпосылка создания Учетной системы рынка ценных бумаг.

5.7.2. Задачи Учетной системы на рынке ценных бумаг

5.7.3. Принципы и схемы построения Учетной системы на рынке ценных бумаг.

5.8. Что такое Центральный депозитарий по-российски

6. Зарубежный опыт как предпосылка развития института безналичных ценных бумаг в Российской Федерации

6.1. Рекомендации Группы 30.

6.2. Примеры реализации рекомендаций Группы 30 в отдельных странах.

6.3. Международные депозитарно-клиринговые системы

ГЛАВА IV ОБРЕМЕНЕНИЯ ЦЕННЫХ БУМАГ. ОСОБЕННОСТИ И МЕХАНИЗМЫ ФИКСАЦИИ ОБРЕМЕНЕНИЙ В УЧЕТНОЙ СИСТЕМЕ

7. Особенности фиксации залоговых обременений ценных бумаг

7.1. Ценные бумаги как предмет залога

7.2. Механизм учета залоговых обременений

7.3. Значение обособления заложенного имущества в учетной системе.

7.4. Субъект осуществления прав, удостоверенных заложенными ценными бумагами.

7.5. Механизмы защиты прав участников залоговых отношений в случае фиксации залоговых обременений прав на ценные бумаги в учетной системе.

8. Обременения ценных бумаг вследствие осуществления государством функций государственного принуждения для защиты гражданских прав.

8.1. Проблемы применения законодательства об исполнительном производстве бумаги в практике депозитариев при наложении ареста на ценные бумаги

8.2. Проблема определения места наложения ареста на ценные бумаги

8.3. Специфика наложения ареста на государственные ценные бумаги - ГКО и ОФЗ в нефункционирующих структурах .

8.4. Некоторые вопросы осуществления прав по арестованным ценным бумагам

8.5. Проблемы соотношения ареста в гражданском и уголовном процессе, а также изъятия ценных бумаг в уголовном и гражданском процессе.

8.6. Проблемы принудительной реализации ценных бумаг.

ВВЕДЕНИЕ

На решение автора провести настоящее юридическое исследование повлияли многочисленные факторы. Прежде всего работы современных юристов-практиков, включая и автора, сочетающие в себе как теоретические, так и практические аспекты исследования природы безналичных ценных бумаг.

За последние годы, предшествовавшие кризису, рынок ценных бумаг развивался столь стремительными темпами и породил такое многообразие правовых конструкций, обеспечивающих обращение безналичных ценных бумаг, что это значительно осложнило проведение полного анализа всех фактически сложившихся гражданских правоотношений. С другой стороны, этот фактор имеет и положительное значение, так как, в частности, это и подвигло современных авторов внести свой вклад в развитие теоретической базы, оправдывающей существование и развитие безналичных ценных бумаг. Как будет выяснено в дальнейшем в основном все авторы делятся на два лагеря и пока, к сожалению, лагерь сторонников признания безналичных ценных бумаг объектами вещных прав, к числу которых принадлежит и автор, гораздо менее многочисленный, чем противоположный, возражающий против такого подхода. В анализе аргументации всех “за” и “против” и видим мы основную цель первой части исследования, которая является основополагающей в целом для института безналичных ценных бумаг. История гражданского права имеет убедительнейшие примеры трансформации казавшихся незыблемыми теоретических постулатов, примеры которых будут приведены в том числе и в настоящей работе.

Поэтому первые две главы представляют собой попытку рассмотреть основные проблемы теоретического характера, с которыми так или иначе приходится сталкиваться при анализе и оценке правоотношений, возникающих на современном российском рынке ценных бумаг, как часть теоретических проблем теории гражданского права, установив и взаимоувязав место института ценных бумаг с основными институтами гражданского права, в частности, с институтом права собственности, а также, базируясь на общетеоретических подходах, попытаться решить навверное главную теоретическую проблему, касающуюся рынка ценных бумаг - определение правовой природы так называемых безналичных ценных бумаг. Именно вопрос о том, какова природа безналичных ценных бумаг и является ключевым для всех аспектов складывающихся в процессе обращения безналичных ценных бумаг гражданских правоотношений, как имеющих предметом как непосредственно безналичные ценные бумаги, так и действия определенных лиц, без которых невозможно их эмиссия и обращение. (В дальнейшем в настоящей работе будет использоваться именно этот термин, хотя и имеющий “бытовой” оттенок, но являющийся универсальным для всех форм выпусков ценных бумаг, не имеющих материального носителя. К ним относятся как собственно бездокументарные ценные бумаги, так и документарные ценные бумаги, иммобилизованные (обездвиженные) путем помещения их на хранение и учет в депозитарии и обращающиеся в дальнейшем также, как бездокументарные ценные бумаги. С этой точки зрения термин “бездокументарные ценные бумаги”, используемый в Гражданском кодексе Российской Федерации является более узким).

Третья и четвертая главы носят “прикладной” характер. В них дается теоретическая оценка и описание правоотношений, существующих на российском рынке ценных бумаг, связанных с обращением безналичных ценных бумаг и предлагаются пути решения ряда проблем, возникающих на практике в связи с обращением ценных бумаг, особенно безналичных ценных бумаг.

Например, это касается описания так называемой Учетной системы рынка ценных бумаг, объединяющую лиц, без которых в принципе невозможно обращение безналичных

ценных бумаг (регистраторов и депозитариев), принципов ее построения и выявления общих существенных моментов в деятельности указанных лиц, позволяющих определять их именно как систему финансовых институтов, опосредующих обращение безналичных ценных бумаг.

Кроме того, в настоящее время кризисное состояние финансовой системы обусловило актуальность проблемы использования ценных бумаг в качестве обеспечения при залоговых отношениях, а также в гражданском и уголовном процессе и в исполнительном производстве.

Проблемы, связанные с обращением ценных бумаг в целом рассматриваются в аспекте специфики фиксации прав на безналичные ценные бумаги. В этом случае на первый план выходит проблема взаимодействия профессиональных участников рынка ценных бумаг - регистраторов и депозитариев как с собственными клиентами, так и с другими субъектами отношений, в том числе судебными и правоохранительными органами.

Исторический аспект, а также анализ зарубежного опыта не имеют в настоящей работе самостоятельного значения и используются в виде отдельных моментов для описания причин формирования российского рынка ценных бумаг в том виде, в котором он существует на сегодняшний день.

Настоящее исследование, безусловно, не может претендовать на полноту охвата всех имеющихся в этой области проблем или претендовать на универсальное исследование, заполняющее пробелы в теории или полностью устраняющее существующие коллизии. Вместе с тем нам показалось интересным при анализе современных проблем уделить значительную долю внимания общетеоретическим исследованиям известнейший цивилистов дореволюционной России, касающимся института права собственности, владения, ценных бумаг, поскольку, как было отмечено целых ряд современных проблем коренится не в специфике этого нового института, а в природе правоотношений, складывающихся в рамках упомянутых институтов.

Автор надеется, что предлагаемая вниманию читателей работа сможет помочь в поиске ответов на волнующие их вопросы, а главное, сможет помочь оценить, насколько интересной и живой может стать теория в ее прикладном аспекте.

ГЛАВА I

“ЗНАЧЕНИЕ ОСНОВНЫХ ИНСТИТУТОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА ДЛЯ КОНЦЕПЦИИ БЕЗНАЛИЧНЫХ ЦЕННЫХ БУМАГ”

1. Значение классической теории права собственности и теории владения для выработки концепции безналичных ценных бумаг

Рассмотрение таких общих категорий, как институт собственности и владения в рамках настоящей работы необходимо во-первых для ясного понимания соотношения как между общими понятиями: “собственник” и юридический владелец”, “держатель”, так и между этими последними и специальным понятием, присущим институту ценных бумаг - легитимный держатель ценной бумаги. Во-вторых, для признания отсутствия влияния фактического нахождения вещи у третьего лица, простого ее держателя, на статус лица как собственника или иного юридического владельца. В третьих, для выявления специфики классических документарных ценных бумаг как объектов вещного права, а также рассмотрения некоторых проблем осуществления права собственности и иных вещных прав как присущих не только ценным бумагам но и реальным вещам

Общепризнано, что центральным институтом любой правовой системы является институт права собственности, формировавшийся под влиянием и на основе римского права. В настоящем исследовании нас будет интересовать концепция права собственности и иных вещных прав романо-германской правовой системы, к которой принадлежит и правовая система России. Право собственности и ряд других прав, получивших со времен римского права название: “права на чужие вещи” (*jura in re aliena*) характеризуют связь лица с вещью, которая имеет некоторый идеальный (юридический) характер. Эти права образуют группу вещных прав, которые могут быть противопоставлены правам обязательственным. Вопрос о квалификации тех и других, об основных различиях всегда был в центре внимания теоретических исследований. Нас этот вопрос интересует только в связи с проблемами, попытка анализа и решения которых будет предпринята в настоящем исследовании.

1.1. Права вещные и обязательственные

Основным признаком, отличающим эти две группы прав является их характер. При описании вещных прав в теории обычно исходят из того, что “ в гражданском праве отсутствует легальное определение вещных прав, но оно формулируется на основе анализа их содержания. Вещное право - совокупность норм, регулирующих такие имущественные отношения, в которых управомоченные лица могут осуществлять свои права на имущество (“вещь”), не нуждаясь в положительных действиях других лиц.”¹ При определении вещных прав также говорят о том, что обладателю этого права противопоставит неограниченный круг обязанных лиц и о том, что обладатель такого права может защищать его от неправомерных действий других лиц.”² Поэтому вещные права относят к абсолютным правам. “Всякое вещное право имеет характер абсолютного права в том смысле, что оно адресовано ко всем и будет в случае нарушения защищаться против всех.”

Эти права, закрепляя юридическое господство лица над вещью независимо от действий других лиц опосредствуют статику имущественных отношений. Абсолютный характер вещных прав проявляется также, например, в так называемом праве следования, в соответствии с которым вещное право следует за вещью при ее переходе к другим лицам (в качестве примера обычно приводят право залога, не прекращающееся в случае перехода права собственности на предмет залога от залогодателя к другому лицу).

В противоположность этому обязательственные права принято считать относительными. В обязательственном отношении субъекту права противопоставит определенный обязанный субъект, находящийся с управомоченным лицом в конкретной юридической связи, возникшей одним из установленных способов. Возникновение таких отношений, как правило, связано с активными действиями субъектов этих отношений (как известно, самым распространенным основанием возникновения обязательств является договор). Защита прав управомоченного субъекта в этом случае не носит абсолютного характера и существует только против обязанного субъекта обязательственного отношения, действующего неправомерно. Принято считать, что эти права опосредуют динамику имущественных отношений. В отношении вещей обязательственное отношение может приводить к переходу вещных прав к другим лицам, либо порождать у этих лиц только права обязательственные (в качестве простого примера можно привести, соответственно, договор купли-продажи вещей, исполнение которого приводит к переходу права собственности на отчуждаемую вещь, или договор найма вещей. Первый из них приводит к изменению статики отношений, поскольку юридическое господство

¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств, отв. ред. Е.А.Васильев, М., из. “Международные отношения”, 11993 г., стр. 194-195

² И.А.Покровский “История Римского права”, С-Петербург, 1913,Изд. “Юридического книжного склада “право”, стр. 323.

над вещью переходит к другому лица, второй к изменению статики отношений не приводит, хотя фактически определенные правомочия, свойственные собственнику имущества, могут перейти в данном случае к нанимателю вещи (в данном случае обязательственные отношений, не связанные с передачей вещей, например, договоры, связанные с выполнением работ, оказанием услуг рассматриваться нами не будут).

Важным является то, что несмотря на все многообразие имущественных отношений, регулируемых гражданским правом, на способы их возникновения, перехода или прекращения, практически все они сводятся к обязательственным или вещным (о так называемых исключительных правах будет упомянуто в дальнейшем)..

Например, Д.И.Мейер выделял понятие так называемых объектных прав, имеющих определенный предмет, и к числу таких прав, имеющих имущественный характер (третий вид называемого им объектного права - право на власть в данном случае нас не интересует) относил права вещные и обязательственные, при этом отмечая, что несмотря на изменение граней, отделяющих одного право от другого, такое деление будет существовать всегда.³ Безусловно, существует институт так называемых исключительных прав, направленных на охрану нематериальных, духовных благ (авторское право, патентное право), в отношении которого до сих пор, кстати говоря, идут споры о юридической природе этих прав. Их и поныне продолжают называть интеллектуальной собственностью, в том числе непосредственно в Гражданском кодексе Российской Федерации. В конечном итоге понятие исключительных прав решает вопросы защиты личных имущественных и неимущественных прав, связанных с личностью автора, изобретателя и т.п.. Как только речь заходит о месте объектов этих прав в гражданском обороте, немедленно возникает проблема применения вещных и обязательственных отношений если не к самому объекту исключительного права, то к материальным носителям, на которых он зафиксирован, и с помощью которых он существует в гражданском обороте.

В дальнейшем мы будем исходить из необходимости рассмотрения ценных бумаг как объектов либо вещных, либо обязательственных прав.

1.2. Соотношение понятий: “собственник”, “юридический владелец”, “держатель”, “добросовестный приобретатель”.

В связи с наличием у управомоченного лица вещного или только обязательственного права на вещь возникает проблема определения соотношения между понятиями “собственник”, “юридический владелец”, “держатель”, “добросовестный приобретатель”.

1.2.1. Российская и зарубежная цивилистика конца 19-начала 20 века о теории права собственности и теории владения.

Небольшой исторический экскурс в обсуждение этих вопросов среди ученых-цивилистов в конце 19 начале 20 века необходим для получения более ясного представления о том, каким образом и под влиянием каких теорий формировалось понятие “юридический владелец” и каково содержательное наполнение этого термина в современной российской цивилистике. Рассмотрению этих вопросов значительное место уделялось в рамках обсуждения и исследования теории владения

Владение как самостоятельный институт выделилось еще в римском праве и рассматривалось как институт, отличный от права собственности. “Владение - институт, совершенно отличный от права собственности, собственник вещи может не быть ее

³ Д.И.Мейер, “Русское гражданское право”, ч. 1, М., изд “Статут”, кафедра гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В.Ломоносова, 1997 г., стр. 227.

владельцем и наоборот, владеть вещью может несобственник»⁴ Теория владения включала в себя вопросы владения, как основанного на каком-либо правовом основании, так и существующего в качестве фактического отношения лица к вещи без какого бы то ни было правового основания, но имеющего определенные юридические последствия. Владение, имеющее определенные правовые последствия, обычно называют юридическим.

С позиций теории владения как самостоятельного института гражданского права нельзя смешивать владение как таковое и право собственности. «Владение, как внешнее материальное отношение господства лица над вещью, представляет наглядное проявление права собственности. В этих случаях оно выступает, как соединенное с собственностью.»⁵

Главными причинами для рассмотрения владения в качестве самостоятельного института являлось наличие самостоятельной защиты владения на основе владельческих (посессорных) исков вне зависимости от наличия действительного права собственности у фактического владельца, требующего, например, восстановить его владение путем истребования вещи из чужого незаконного владения. При этом процессе о защите владения вопрос о праве собственности не рассматривался.

Кроме того, добросовестное владение несобственника в силу приобретательной давности могло приводить к возникновению у последнего права собственности.

При этом как по поводу самого определения, так и его юридической природы (есть ли юридическое владение факт или право) в российской юридической литературе (И.А.Покровский, Г.Ф.Шершеневич, В.М.Хвостов, Д.И.Мейер) велись многочисленные споры, в том числе анализировались теории, выдвинуты известнейшими в то время зарубежными цивилистами, такими как Иеринг, Пухта, Савиньи.⁶

Владение, основанное на праве собственности или ином правовом основании (титуле), также как и владение без правового основания (фактического владение) со времен римского права характеризуется наличием, условно говоря, объективного и субъективного моментов.

Прежде всего, владение определяется как фактическое господство лица над вещью. В целом признается, что для наличия фактического господства лица над вещью «достаточно такого отношения между лицом и вещью, при котором при обычных условиях владелец может рассчитывать на продолжительное и обеспеченное от посягательств со стороны третьих лиц и от препятствий со стороны сил природы распоряжения вещью»⁷ Д.И.Мейер считал, что фактическое господство должно понимать как постоянную возможность...материальной связи...⁸

Для рассмотрения в последующем вопросов, связанных с определением титульных владельцев ценных бумаг, ценные бумаги которых находятся у третьих лиц на основании каких-либо договоров целесообразно в данном случае упомянуть также о понятии посредственного владения, также известного римскому праву. «Владению римляне противопоставляли нахождение вещи во владении, держание ее ... Это было фактическое осуществление владения за других лиц на почве экономической зависимости от них...оно не признавалось владением и характеризовалось как держание, т.е. хотя это и было фактическое воздействие на вещь, но без признания правом за держателем воли владеть вещью на себя...Так развивалось представление о посредственном владении. При этом,

⁴ В.М.Хвостов, «Система римского права», М., изд. «Спарк», 1996 г.

⁵ Римское частное право, под ред. И.Б.Новицкого и И.С.Перетерского, М., издд. «Юрист», 1994 г., стр. 159.

⁶ среди русских авторов см: Д.И.Мейер «Русское гражданское прав», Москва, изд. «Статут», 1997 г, ч. 2, стр. 6-18, И.А. Покровский Основные проблемы гражданского права, Москва, Статут, 1998 год стр223-233,

⁷ И.А.Покровский «История Римского права», С-Петербург, 1913,Изд. Юридического книжного склада «право», стр. 323.,В.М.Хвостов «Система римского права», Москва, изд. «Спарк», 1996 г. стр123-131, 270-290, Г.Ф.Шершеневич «Учебник русского гражданского права», Москва, изд. «Спарк», 1995 г. стр. 150-165.

⁸ В.М.Хвостов, указ. соч. стр. 270

⁸ Д.И.Мейер, указ. соч., ч. 2, стр. 10-11.

однако, посредники считались только держателями, те же, для кого они служили посредниками в осуществлении владения, признавались владельцами.”⁹

Указанное, в частности, свидетельствует о том, что признак фактического господства над вещью, как реального отношения, трансформированный в признак юридического отношения (по крайней мере, в отношении владения, основанного на каком-либо основании (титуле, например, праве собственности)), имеет черты уже не фактического, а юридического господства: “Прежде всего право частной собственности представляет власть не в смысле фактического господства, а в юридическом значении. Если возможность фактического воздействия отсутствует, вещь находится в чужом владении, власть тем не менее сохраняется, лицо остается собственником - оно может продать, подарить, заложить вещь, вытребовать ее у владельца”¹⁰

Вторым элементом, помимо фактического господства над вещью признается намерение считать вещь своей, которое Д.И. Мейер назвал “духовным деятелем владения”.

Наличие субъективного элемента - намерения считать вещь своей, являющегося составной частью владения, оспаривалось некоторыми теоретиками, например, Савиньи, считавшими достаточным для признания лица владельцем наличия фактического господства лица над вещью. Вопрос о возможной защите простых держателей, не имеющих “духовного деятеля владения”, то есть открыто признающих вещь чужой вызывал острые дискуссии среди правоведов 19 - начала 20 веков. Вот что отмечал И.А.Покровский: «Германское Уложение отбросило старую доктрину и провозгласило, что владение приобретает только с установлением фактического господства; необходимость воли владельца была намеренно выброшена...Но...распространение владельческой защиты на всех держателей ...создавало для гражданского права затруднение..Если держатели имеют теперь право на самостоятельную защиту, то каково владельческое положение их «хозяев»? Со времен римских юристов считалось аксиомой, что одновременное владение двух лиц одной и той же вещью невысказано...Против этой логики решительно восстали потребности практической жизни Что делать хозяину, если отданное им в аренду имение захватывается кем-либо посторонним, а арендатор защищать свое владение не желает или не может?» Арендатор, пожизненный владелец, залогодержатель и т.д. являются по терминологии Германского Уложения владельцами “непосредственными”... меж тем как хозяин - владельцем «посредственным»... таким образом, в нашей области появилась доселе неведомая теории фигура двойного владения на одну и ту же вещь»¹¹

Такой подход германских цивилистов радикальнее положений римского частного права, поскольку не принимает во внимание наличие субъективного элемента владения (намерения считать вещь своей).

В российской цивилистике вопрос об основании защиты прав залогодержателей также дискутировался, что отмечал, в частности, Г.Ф.Шершеневич.¹² В целом же И.А.Покровский подчеркивал преемственность такого подхода и в российских проектах: “русский проект...в окончательной редакции говорит: “Кто владеет имуществом как своим собственным, то имеет владение самостоятельное (в виде собственности). Всякое иное владение, в силу вотчинного или договорного права признается производным. Одно и то

⁹ Римское частное право, учебник под ред. проф. И.Б.Новицкого и проф. И.С.Петерского, М.:изд. Юрист, 1994, стр.160.

¹⁰ Г.Ф.Шершеневич, Учебник русского гражданского права, М., “Спарк”, 1995 г., стр. 166.

¹¹ И.А.Покровский, «Основные проблемы гражданского права», М., «Статут», 1998 г., стр. 230-233.

¹² Г.Ф.Шершеневич, там же, стр. 161.

же имуществом может быть в самостоятельном владении одного лица и вместе с тем в производном владении другого лица”¹³.

Указанный подход германских цивилистов означал по существу признание владельцами любого фактического обладателя вещи. При этом важно, что, если говорить о владении, базирующемся на каком-либо правовом основании, с позиций этого подхода все держатели - фактические обладатели вещей рассматривались в качестве юридических владельцев, поскольку им была предоставлена право на самостоятельную защиту своего владения.

Таким образом, если рассматривать проблему собственности и владения с позиций римского права, то соотношение между понятиями “собственник”, “владелец”, “держатель” можно определить следующим образом. Собственник, обладающим правом собственности на вещь, имел в числе прочих, правомочие владения, которое он мог передавать другим лицам по какому-либо основанию (держателям), оставаясь при этом титульным (законным) владельцем вещи. (Интересно отметить, что отдельно обсуждался вопрос о залогодержателе, защита прав которого в качестве владельца рассматривалась в римском праве как исключение. По поводу статуса залогодержателя в связи с наличием у него такой защиты единства мнений не было. Господствующее мнение сводилось к тому, что залогодержатель является все же простым держателем, поскольку владеет вещью изначально как чужой, хотя, например, И.А.Покровский отмечал, что таким образом залогодержатели переводились “из положения простого “детентора” в положение юридического владельца”¹⁴).

Вместе с тем лицо рассматривалось в качестве владельца и вне связи с рассмотрением вопроса о титуле владения. С этой точки зрения в разряд владельцев попадали как собственники, так и фактические владельцы, владеющие вещью без правового основания, но имеющие возможность защищать свое право на основе владельческих (посессорных) исков.

С позиций развития теории владения в 19 начале 20 века в основном в германской цивилистике изменение соотношений между указанными понятиями произошло лишь путем расширения понятия титульного владельца путем предоставления любому лицу, фактически владеющему имуществом на каком-либо основании, владельческой защиты на основании тех же владельческих исков, не связанных с исками о праве собственности на вещь. В российской цивилистической доктрине единства взглядов не было. В отношении права на самостоятельную владельческую защиту, например, И.А.Покровский отмечал: “Русский проект (ст. 878 окончательной редакции) сохраняет требование “намерения владеть имуществом для самого себя”, но, как явствует из его дальнейших положений, а также объяснений ко второй редакции, он понимает это “намерение владеть для самого себя” в столь “обширном” смысле, что оно окажется у всякого владельца”¹⁵

1.2.2. Современная российская наука гражданского права о собственности и владении. Юридическое титульное (законное) владение.

В последнем десятилетии с возвратом российской цивилистики в том числе в вопросах права собственности к классической теории вопросы, связанные с теорией владения, вновь приобрели актуальность.

По существу можно утверждать, что в современном гражданском законодательстве сохранилось в целом деление на владельцев и держателей, исходя из критерия

¹³ И.А.Покровский/ «Основные проблемы гражданского права», М., «Статут», 1998 г., стр. 234.

¹⁴ И.А.Покровский, там же, стр. 231-232.

¹⁵ И.А.Покровский, «Основные проблемы гражданского права», М., «Статут», 1998 г., стр. 232

предоставления владельческой защиты, хотя буквальное толкование отдельных норм ГК РФ может вызвать сомнение в этом если исходить из критерия предоставления владельческой защиты.

С учетом терминологии, содержащейся в статье 305 ГК РФ, к числу лиц, имеющих право на владельческую защиту, относятся собственник, обладатель иного вещного права или иное лицо, владеющее имуществом по иному основанию, предусмотренному законом или договором. В категорию лиц, права которых подлежат владельческой защите по закону попадают, например, залогодержатели и доверительные управляющие. В связи в том числе с наличием такой защиты указанные права в теории относят обычно к обязательственным правам с вещно-правовыми элементами. Более того, право указанных лиц защищать свое владение даже против собственника позволяет утверждать, что российская цивилистическая доктрина признает, подобно германской возможность существования двух владельцев по отношению к одной и той же вещи. В указанной конструкции статьи 305 ГК РФ остается открытым вопрос о владельческой защите детентеров (держателей), у которых имущество находится по иным договорам (например, найм, ссуда). Хотя при буквальном толковании указанной статьи последние могут попасть в категорию лиц, которые обладают правом на самостоятельную защиту, практическая реализация этой нормы сомнительна.

Представляется все же, что наличие самостоятельной владельческой защиты придает праву элемент вещно-правового характера и с позиций защиты в этом случае право, например, хранителя или нанимателя, будет рассматриваться как абсолютное. Представляется, что это настолько бы размыло границу между вещными и обязательственными правами, что поставило бы в тупик суды при рассмотрении исков о защите прав. Г.Ф.Шершеневич, критикуя в свое время позицию германских законодателей отмечал, что “пример германского уложения может внушить не менее серьезное опасение, в состоянии ли будут сами юристы уловить те виды и оттенки владения...какие принуждено было оно создать, сойдя с прежней почвы. К сожалению, немецкие юристы не выяснили, какую социальную цель преследовало германское уложение, создавая широкую владельческую защиту и в чем ее юридическое основание”¹⁶

Изложенные выше положения современного российского гражданского права о защите владения содержат одно принципиальное отличие от рассмотренной выше теории владения. Российское гражданское законодательство на основании указанной статьи 305 ГК РФ предоставляет защиту только титульным владельцам.¹⁷

В свое время Ю.К. Толстой, один из крупнейших современных представителей российской цивилистики отмечал следующее: “В ранее действовавшем гражданском законодательстве отсутствовали общие нормы о защите титульного владения. Такая защита предусматривалась законом лишь в отношении отдельных видов титульного владения (например, ст.ст. 98 и 170 ГК РСФСР 1922 г.) Идя навстречу потребностям практики и в соответствии с рекомендациями советских юристов, в первую очередь А.В.Венедиктова, закон такую защиту предусмотрел. Едва ли можно сомневаться, что эта защита является петиторной, а не посессорной (владельческой), поскольку речь идет о защите не всякого, а именно титульного, то есть опирающегося на правовое основание владения. Сложнее вопрос, какова юридическая природа иска о защите прав титульного владельца: можно ли подвести это иск под общее понятие виндикационного и негаторного исков или иски титульного владельца являются самостоятельными?”¹⁸

¹⁶ Г.Ф.Шершеневич, “Учебник русского гражданского права”, М., изд. “Спарк”, 1995 г., стр. 151

¹⁷ в данном случае нас не интересует и не рассматривается специально вопрос о защите владения по приобретательной давности.

¹⁸ Ю.К.Толстой “Спорные вопросы учения о праве собственности”, теоретические проблемы гражданского права, сб. статей., науч. ред. С.С.Алексее и О.А.Красавчиков, Свердловск, 1970, стр.83-84.

Рассмотрение позиций крупнейших российских ученых цивилистов, нашедших отражение в законодательстве, дает основание полностью согласиться с приведенным мнением Ю.К.Толстого, поскольку владелец должен доказать свой титул. Таким образом речь идет не о защите владения как такового, а именно о защите права собственности или иного титульного владения, при этом такие иски носят название виндикационного и негаторного, ранее применяемых именно для защиты владения как такового.¹⁹

Наличие у указанных категорий лиц защиты их владения на основе вещных исков, а в некоторых случаях и других признаков вещных прав (например, право следования заложенной вещи) по существу означает наличие у этого лица вещного права (или, по крайней мере, обязательственного права с вещно-правовыми элементами) и означает, таким образом, что владение при наличии одного из указанных правооснований имеет для управомоченного лица самостоятельное значение, хотя для всех лиц, кроме собственника, оно имеет производный характер.

Это означает также, что обладатели таких прав (помимо самого собственника) имеют права на чужие вещи именно в статике, а не только в динамике отношений, хотя могут возникать на основании обязательственных отношений и существовать только до момента их прекращения (залог, доверительное отношение).

Таким образом, юридическим титульным (законным) владельцем в современном российском гражданском праве целесообразно и возможно считать собственника вещи или иного обладателя вещного права (обязательственного права с вещно-правовыми элементами). Остальные лица, имеющие определенные правомочия по отношению к имуществу на основании только обязательственных прав являются простыми держателями.

В силу изложенного в современном российском законодательстве положительные правовые последствия в виде защиты прав имеет только титульное (законное) юридическое владение.

1.2.3. Незаконное владение. Проблема определения собственника (законного юридического владельца) движимых вещей.

Выше мы рассмотрели вопросы владения, основанного на каком-либо основании, при наличии которого владение имеет самостоятельное, хотя и производное от права собственности значение (титульное владение), а также выяснили, что в определенные периоды развития гражданского права последнее содержало возможность защиты владения, не основанного на правовом титуле (незаконное владение).

Проблема разделения владения на титульное и незаконное требует, в свою очередь, рассмотрения вопроса о добросовестном и недобросовестном владении (добросовестном и недобросовестном приобретателе).

Обычно такую проблему рассматривают применительно к незаконному владению, поскольку предполагается, что лицо, приобретающее право собственности или производное от него право вещного характера, на основании какого-либо титула, является добросовестным приобретателем.

Вместе с тем главная проблема определения добросовестного приобретателя возникает тогда, когда лицо приобретая имущество законным способом, например, на основании какого-либо договора с другим лицом не знает и не может знать о наличии обстоятельств, препятствующих приобретению права, поскольку в этом случае даже законный способ приобретения права может не повлечь за собой переход этого права к другому лицу.

¹⁹ В.В.Витрянский, “Защита имущественных прав акционеров и акционерных обществ”, практика Высшего арбитражного суда, изд. АО “Центр деловой информации” еженедельника “Экономика и жизнь”, М., 1994 г., стр.56, Е.А.Суханов, Лекции о праве собственности, М., “Юридическая литература”, 1991 г., стр. 211.

Представляется, что одной из основных глубинных причин такой проблемы является проблема доказательств титула на вещь лицом, отчуждающим вещь и оценки этих доказательств лицом, приобретающим вещь в качестве добросовестного приобретателя.

На наш взгляд, не случайно, за критерий определений добросовестного приобретения взяты именно субъективные признаки - отношение лица, приобретающего имущество, как к способу его приобретения (он должен быть законным), так и к оценке обстоятельств, связанных с приобретением, определяемой возможностью знать о наличии обстоятельств, препятствующих приобретению права. Именно такой критерий, кстати говоря, применяется при определении добросовестного приобретателя в современном российском гражданском законодательстве (ст. 302 ГК РФ). Возможность знания, безусловно, является субъективным критерием, однако предполагает, как и в любых других гражданских отношениях проявление разумной осмотрительности и добросовестности). Иными словами, лицо, приобретающее имущество, может определить своего контрагента в качестве лица, уполномоченного отчуждать это имущество, только по формальным признакам, характеризующим этого отчуждателя имущества в качестве такового. Отсюда непосредственно следует проблема определения формальных признаков, позволяющих определить лицо, например, в качестве собственника имущества.

Это одна из самых сложных и широко обсуждаемых теоретических проблем, рассматриваемых при исследовании института права собственности. В целом независимо от объекта права собственности возникает проблема так называемого мнимого собственника (мнимого владельца), который по формальным признакам будет считаться имеющим титул (основание владения), хотя реальным собственником это лицо - добросовестный приобретатель может и не быть, например, имущество будет приобретено у вора. (Как отмечал И.А.Покровский, римское право, исходя из принципа: “никто не может передать другому большего права, чем имеет сам” не допускало возможности перехода права собственности к добросовестному приобретателю, если она была приобретена от лица, не имеющего права на отчуждение вещи, истинный собственник всегда мог отобрать вещь назад при помощи иска о собственности).²⁰

При этом особую сложность представляет доказательство титула на движимое имущество (вещи). Эта проблема общего характера и с ценными бумагами она связана постольку, поскольку последние рассматриваются в качестве движимых вещей.

1.2.4. Общее в проблеме определения собственника (титульного юридического владельца) ценных бумаг и другого движимого имущества.

Проблема добросовестного владения может быть рассмотрена в двух аспектах: 1) общая проблема квалификации участниками гражданского оборота добросовестного приобретателя движимого имущества в качестве юридического титульного владельца, хотя на самом деле он является мнимым владельцем в случае, например, приобретения вещей от недобросовестного владельца, не являющегося законным владельцем, 2) непосредственно связанная с этой проблемой проблема защиты прав добросовестного приобретателя при виндикации имущества, установление в законодательстве исключений для применения виндикации, которое по своим последствиям делает добросовестного приобретателя отдельных видов имущества реальным собственником, получающим соответствующий титул (законное основание) в силу закона.

²⁰ И.А.Покровский, “Основные проблемы гражданского права”, М., “Статут”, 1998 г., стр.197.

В отношении движимых вещей существует презумпция права собственности лица, владеющего вещью. Пока не доказано обратное, владение предполагается добросовестным. Как отмечал Н.О.Нерсесов, для движимостей собственность “предполагается уже в добросовестном владении...”²¹. Например, во Франции в 19 веке в отношении движимостей, к числу которых относились и ценные бумаги на предъявителя существовало правило: “en fait des meubles possession vaut titre”.²² (по отношению к движимостям владение равносильно (заменяет) правооснованию)²³.

Поэтому приобретение движимостей, в том числе ценных бумаг на предъявителя сопряжено с риском стать добросовестным приобретателем, но не стать действительным собственником. При этом в определенных случаях законодатель делал исключение и допускал приобретение права собственности добросовестным приобретателем, хотя лицо, которое произвело отчуждение вещи, не имело титула на эту вещь.

Применительно к ценным бумагам изложенная выше проблема в российском дореволюционном законодательстве и в теории гражданского права рассматривалась с позиций обращения ценных бумаг на предъявителя, по которым для легитимации владения помимо факта обладания ценной бумагой не требуется других доказательств.

В работах некоторых дореволюционных цивилистов (например, Н.О.Нерсесов), (кстати говоря, как и во взглядах отдельных современных авторов (например, М.Крылова))²⁴ содержится предложение о необходимости различать собственника (обладателя вещного права) на ценную бумагу от легитимного держателя, который определяется в качестве такого в силу основных свойств ценных бумаг, таких как презентация и публичная достоверность). Утверждается, что управомоченным обладателем бумаги может не быть ее собственник.

Например, Н.О.Нерсесов, исследуя различные теории возникновения прав из ценных бумаг, уделяет внимание мнению одного германского юриста Carlina, который в качестве необходимого условия возникновения прав из ценных бумаг указывал на факт приобретения права собственности на изготовленный документ у легитимированного лица и в качестве кредитора по бумаге на предъявителя считал собственника бумаги²⁵. Н.О. Нерсесов критикует воззрения этого юриста, признающего освобождение от ответственности должника, исполнившего обязанность по ценной бумаге недобросовестному предъявителю, хотя материально он обязан уплатить собственнику документа, и предлагающего должнику требовать от предъявителя во избежание риска доказательство легитимации. Н.О.Нерсесов отмечает “По нашему мнению, раздвоение ответственности должника по безыменным документам в двойном направлении, формальном и материальном, не имеет практического смысла. Положение, что должник может исполнить обязательство всякому предъявителю, но в то же время обязан исполнить его только собственнику документа, заключает в себе логическое противоречие. Предоставление же должнику права требовать на свой риск доказательство легитимации от предъявителя документа идет вразрез с жизненными целями”²⁶ Таким образом, речь идет о том, что должник обязан удовлетворить требование всякого предъявителя, в том числе и недобросовестного.

²¹ Н.О.Нерсесов, «Представительство и ценные бумаги в гражданском праве», М., «Статут», 1998 г., стр.206.

²² Н.О.Нерсесов“, там же, стр. 256

²³ Г.Ф.Шершеневич, Учебник русского гражданского права, М., “Спарк”, 1995 г., стр.162

²⁴ М.Крылова, “Ценная бумага - вещь, документа или совокупность прав?”, Рынок ценных бумаг 1997 г. №2,4,5.

²⁵ Н.О.Нерсесов, указ. соч. стр.203-204.

²⁶ Н.О.Нерсесов, там же, стр. 204

Необходимость исполнения обязательств по ценной бумаге по формальному признаку ее не вызывает сомнения. Однако, по нашему мнению, в том, что обязанность должника исполнить обязательство по ценной бумаге надлежащим образом легитимированному лицу, даже если последнее впоследствии окажется несобственником не имеет в основе противоречия с утверждением о том, что обязательство должно быть исполнено собственнику ценной бумаге. Просто, если не доказано обратное, любое лицо, которое по формальным признакам является легитимным держателем, презюмируется со стороны всех других лиц в качестве собственника (иного юридического титульного владельца)

Последнее утверждение основано на одном из основополагающих принципов гражданского права, нашедшем отражение и в современном гражданском законодательстве (п. 3 ст. 10 ГК РФ) о том, что в тех случаях, когда закон ставит защиту гражданских прав в зависимость от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно, разумность действий и добросовестность участников гражданских правоотношений предполагается.

Для ценных бумаг, таким образом, нам необходимо выяснить проблему определения соотношения между понятиями с одной стороны, юридического титульного владельца ценной бумаги и и незаконного, но добросовестного владельца ценной бумаги, и, с другой стороны, легитимного держателя ценной бумаги.

Для этого необходимо определить, каким образом происходит легитимация юридического титульного владельца ценных бумаг.

1.2.5. Существенные признаки ценных бумаг. Легитимация владельца ценных бумаг

Итак, в чем же состоит специфика ценных бумаг, одним из аспектов которой является определение юридического титульного владельца ценной бумаги, можно определить на основе использования основных позиций классической теории ценных бумаг, которой уделяли внимание крупные российские цивилисты: М.М.Агарков, Н.О.Нерсесов.

Основным существенным элементом понятия классической ценной бумаги является юридически неразрывная связь между право и документом. ”Документ как простое средство доказательства установления данного правоотношения не может считаться ценной бумагой, если только осуществление или передача права на обусловлены владением документа. Таким образом, для понятия ценной бумаги необходимо, чтобы документ имел существенное значение или для возникновения , или для передачи, или для осуществления данного права.”²⁷ “Необходимость предъявления бумаги для осуществления выраженного в ней права предполагает зависимость между бумагой и соответствующим правом. Бумага является как бы носителем прав. Право овеществляется в бумаге.”²⁸

К числу признаков, вытекающих из указанного элемента понятия ценной бумаги, в теории относят признаки литтеральности, легитимации, презентации, абстрактность и автономность права из бумаги. В целом в настоящем исследовании нас будут интересовать три первых из вышеперечисленных признаков и прежде всего с учетом рассматриваемой проблемы определения легитимного держателя - легитимация прав.

Для ценных бумаг применяется правило публичной достоверности, в соответствии с которым М.М.Агарков, ссылаясь на определение Бруннера, отмечает: “обладают публичной достоверностью..те ценные бумаги, содержание которых безусловно определяет права их добросовестного приобретателя”²⁹ “....Ценные бумаги в собственном

²⁷ Н.О.Нерсесов , “Представительство и ценные бумаги в гражданском праве”, М., “Статут”, 1998 г., стр. 141

²⁸ М.М.Агарков, ““Основы банковского права. Учение о ценных бумагах”, Москва, из. БЕК, 1994 г., стр.177.

²⁹ М.М.Агарков, указ. соч., стр. 199

смысле слова могут легитимировать своего держателя даже если он не является действительным субъектом права по бумаге”³⁰

Интересно, что например, те признаки, на которых делается акцент при описании основных существенных признаков ценных бумаг, выделяющих их остальных объектов вещных прав, могут быть присущи и последним. Например, И.А. Покровский отмечал, что в отношении определения права собственности на недвижимость в девятнадцатом веке в Европе закрепился “принцип публичности всех вещно-правовых актов на недвижимости”³¹ (то есть передача прав собственности, установление залога и т.д. на недвижимость на основе соответствующего акта, должна быть осуществлена путем записи этого акта в поземельную книгу и только с этого момента он получил юридическую силу для всех третьих лиц), а также принцип достоверности (“всякая запись в книге имеет полную юридическую силу для третьих лиц даже тогда, когда она не соответствует действительности...пока она не исправлена, она считается истинной”)³²

Это лишний раз подчеркивает, что проблема мнимого и реального юридического владельца не является специфической проблемой только ценных бумаг.

1.2.6. Специфика определения собственника (иного юридического титульного владельца) ценных бумаг.

Для ценных бумаг проблема определения собственника (иного юридического титульного владельца) имеет свою специфику. Для других вещей эта проблема лежит в одной плоскости - перехода прав на вещи и необходимость ее решения обычно возникает при наличии спорных, конфликтных ситуаций между реальным законным юридическим владельцем вещи и незаконным владельцем, который для третьих лиц может формально, пока не доказано обратное, выступать в качестве законного юридического владельца. Вещные права на реальные вещи не порождают конкретной правовой обязательственной связи между владельцем вещи и конкретным третьим лицом, не связанной с обращением

³⁰ М.М.Агарков, указ соч., стр. 207.

Предметом настоящего исследования не является специальное рассмотрение вопроса о возможных классификациях ценных бумаг, в том числе приведенной М.М.Агарковым, которая отличается четырехчленным делением ценных бумаг (предъявительские, ордерные, именные, обыкновенные именные ценные бумаги). При этом последнюю М.М.Агарков не рассматривал в качестве полноценных ценных бумаг, учитывая значение для передачи прав по указанным бумагам общих норм гражданского законодательства о передаче прав по обязательствам (уступка требования) и норм гражданского законодательства, регулирующих правоотношения, в основание которых была выдана ценная бумага. Для проблем, рассматриваемых в настоящем исследовании, связанных с правовым обеспечением функционирования развитого рынка ценных бумаг это не имеет значения, поскольку именные ценные бумаги, имеющие обращение на российском фондовом рынке могут быть отнесены по классификации М.М.Агаркова к третьей группе именных ценных бумаг. В связи с этим необходимо упомянуть, в чем видел М.М.Агарков разницу между именными ценными бумагами и именными обыкновенными ценными бумагами. Первые, например, именная акция легитимируют своего держателя в качестве субъекта права, если он означен в тексте бумаги посредством указания его имени и кроме того внесен в книгу, которую ведет оязанное лицо. Обыкновенной именной ценной бумагой М.М.Агарков считал ценную бумагу, которая легитимирует своего держателя в качестве субъекта права, если он, будучи держателем бумаги, является субъектом выраженного в ней права на основании общих норм гражданского права или на основании специальных норм, регулирующих правоотношение, по которому выдана бумага” Несмотря на то, что в России в целом требуется для передачи прав по именным ценным бумагам соблюдения общих правил об уступке требования, тем не менее законодательство специальное законодательство (ФЗ “О рынке ценных бумаг”, ФЗ “Об акционерных обществах” модифицирует это требование, устанавливая необходимость определения управомоченного лица не только на основе общих, но и специальных норм, позволяющих определить легитимного держателя ценных бумаг по формальным критериям (Для именных эмиссионных ценных бумаг установлено требование отражения имени владельца именной ценной бумаги в реестре владельцев.) Существует своя специфика для передаче прав и по отдельным видам именных неэмиссионных ценных бумаг (например, по закладной права передаются на основании передаточных надписей. Кроме того, такая четырехчленная классификация носит теоретический дискуссионный характер с точки зрения “неполноценности” именных ценных бумаг. Таким образом, в дальнейшем мы будем рассматривать все проблемы в рамках настоящего исследования исходя из того, что именные ценные бумаги в России являются полноценными или, по терминологии М.М.Агаркова, ценными бумагами в собственном смысле слова.

³¹ М.М.Агарков, указ. соч., стр.187

³² И.А.Покровский, «Основные проблемы гражданского права», М., «Статут», 1998 г., стр. 200.

этой вещи в гражданском обороте. Ценные бумаги - порождают. Владелец ценной бумаги, не предпринимая действий по отчуждению, состоит в такой связи, как правило обязательственного характера. Для ценных бумаг специфика в том, что в период их существования нормальным действием является обращение к третьему лицу. Тогда как по обычным вещам, осуществляя правомочия пользования, например, то есть извлекая плоды или иные доходы от вещи, это не связано с корреспондирующей активной обязанностью конкретного лица. Таким образом для ценных бумаг проблема определения законного владельца ценной бумаги лежит также в плоскости отношений: “должник - кредитор”.

Действительно, учитывая формальные признаки, по которым должник может определить лицо, уполномоченное осуществлять права из ценных бумаг, может оказаться, что его обязанность будет исполнена мнимому владельцу. Вместе с тем, на наш взгляд, предоставление такой защиты должнику основано не на том, что законодательство специально для ценных бумаг устанавливает различия между легитимным держателем ценной бумаги и реальным юридическим законным владельцем. Предоставление должнику должно быть основано на том, что в момент исполнения своих обязательств по ценной бумаге должник имел формальные основания предполагать наличие реального титула у легитимного держателя ценной бумаги, поскольку его права на ценную бумагу не были оспорены. Такая защита должника по ценным бумагам от обнаружившегося в последующем дефекта прав проистекает из потребностей гражданского оборота. М.М.Агарков отмечал: “Только тот, кто имеет право на бумагу, может в силу этого права распорядиться ею с целью осуществления права из бумаги”³³

Для разных видов и форм выпуска ценных бумаг указанная проблема имеет разную степень остроты. В меньшей степени она затрагивает обращение классических документарных ценных бумаг, для которых в соответствии со ст 29 ФЗ “О рынке ценных бумаг” требуется фиксация владельца ценной бумаги в реестре и наличие имени владельца в сертификате. Переход права собственности на такую ценную бумагу основан не только на передаче сертификата ценной бумаги, но и внесении записи в реестр. Для таких ценных бумаг указанная проблема сохраняется в связи с возможными действиями недобросовестных приобретателей таких ценных бумаг, например, подлогом документов, являющихся основаниями для внесения записей о новом приобретателе в реестр, подделкой сертификатов ценных бумаг. Именно в этих случаях существует вероятность возникновения добросовестного приобретателя, который имеющимися у него средствами не сможет обнаружить ни подлог, ни подделку. В иных случаях, например, потери ценной бумаги, вероятность возникновения незаконного добросовестного приобретения меньше, поскольку приобретая ценную бумагу, лицо имеет больше гарантий от попадания к нему незаконно приобретенной бумаги.

Вместе с тем если в 19 начале 20 века проблема мнимого собственника рассматривалась применительно к предъявительским ценным бумагам, то в настоящее время именно в связи с развитием технологий массового обращения ценных бумаг, направленных в том числе на упрощение их оборота эта проблема актуальна и для именных ценных бумаг.

1.3. Два аспекта проблемы виндикации

Как отмечалось выше, одним из аспектов проблемы добросовестного владения является применение правила о виндикации к добросовестному приобретателю вещи. С другой стороны, наоборот проблема защиты прав добросовестного приобретателя является частью более общей проблемы виндикации родового имущества.

³³ М.М.Агарков “Учение о ценных бумагах”. “Основы банковского права”, М., изд. БЕК, 1994 г., стр. 178

Что касается применения правила о виндикации к добросовестному приобретателю, который тем не менее, не становится реальным титульным владельцем, если, вещь попала в определенный момент в гражданский оборот от лица, которое не имело право ее отчуждать, то проблема исторически решалась следующим образом.

Потребности гражданского оборота еще в средние века привели в Германии к появлению правила “рука за руку отвечает” (“hand muss Hand wahren”), предполагающего определенную защиту добросовестного приобретателя путем допущения виндикации (истребования имущества из чужого незаконного владения) только для вещей, выбывших помимо воли собственника (похищенные, потерянные). В иных случаях добросовестный приобретатель становился их собственником. Со временем в Германии это правило укрепилось и виндикация была совсем исключена “по отношению к таким вещам, которые предназначены для особо упрощенного оборота, например, деньги, бумаги на предъявителя и т.д.”³⁴

Интересно, что в российской цивилистике советского периода эта проблема также рассматривалась. Например, Ю.К.Толстой высказывал следующее теоретическое утверждение: “В случаях, предусмотренных законом, на стороне приобретателя вещи от неуправомоченного отчуждателя возникает право собственности. Виндикационный иск в указанных случаях не подлежит удовлетворению именно потому, что прежний собственник утратил право собственности и оно возникло на сторон третьего приобретателя”³⁵

В российском законодательстве вопросы истребования имущества от добросовестного владельца в настоящее время урегулированы в ст. 302 ГК РФ. Исходя из этой нормы ГК РФ, а именно исключения виндикации для денежных средств и ценных бумаг на предъявителя, современное российское законодательство по существу допускает переход права собственности от недобросовестного приобретателя к добросовестному приобретателю денежных средств или ценных бумаг на предъявителя. Кроме того добросовестное владение в иных случаях может привести к приобретению права собственности у добросовестного незаконного приобретателя в силу давности владения (ст. 234.. ГК РФ).

Поскольку, как рассмотрено, исключение виндикации по отношению к добросовестному приобретателю очевидно сделано только для определенных видов имущества, возникает вопрос о степени значимости деления имущества на родовое и индивидуально-определенное.

К ценным бумагам эта проблема имеет непосредственные отношения. О классификации ценных бумаг по указанному критерию рассуждал В.М.Хвостов, отмечая, характерные отличия денег от вещей по принятой классификации: “деньги относятся, с юридической точки зрения к потребляемым вещам: их назначение состоит в отчуждении их, которое для владельца равносильно потреблению...деление вещей на потребляемые и непотребляемые не всегда совпадает с делением вещей на заменимые и незаменимые (булавки, не переплетенные книги, ценные бумаги суть вещи заменимые, но не потребляемые)”³⁶

На самом деле вопрос об индивидуализации ценных бумаг более сложный. Обычно именные ценные бумаги рассматриваются в качестве индивидуально-определенных

³⁴ И.А.Покровский, «Основные проблемы гражданского права», М., «Статут», 1998 г., п. 88. 198.

³⁵ Ю.К.Толстой, “Спорные вопросы учения о праве собственности”, “Теоретические проблемы гражданского права. сб. статей, науч. ред. С.С.Алексеев и О.А.Красавчиков, Свердловск, 1970, стр. 64-84.

³⁶ В.М.Хвостов, указ. соч., стр. 130-131.

вещей, в частности исходя из возможности индивидуализации ценной бумаги по конкретному имени ее владельца. В современной теории ценных бумаг вопрос о возможном отнесении ценных бумаг к индивидуально-определенному имуществу особенно не дискутировался, возможно потому, что наибольший интерес и наибольшее значение приобрели так называемые эмиссионные ценные бумаги, легальное определение которых появилось в ФЗ “О рынке ценных бумаг”. Представляется, что для указанных ценных бумаг, особенно эмитированных и обращающихся в безналичной форме, вопрос об их отнесении к индивидуально - определенному имуществу даже не возникает. Интересно, что даже в отношении классических документарных ценных бумаг сложилось мнение о том, что “бумаги, составляющие предмет массовых эмиссий, обычно индивидуализируются номерами, литерами и т.д. Тождество содержания однородных бумаг и единство обязанного по ним лица позволяет им фигурировать в обороте в качестве объектов, определяемых родовыми признаками».³⁷

Тем более правильным является отнесение к родовым бумагам безналичных ценных бумаг, в том числе для которых индивидуализация по имени владельца не превращает бумагу в вещь с индивидуально-определенными признаками, для обращения ценных бумаг изменение имени владельца происходит не путем внесения конкретных записей в сертификат ценной бумаги, а посредством зачисления ценных бумаг на счет соответствующего лица.

В современной российской цивилистической теории практически не оспаривается правило, предполагающее возможность истребования из чужого незаконного владения только индивидуально определенной вещь, сохранившуюся в натуре.³⁸

Такая позиция существует и при рассмотрении вопроса о виндикации ценных бумаг: “В ходе анализа виндикации имущества как вещно-правового способа защиты права собственности на ценные бумаги отмечается, что документы, которые могут определяться родовыми признаками подлежат виндикации в том случае, если они тем или иным образом индивидуализированы. Если же, например, бумаги на предъявителя не индивидуализированы тем или иным образом, то они не могут быть истребованы от недобросовестного приобретателя (в то же время, в этих случаях может быть предъявлен кондикционный иск).”³⁹ (прим.авт. - иск о неосновательном обогащении).

Статья. 302 ГК РФ, содержащая правило о запрете виндикации от добросовестного приобретателя ценных бумаг на предъявителя, ничего не говорит о запрете виндикации последних, которые могут не содержать индивидуальных признаков, от недобросовестного владельца и, кроме того, о запрете виндикации как от добросовестного, так и недобросовестного приобретателя иного родовых движимых вещей. В связи с этим возникает вопрос о причинах такого умалчивания (очевидность теоретических позиций о возможности истребования только индивидуально-определенных вещей, не принятая во внимание при включении указанной нормы в ГК РФ, возможность при буквальном прочтении нормы ст. 302 виндикации родового имущества или все же изначально заложенная в эту норму возможность виндикации родового имущества?).

Интересно также, что несмотря на практически однозначную позицию теории по данному вопросу, можно привести случай из арбитражной практики, который, возможно,

³⁷ М.М.Агарков “Учение о ценных бумагах”, “Основы банковского права”, М.Изд. БЕК, 1994 г., стр.210

³⁸ В.В.Витрянский, “Защита имущественных прав акционеров и акционерных обществ. Практика Высшего арбитражного суда, М.,”Центр деловой информации”, 1994 г., стр. 56, Е.А.Суханов “Лекции о праве собственности”, М. “Юридическая литература”стр. 211

³⁹ А.В.Трофименко, “Право собственности на ценные бумаги. автореф. дисс. на соискание ученой степени канд.юр. наук, Саратов, 1997 г.,стр. 19.

ее опровергает. В обзоре практики разрешения поров по сделкам, связанным с размещением и обращением акций (Информационное письмо ВАС РФ от 21 апреля 1998 года № 33 прямо указано, что требование собственника (уполномоченного собственником лица) о возврате акций, предъявленное к добросовестному приобретателю, носит виндикационный характер и может быть удовлетворено лишь при наличии условий, предусмотренных статьей 302 ГК РФ.⁴⁰ В данном случае не упоминается форма выпуска акций (документарная или бездокументарная), однако, тем не менее, речь идет о родовом имуществе. Представляется, что индивидуализация по имени в данном случае недостаточна для рассмотрения акций в качестве индивидуально-определенного имущества (определение эмиссионных ценных бумаг позволяет однозначно рассматривать последние в качестве вещей, определенных родовыми признаками (ст. 2 ФЗ “О рынке ценных бумаг”. А что, если, например, помимо акций, которые истребуются у конкретного добросовестного приобретателя также окажется определенное количество акций данного выпуска, приобретенных им ранее у этого же лица, которое истребует акции?

С этой точки зрения интерес представляет проведенное Н.О.Нерсесовым исследование проблемы применения виндикации к ценным бумагам на предъявителя, которые также могут не иметь индивидуальных признаков.

Анализируя германскую литературу, он отмечает дискуссионность вопроса о виндикации родового имущества, отмечая при этом следующее: “В германской литературе по данному вопросу существует большое разнообразие. Одни, исходя из общих начал римского права, допускавшего виндикации даже относительно денег, признают подлежащими виндикации и бумаги на предъявителя. Другие, и притом большинство, ограничивают применение виндикации к бумагам на предъявителя, а именно, исключают ее против добросовестного владельца, оставляя ее только против недобросовестного. Основание такого ограничения видят или в обычном праве, или в политико-экономических соображениях...или в требованиях современного промышленного оборота...или наконец в молчаливом согласии между кредитором и должником”.⁴¹

Кроме того, он анализирует также опыт Франции 19 века и развитие законодательства в вопросе предоставления права на виндикацию предъявительских ценных бумаг. Н.О.Нерсесов, в частности, отмечает, что: предъявительские ценные бумаги, “не имея индивидуальных признаков, чтобы быть объектом виндикационного иска, становились бесповоротно собственностью добросовестного владельца ..Судебная практика приравнивала эти бумаги к движимым вещам, к которым применяется ст. 2279 Code civil; “en fait de meubles possession vaut titre”⁴² (указанное правило было рассмотрено выше и означает, что владение движимостями равносильно правооснованию - прим. авт.) Вместе с тем виндикация не полностью исключалась и допускалась, в том числе для владельцев предъявительских ценных бумаг только в случае воровства или потери (но не, например, выбытия ценных бумаг помимо воли владельца в результате обмана, мошенничества, злоупотребления доверием или уничтожения т.п.)⁴³ Индивидуализации ценных бумаг на предъявителя в данном случае не требовалось.

Далее, как отмечал далее Н.О.Нерсесов, “Отсутствие специальных законоположений чувствовалось по мере увеличения количества циркулирующих в обороте безыменных бумаг. В случае потери их сталкивались интересы нескольких лиц: собственника,

⁴⁰ Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1998 г. № 6 стр. 86.

⁴¹ Н.О.Нерсесов “Представительство и ценные бумаги в гражданском праве”, Москва, “Статут”, 1998 г, стр. 265

⁴² Н.О.Нерсесов., указ соч., стр.256.

⁴³ в современном российском гражданском процессуальном законодательстве на случай утраты или повреждения ценных бумаг на предъявителя содержится специальная процедура восстановления прав, осуществляемая в порядке вызывного производства (ст.ст. ГПК РФ). Поэтому проблема виндикации в данном случае для утраченных ценных бумаг вообще не возникает

настоящего владельца, должника и наконец маклера или банкира, чрез посредство которых приобретена данная бумага. Необходимо было определить взаимные отношения собственника и владельца, установить рациональные меры для препятствия к дальнейшему циркулированию данных бумаг и к реализации прав требования по ним.”⁴⁴

Французский закон 1872 года предоставлял виндикационную защиту собственникам в том числе предъявительских ценных бумаг во всех случаях лишения их ценных бумаг на предъявителя каким бы то ни было способом. При этом защита добросовестного владельца связывалась с действиями собственника, который должен был сделать самостоятельные заявления чрез посредство судебного пристава, должнику и синдикату фондовых маклеров в Париже и с моментом приобретения добросовестным приобретателем ценных бумаг (до публикации или после публикации заявления). При этом все же происходила определенная индивидуализация предъявительских ценных бумаг через их номера. В частности, “всякая сделка с ценными бумагами на предъявителя, номера которых включены в “bulletin officiel” по заявлению собственника, не имеет никаких юридических последствий для собственника, который вправе виндицировать их, оставляя владельцу личных иск к продавцу и к маклеру, бывшему посредником.”⁴⁵

Конечно, для современных эмиссионных именных безналичных ценных бумаг, обращающихся через организаторов торговли, такая индивидуализация практически невозможна.

Справедливости ради также необходимо отметить, что Н.О.Нерсесов отмечал, что “виндикация как вещный иск применима лишь к реальным предметам, в данном случае к бумаге как таковой; но по необходимой связи свойства кредитора с владельцем документа возвращением последнего одновременно восстанавливается и утраченное свойство кредитора.”⁴⁶

Тем не менее, с учетом предлагаемой нами концепции правовой природы безналичных ценных бумаг следует отметить, что если теоретически допускается виндикация родового имущества, то эта проблема разрешима и для безналичных ценных бумаг только на ином уровне абстракции. Специально вопрос о виндикации безналичных ценных бумаг будет рассмотрен в третьей главе.

2. Объекты вещных прав. Вещи и имущественные права. Бестелесные имущества.

2.1.Объекты вещных прав в классической теории гражданского права.

2.1.1. Общие представления об объектах вещных прав.

Любое правоотношение имеет свой объект. Вопрос об объектах вещных прав собственно и является камнем преткновения для построения адекватной теории безналичных ценных бумаг.

Поэтому прежде всего необходимо выяснить, что понимается под объектами вещных прав в классической теории гражданского права.

Практически единодушным не изменившимся за столетия является теоретическая позиция о возможности рассмотрения в качестве объектов в вещных прав только предметов материального мира.

⁴⁴ Н.О.Нерсесов, указ соч., стр. 258.

⁴⁵ Н.О.Нерсесов, указ. соч., стр. 261

⁴⁶ Н.О. Нерсесов, указ. соч., стр.255

Развитие цивилизации, появление новых, не известных классической теории отношений реальной жизни периодически ставило в тупик юриспруденцию и неизбежно раскидывало правоведов на лагерь “консерваторов” и “новаторов”. Первые все явления современной жизни пытались объяснить с позиций классического римского права, вторые возражая им, упирали не на невозможность применения норм последнего и пылись создать предпосылки адекватного развития цивилистической теории. Выше уже был рассмотрен пример подобной борьбы применительно к развитию института владения. Такая же ситуация наблюдалась в течение двух последних веков в связи с бурным развитием технологий и появление новых объектов гражданских прав в отношении объектов вещных прав, однако до последнего времени господствующему классическому течению удавалось практически полностью сохранять свои позиции. Такая ситуация сложилась бы и применительно к безналичным ценным бумагам, если бы финансовый рынок не приобрел за последние семь лет такое важное значение для повседневной жизни, для обычных людей, а не только узкой группы профессионалов.

Поскольку безналичные ценные бумаги не являются уникальным объектом, по поводу которых разгорались теоретические дискуссии по вопросу об объектах вещных прав, интересно было бы привести примеры таких споров в отношении других объектов, обратившись безусловно, прежде всего к понятиям римского права.

2.1.2. Объекты вещных прав в римском праве, а также в цивилистической доктрине 19- начала 20 века. Бестелесные имущества в доктрине второй половины 20 века.

В классификации вещей по римскому праву существовало деление вещей на телесные и бестелесные (*res corporales*, *res incorporales*).

Интересно, что в настоящее время достаточно распространенным является взгляд на ценные бумаги, кстати говоря, не только безналичные, как бестелесные имущества. “Современная буржуазная концепция собственности относит к “бестелесному имуществу”, с одной стороны, круг прав на технические и нетехнические объекты промышленной собственности (изобретения и “ноу-хау”, промышленные образцы и товарные знаки, фирменные наименования и пр.), а с другой стороны - круг прав на объекты финансовой и коммерческой собственности, выступающих в виде прав требования из денежных и товарораспорядительных документов (облигации, векселя, чеки, пай, коносаменты и пр.)”⁴⁷ Несколько лет назад автор также придерживалась такой взгляд.⁴⁸

Вместе с тем для оценки современных взглядов на безналичные ценные бумаги как бестелесные вещи стоит рассмотреть, представляют ли собой последние какой-то специфический объект гражданского права, находящийся между вещами в собственном смысле и имущественными правами,

Например, В.М.Хвостов, анализируя труды известного римского юриста Гая в отношении деления вещей на телесные и бестелесные утверждает, что последним имеет ввиду под бестелесными вещами не вещи, а права, входящие в состав имущества: “некоторые из субъективных гражданских прав дают субъекту полное господство над какой-либо телесной вещью; говоря о подобном праве, мы может прямо назвать его объект - телесную вещь...другие же субъективные права - или имеют объектом своим нечто нетелесное, или же дают субъекту неполное господство над телесной вещью. Первого рода права, то есть права собственности, Гай отождествляет с их объектом и

⁴⁷ Гражданское и торговое право капиталистических государств, отв. ред. Е.А.васильев, М., “Международные отношения”, 1993 г., стр. 198.

⁴⁸ см: моя статья “Становление системы безналичных ценных бумаг в России: правовые проблемы”, “Экономика и жизнь”, 1995 г., № 25, стр. 19

называет их *res corporales*, а вторые, в противоположность первым, он называет *res incorporales*".⁴⁹

Г.Ф.Шершеневич отмечал: "содержание имущества с юридической точки зрения выражается с одной стороны в а) совокупности вещей, принадлежащих лицу на праве собственности и в силу иных вещных прав и б) в совокупности прав на чужие действия...., а с другой стороны в а) совокупности вещей, принадлежащих другим лицам, но временно находящихся в его обладании. и б) в совокупности обязательств, лежащих на нем. Сумма отношений первого рода составляет актив имущества, сумма отношений второго рода - пассив имущества"⁵⁰

Д.И.Мейер вместо терминов "телесные и бестелесные имущества" употреблял понятие "наличных и долговых имуществ", однако отмечая при этом что к такому делению "близко подходит деление вещей, встречающееся обыкновенно в западной литературе, на телесные...и бестелесные, или отвлеченные...: вещи телесные - это физические тела, подлежащие праву собственности лица, и чужие вещи, подлежащие его праву; вещи бестелесные, или отвлеченные, - это чужие действия, подлежащие праву лица. Но иногда вещами бестелесными называются также права. ...если под вещами отвлеченными понимать права, то приходится понимать или права на вещи, или права на чужие действия; но так как имущество составляет объект права, то, значит, и право на вещь или право на чужое действие, составляющее ответственное имущество, есть только объект другого права - и получится право на право на вещь, право на право на чужое действие. В свою очередь и это право на право на вещь или право на право на чужое действие также нужно признать отвлеченным имуществом, которое опять только есть объект права - и получится право на право на вещное право, право на право на обязательственное право...И потому под бестелесными, или отвлеченными, вещами, если уж делить вещи на телесные и бестелесные, следует разуметь именно чужие действия, а не права. Если же выражаются иногда, что право составляет имущество, то это выражение не обозначает собственно объекта права, оно указывает только, что вещь сама по себе не имеет юридического значения или действие другого лица само по себе выражает только личность человека, но нет необходимости, чтобы оно было предметом права"⁵¹

Таким образом, в целом, если обобщить вышесказанное, очевидно не вызывает споров о том, что в понятие имущества включаются собственно вещи как объекты вещных прав и имущественные права или обязательства, связанные с чужими действиями (последние по существу включают обязательственные отношения). При этом необходимо отметить, что общее определение имущества, данное в ст.128 ГК РФ, содержит понятие имущества в широком смысле, однако, очевидно только в так называемом "положительном смысле", поскольку не включает в себя обязательства (понятие имущества включает обязательства при определении предприятия как имущественного комплекса (ст. 132 ГК РФ, а также при определении конкурсной массы (ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»)).

Вопрос о "бестелесных" имуществах, пример определения которых изложен выше с учетом подходов зарубежного законодательства, в российском гражданском законодательстве решается по разному. Объекты так называемой финансовой и коммерческой собственности, то есть ценные бумаги отнесены к вещам. В отношении объектов промышленной собственности, авторских прав, господствующее направление в российской цивилистической доктрине в отношении них не поддерживает концепцию "интеллектуальной собственности" и устанавливает для указанных объектов, специальный режим так называемых исключительных прав.

⁴⁹ В.М.Хвостов, там же,стр. 125

⁵⁰ Г.Ф.Шершеневич, Учебник русского гражданского права, М., "Спарк", 1995 г., стр. 95.

⁵¹ Д.И.Мейер, Русское гражданское право, М., "Статут", 1997 г., ч.1, стр. 140.

2.1.3. Проблема квалификации безналичных ценных бумаг в качестве бестелесного имущества. Использование юридической фикции как способа решения проблемы определения правовой природы безналичных ценных бумаг.

Таким образом понятие бестелесного имущества в зависимости от подходов законодателя, охватывает объекты права собственности (ценные бумаги), обязательственные права требования (права требования из различных договоров), а также объекты исключительных прав (в понятие имущества в широком смысле включаются также и долги, однако в данном случае речь идет об имуществе в «положительном» смысле). Вопрос о месте безналичных ценных бумаг, которые иногда предлагают рассматривать как бестелесные имущества в конечном итоге все равно сведется к необходимости решения вопроса о том, относятся ли такие безналичные ценные бумаги к вещам или являются лишь обязательственными правами.

И все же главный вопрос заключается в том, может ли право, используя имеющийся у него инструментарий рассматривать материальность мира под углом зрения не реальных фактических отношений, а именно отношений юридических.

Из числа определений объектов вещных прав, практически единодушно определяемых авторами как объект материального мира, оригинальностью отличается определение В.М.Хвостова: “Под именем вещи следует разуметь обособленную часть внешней природы, которая является предметом юридического господства, но считается неспособной быть субъектом такого господства...Вещь, по нашему определению, должна быть предметом, который доступен внешним чувствам”⁵²

Давая указанное определение он, между прочим отмечает, ссылаясь на некоторые исследования, что «вопрос о том, есть ли электричество вещь, является спорным»⁵³ Этому вопросу, например, была посвящена статья приват доцента Н.Н.Розина “О похищении электрической энергии”, опубликованная в Вестнике права за 1899 г. № 10, в которой он достаточно подробно анализирует позиции цивилистов того времени по вопросу о возможности отнесения электрической энергии к вещам в собственном смысле слова. Эта статья является хорошей иллюстрацией столкновения классической теории с новыми отношениями и поэтому заслуживает более подробного освещения в настоящем исследовании.

Спор об отнесении электрической энергии к вещи был вызван решением Имперского суда Германии в 1887 году которым было признано, что электрическая энергия является объектом гражданского правоотношения, ибо соответствующая норма германского гражданского законодательства не ограничивает понятие служащей объектом договора “вещи” материальными предметами. Позднее этот вопрос обсуждался с точки зрения уголовного закона и суд, ссылаясь на указанное решение признал с точки зрения уголовного закона электрическую энергию “вещью” и приговорил обвиняемого в похищении к наказанию за кражу, но позднее Имперский суд по уголовным делам ответил на этот вопрос отрицательно. Далее автор рассуждает о различном понятии вещи по гражданскому и уголовному праву, настаивает на более узком понимании термина “вещь” в уголовном праве и ратует за отказ от аналогий в уголовном праве, и, таким образом, за жесткую трактовку указанного термина с точки зрения уголовного права.

С точки зрения нашего исследования интерес представляет сам факт обсуждения свойств электрической энергии как объекта материального мира. Н.Н.Розин, в частности, отмечает, что “по установившейся практике объектом кражи может быть только

⁵² В.М.Хвостов, “Система римского права”, Москва, 1996 г., Изд. “Спарк”, стр.124.

⁵³ В.М.Хвостов, там же, стр. 124

материальный предмет, какова бы затем ни была его физическая и химическая субстанция. Предмет этот может быть твердым, жидким, газообразным телом, доступным или недоступным человеческому зрению; похитить его можно непосредственно, т.е. взять руками или при помощи приспособлений, каковые напр. необходимы для похищения газа, жидкости...напротив, понятие вещи, имущества в гражданском праве и обороте гораздо шире. Предметом последнего являются также юридические требования, права по договорам, отвлеченная собственность”⁵⁴

Далее автор анализирует мнения других цивилистов по указанному вопросу, отмечает, что некоторые считают невозможным похищение электричества, так как оно не является вещью, материальным предметом, а силой, проявляемой в материи. Он считает, что такого заявления недостаточно, поскольку связь силы и материи не настолько ясна, что бы из нее можно было сделать точные выводы. Он соглашается с позицией одного из юристов о том, что невозможно представить себе вещи или тело без присущей им силы, энергии, движения, как нельзя представить движения без движимого. Все, что мы наблюдаем в природе - тяжесть, объем, цвет, твердость, упругость и т.д. - все это особые формы проявления живущих в материи сил. Интересна позиция юриста Дернбурга, на которую ссылается автор. Дернбург полагает, основываясь на исследовании существа электрической энергии техника Берндта, что электричество есть вид эфира, то есть представляет нечто материальное. И если эта материя не носит с внешней стороны той же формы, в какой обыкновенно представляют вещь, то есть формы материального предмета, занимающего известное место в пространстве, то оно все же не перестает быть вещью. И пока не доказано, считает Дернбург, что электричество не принадлежит к группе движимых вещей, приговор суда остается неправильным. Помимо Денбурга еще ряд юристов рассматривали электричество как вещь, основываясь на свойствах последней.

В двадцатом веке победа опять осталась за гражданским оборотом. Научно-технический прогресс, сопровождающийся резким возрастанием роли в хозяйстве новых энергетических и сырьевых источников производства, обусловил прежде всего расширение самого понятия “вещественной” собственности. К имуществу как объекту собственности начали относить электроэнергию и газ, а затем и другие виды энергии и сырье, выходящие за границы традиционного понимания “вещи”. Кстати говоря, в стороне не осталось и российское гражданское законодательство, которое такого рода объекты специально не регламентирует, очевидно, боясь ступить на скользкую почву, однако в действующих нормах Гражданского кодекса Российской Федерации например, договоры об энергоснабжении включены в общую главу “купля-продажа” и в том числе подчиняются правилам этой главы.

Таким образом, рассуждая в том числе и о природе безличных ценных бумаг, вспоминаясь изложенное выше определение вещи, данное В.М.Хвостовым, и невольно задаешься вопросом о степени доступности объектов материального мира внешним чувствам и о количестве этих чувств, которое должно быть признано достаточным для квалификации объекта в качестве вещи (о расширении границ материального мира для целей юриспруденции). Однако, это уже область философии, из которой, собственно, и черпали свои представления, в том числе в отношении объектов мира, еще римские юристы. Круг замкнулся, и безусловно, право не в состоянии, оперировать набором общеправовых средств и подходов. Однако имеющийся в его распоряжении инструментариум делает задачу развития и совершенствования теории и законодательства не столь уж безнадежной.

С этой точки зрения, Д.Гримм, почти сто лет назад, рассуждая о трансформации конкретных реальных отношений в юридические и о соотношении между конкретными отношениями и юридическими отношениями указывал на две основные ошибки

⁵⁴ Н.Н.Розин, “О похищении электрической энергии”, “Вестник права”, 1899 г., № 10, стр.91.

современной доктрины в вопросе адекватности отображения юридическими отношениями конкретных отношений. Одной из таких ошибок является тенденция к “гипостазированию”, овеществлению общих и коллективных понятий, каковая тенденция переплетается с неясным пониманием истинной природы метафорических оборотов, во множестве встречающихся в технической формулировке юридических институтов. Сюда относится...тенденция возводить в самостоятельные реальности такие понятия, как понятие юридического лица, имущества..., права (причем как в объективном, так и в субъективном смысле), каковые понятия конструируются: - одни как самостоятельные реальные субъекты прав, другие - как самостоятельные реальные объекты прав...”⁵⁵

Что же мы видим в вопросе о правовой природе ценных бумаг ?. Основной и, пожалуй, единственной причиной невозможности отнесения безналичных ценных бумаг к вещам называется отсутствие материальной телесной оболочки.

Мы предлагаем рассматривать вопрос о правовой природе безналичных ценных бумаг, используя понятие юридической фикции. Таким образом в последующем в настоящей работе нас будет в основном занимать вопрос о ценных бумагах как объектах вещных прав как определенной юридической фикции. С этой точки зрения показательным является упоминание теоретических споров не об объекте, а о субъекте вещных прав, юридическом лице. В частности, эту проблему рассматривал Д.И.Мейер, который упоминал о спорах о возможности юридического лица быть юридическим владельцем, поскольку у него нет возможности материального соприкосновения с вещью. Д.И.Мейер предлагал выйти из этого таким образом, чтобы рассматривать владение через представителей юридического лица, но представителю должно быть присуще при этом сознание распорядиться вещью не как своей, а как вещью юридического лица.⁵⁶ Представляется совершенно очевидным, что в конечном итоге такое предложение опирается на определенную юридическую фикцию - рассмотрение юридического лица в качестве реального субъекта гражданского права.

ГЛАВА II “ЮРИДИЧЕСКАЯ ФИКЦИЯ КАК СПОСОБ КВАЛИФИКАЦИИ БЕЗНАЛИЧНЫХ ЦЕННЫХ БУМАГ В КАЧЕСТВЕ ОБЪЕКТОВ ВЕЩНОГО ПРАВА. КОНЦЕПЦИЯ БЕЗНАЛИЧНЫХ ЦЕННЫХ БУМАГ.

3.Классический и новаторский подходы к определению правовой природы безналичных ценных бумаг

3.1. Сущность классического подхода к определению правовой природы безналичных ценных бумаг.

Как отмечалось во введении, проблеме определения природы безналичных ценных бумаг и применения норм о них на практике за последние несколько лет было посвящено определенное количество публикаций российских юристов “молодого” поколения. На отдельных из них мы будем останавливаться в настоящем исследовании при рассмотрении отдельных аспектов обращения безналичных ценных бумаг. Тем не менее, некоторые из этих публикаций, в целом посвященных вопросу о правовой природе безналичных ценных бумаг, заслуживают более подробного рассмотрения.

В целом и в этом вопросе представители юридической мысли традиционно разделились на два лагеря: классический, представленный известнейшими современными учеными цивилистами, и “новаторский”, представители которого, не так известны и не

⁵⁵ Д. Гримм “Соотношение между юридическими институтами и конкретными отношениями”, Памяти Г.Ф.Шершеневича, Сб. статей по гражданскому и торговому праву, М.М.Агарков и др., М., изд. “Бр. Башмаковы”, 1915 г., стр.стр. 222

⁵⁶ Д.И.Мейер, указ. соч., чч. 2, стр. 12

имеют такого авторитета, к тому же они находятся, очевидно, в меньшинстве. В соответствии с воззрениями представителей первого направления безналичные ценные бумаги не являются объектом вещных прав и представляют собой лишь обязательственные права, вторые считают безналичные ценные бумаги объектом вещных прав.

По нашему мнению, также в дальнейшем целесообразно будет остановиться на некоторых заблуждениях, имеющих место при рассмотрении вопросов о принципах обращения безналичных ценных бумаг в отдельных публикациях.

Очевидно, самой распространенной и не требующей особых пояснений является позиция ряда известных юристов, для которых главным аргументом против рассмотрения ценных бумаг в качестве объекта вещных прав является отсутствие материального носителя. Квинтэссенцию такого подхода составляют следующие положения:

«В современном имущественном обороте стали использоваться новые формы фиксации прав участников гражданских правоотношений, связанные с применением средств электронно-вычислительной техники. При этом не производится выпуск (эмиссия) ценных бумаг непосредственно на бумажных носителях, а соответствующие записи об их владельцах и содержании принадлежащих им прав производятся в специальном реестре - обычном или компьютеризованном (п. 2 ст. 142 ГК). Данная ситуация ставит вопрос о возможности применения к таким способам фиксации прав общих, традиционных правил о ценных бумагах, поскольку они нередко именуется теперь «бездокументарными ценными бумагами...Ведь «запись на счете», находящуюся в памяти ЭВМ, ее владельцу невозможно не только утратить, но даже и передать другому лицу с соблюдением каких угодно формальностей: при этом одна запись просто уничтожается или изменяется и заменяется другой соответствующей записью...Вряд ли можно всерьез говорить о праве собственности на подобные объекты, подчиняющемся обычным правилам (ст. 209 ГК), а также об их нормальной оборотоспособности. Изложенным объясняется подход законодателя, прямо объявившего подобные объекты особой «формой фиксации прав», к которой могут применяться некоторые правила, установленные для ценных бумаг (абзац первый п.1 ст. 149 ГК). Очевидно, что на них в целом не рассчитаны классические правила об обороте вещей (к их разновидностям относятся ценные бумаги) и вещных правах. Это требует разработки специальных правил, учитывающих специфику рассматриваемых объектов гражданских прав...С «бездокументарными ценными бумагами» не следует смешивать ситуации, при которых ценные бумаги (обычно - акции акционерного общества) вообще не эмитируются ни в бумажной, ни в безбумажной форме, а права владельцев лишь закрепляются в специальном реестре, причем не обязательно компьютеризованном. В таком случае у субъектов соответствующих имущественных прав либо вообще отсутствуют ценные бумаги, удостоверяющие их права, либо в роли этих бумаг выступают «сертификаты акций» (которые при определенных условиях могут сами признаваться особой разновидностью ценных бумаг) или «выписки из реестра акционеров», не являющиеся ценными бумагами»⁵⁷

3.2. Анализ современных взглядов сторонников классического подхода на природу безналичных ценных бумаг

Этот постулат в большей или меньшей степени детализируется и модифицируется в других публикациях.

Известным сторонником классического направления является В.Белов, в свое время детально высказывавшийся по поводу позиции автора настоящего исследования по

⁵⁷ М.Брагинский, Е.Суханов, К.Ярошенко «Объекты гражданских прав», «Хозяйство и право», 1995 г. № 5, стр. 15-17.

вопросу о природе безналичных ценных бумаг. Некоторая аргументация позиции В.Белова, изложенной в статье “Юридическая природа “бездокументарных ценных бумаг” и “безналичных денежных средств” и ознакомление с критикуемой им позицией автора, изложенной в настоящем исследовании, позволят читателям самостоятельно сделать вывод о достоинствах и недостатках каждой из позиций.

В.Белов считает, что: “Ценные бумаги” и “бездокументарные ценные бумаги” - это институты, имеющие различную правовую природу, и, следовательно, институты, которые должны иметь различных правовой режим”⁵⁸ Но дается ли в его публикации ответ на вопрос о том, какой именно режим должен действовать для безналичных ценных бумаг? Правильным ли является вывод о том, что поскольку, с одной стороны, по классическим документарным и, с другой стороны, по безналичным ценным бумагам применяются разные способы осуществления и передачи имущественных прав по ценным бумагам, для них должны действовать различные правовые режимы?

Представляется, что В.Белов изначально использует неправильную посылку, на которой строится и ряд его дальнейших рассуждений. За основу принято утверждение, которое мы назвали Заблуждением № 1

Заблуждение № 1 -Формой выражения имущественных прав по безналичным ценным бумагам является документ - реестр.

“В случае с бездокументарными ценными бумагами мы имеем такое юридическое выражение имущественных прав, которое также принято называть документом, который (что очень важно!) находится на руках у третьего лица и не может быть выдан кредитору и выполняет единственную функцию - доказательственную. Для осуществления или передачи прав из этого документа кредитору необходимо обратиться к лицу, в руках которого находится документ (реестр), для того чтобы последнее представило должнику (контрагенту) доказательства существования у кредитора соответствующего права”⁵⁹

Из этого делается вывод о том, что хотя и права по классическим ценным бумагам, и права по бездокументарным ценным бумагам удостоверены документами (в первом случае самой ценной бумагой как документом, во втором случае - реестром), порядок и способы осуществления прав, соответственно, по классическим ценным бумагам и бездокументарным ценным бумагам различны, значит должны иметь место и различные правовые режимы для этих прав

Такой вывод представляется неправильным. Способом фиксации прав на безналичную ценную бумагу (как бездокументарную, так и документарную, но помещенную на депозитарный учет в депозитарий (обездвиженную ценную бумагу)) является не совокупность ряда учетных данных регистратора (реестр) или депозитария а конкретная учетная запись по отдельному счету конкретного лица. При этом совокупность учетных данных реестродержателя не существует в виде документа, поскольку при современных технологиях такие данные не ведутся в виде “амбарных” книг (как это было раньше в отношении книг должника именных ценных бумаг), а существуют в виде записей данных в электронной форме.

Любые распечатки данных, в том числе отчетные документы регистратора и депозитария, касающиеся состояния соответствующего счета клиента и/или проведенных по нему операций вторичны с точки зрения того, что они лишь отражают соответствующее состояние на счете и подтверждают его. Они подтверждают существование права, но сами по себе не являются основанием возникновения, перехода или прекращения права на ценные бумаги, а дают лишь возможность удостовериться, что была произведена соответствующая запись, повлекшая возникновение, переход или

⁵⁸ В.Белов, “Юридическая природа “бездокументарных ценных бумаг” и “безналичных денежных средств”, “Рынок ценных бумаг”, 1997 г.. № 5стр 23

⁵⁹ В.Белов, указ. соч., стр.24

прекращение права на ценную бумагу. Распечатки данных, в том числе отчетные документы регистраторов и депозитариев не попадают в гражданский оборот в виде объектов гражданского права и не являются ценными бумагами. Именно сама запись по счету обладает существенными признаками ценных бумаг (естественно, теми из них, которые возможны для безналичной формы, например, публичной достоверностью).

В связи с этим дальнейшие рассуждения В.Белова относительно характера и свойств классических ценных бумаг - документов, и документов регистратора, которые В.Белов использует для сравнения с классическими ценными бумагами, представляются основанными на неправильной посылке. Например, за критерий разграничения между указанными документами берется право на сами документы: “В случае с классическими ценными бумагами кредитор имеет право собственности на документ, а значит, имеет возможность самостоятельно создать предпосылки не только для формальной, но и материальной легитимации себя и своего правопреемника. В случае же с бездокументарными ценными бумагами кредитор не имеет никаких прав на документ, находящийся у регистратора; более того, такой документ нельзя признать оборотоспособным”⁶⁰

Из всего вышесказанного делается вывод о том, что “документы об имущественных правах третьих лиц, ведущиеся регистратором, более близки к договорам, чем к ценным бумагам”⁶¹

Опасаясь неправильно интерпретировать указанный вывод В.Белова, позволим себе предположить, что речь идет о наличии договорных отношений между регистратором и лицом, в отношении которого регистратор ведет учетные данные, что, в свою очередь позволяет фиксировать совокупность имущественных прав “из” бездокументарной ценной бумаги, например, права по облигациям (кстати говоря, обязательства между указанными лицами действительно существуют, но возникают, как правило, не из договора и характер опосредуемых ими отношений зависит в том числе от формы выпуска ценных бумаг, что будет рассмотрено в настоящей главе). Либо все же речь идет о том, что сохраняются лишь обязательства “из ценной бумаги” между должником по ней (эмитентом) и кредитором (держателем ценной бумаги).

В любом случае В.Белов рассматривает имущественные права по бездокументарным ценным бумагам в качестве “голых” имущественных прав, воплощенных в указанных договорах, которые не могут являться объектом вещных прав. Интересно, что автор настоящего исследования никогда не оспаривала этого теоретического постулата и изложенная в настоящем исследовании попытка рассмотреть безналичные ценные бумаги в качестве объектов вещных прав как раз и построена на отграничении безналичных ценных бумаг от категории обязательственных прав.

Таким образом, представляется, что основным аргументом В.Белова против рассмотрения безналичных ценных бумаг в качестве объектов вещных прав является не столько отсутствие материального носителя, удостоверяющего имущественные права, который является основным для некоторых авторов, как было указано выше, сколько рассмотрение в качестве материального носителя фиксации прав по ценным бумагам реестра, который рассматривается им как договор?! между регистратором и лицом, управомоченным по ценным бумагам.

Более традиционно подходит к вопросу о правовой природе бездокументарных ценных бумаг Д.Юлдашбаева в своей публикации “Правовая природа бездокументарных ценных бумаг.”⁶²

⁶⁰ В.Белов, указ. соч., с тр. 25

⁶¹ В.Белов, указ. соч., стр. 25

Рассуждая о различиях между собственно ценными бумагами и бездокументарными ценными бумагами, и о возможности применения к бездокументарным ценным бумагам правил о ценных бумагах, Л.Юлдашбаева считает, что несходство между ними и определяется различием в форме фиксации прав: “Применение к какому-либо объекту гражданских прав по аналогии правил, применяемых к другому объекту гражданских прав, не означает изменения его правовой природы. Ценные бумаги в прямом смысле слова отнесены к вещам в силу своей материальности, они соединяют в себе и материальный объект - документ и нематериальный объект - права. В этом и состоит двуединая сущность ценной бумаги, тогда как бездокументарные ценные бумаги представляют собой только права...бездокументарная ценная бумага в силу своей нематериальности не относится к категории вещей и нормы о вещах на нее также не распространяются”⁶³

Далее Л.Юлдашбаева анализирует теорию “бестелесного” имущества, которая была рассмотрена выше в настоящей работе, но при этом она не учитывает то обстоятельство, что в зарубежной практике к понятию бестелесного имущества относят и документарные классические ценные бумаги именно потому, что последние также представляют собой определенную юридическую фикцию.

Таким образом, мы сталкиваемся с **Заблуждением № 2: Рассмотрение в качестве “бестелесного” имущества только бездокументарных ценных бумаг.**

“Независимо от различий в теоретических конструкциях и обоснованиях, практика всех стран, опирающаяся в некоторых случаях на формально-юридические положения действующего законодательства, переносит на права промышленной, финансовой и коммерческой собственности режим, установленный для вещественных объектов. Различия сводятся лишь к двум моментам...Правомочия обладателя права как собственника реализуются через посредствующее звено, будучи распространенными на формализующие документы. Кроме того, в ряде случаев использование этих правомочий починено особым правилам, учитывающим специфику “идеального” объекта”.⁶⁴

Таким образом, концепция “бестелесного” имущества, применяемая в том числе и к классическим документарным ценным бумагам, сама по себе не обосновывает ни консервативное ни новаторское течение и может быть использована сторонниками обоих течений в зависимости от выдвигаемых ими позиций. Например, Л.Юлдашбаева, рассматривая концепцию “бестелесного” имущества в зарубежных странах отмечает, что понятие о ценной бумаге как об абстрактной, нематериальной вещи сегодня не соответствует российскому гражданскому законодательству”⁶⁵

Наши возражения изложены выше и сводятся в целом к нецелесообразности применения термина “бестелесные” имущества к безналичным ценным бумагам, поскольку эта концепция преследует цель обосновать новые явления жизни с помощью классических норм и делает это для уже известных инструментов - классических документарных ценных бумаг, рассматриваемых в качестве объектов вещных прав. Однако, эта концепция для России, как уже отмечалось выше, по-прежнему оставляет открытым вопрос о правовом режиме безналичных ценных бумаг: вещи это или имущественные права требования?

Исследование Л.Юлдашбаевой правовой природы безналичных ценных бумаг, на наш взгляд, имеет еще одну погрешность. В рассматриваемой статье Л.Юлдашбаевой проблемы, общие как для бездокументарных, так и для документарных ценных бумаг

⁶² Л.Юлдашбаева, “Правовая природа бездокументарных ценных бумаг”, “Хозяйство и право”, 1997 г., № 10

⁶³ Л.Юлдашбаева, указ. соч., стр. 42, 44

⁶⁴ Гражданское и торговое право капиталистических государств, М., “Международные отношения”, 1993 г., стр. 200

⁶⁵ Л.Юлдашбаева, указ. соч., стр. 44

рассматриваются исключительно как проблемы безналичных ценных бумаг: “Истребование прав или их совокупности с помощью виндикационного иска невозможно, поскольку вещное право (право собственности) распространяется на документ (вещь). Раз нет вещного права, не и вещно-правовых способов защиты. Только в случае с документарными ценными бумагами возможно истребование их по ст. 302 ГК, так как в этом случае виндикация распространяется на бумажный носитель, закрепляющий права, - документ”.⁶⁶ Таким образом, в данном случае велика вероятность появления еще одного заблуждения: **Заблуждения № 3: Проблема виндикации связана с “нематериальностью” бездокументарной ценной бумаги.** Вместе с тем эта проблема, как было рассмотрено выше, является общей проблемой для родового имущества, в том числе документарных ценных бумаг. Заблуждение, очевидно, вызвано тем, что так называемые эмиссионные ценные бумаги в любой форме представляют собой родовое имущество.

Исследованию правовой природы бездокументарных ценных бумаг посвящена и статья А.Шаталова “Основы конструкции бездокументарных ценных бумаг”⁶⁷ Этот автор, по нашему мнению, исходит из совершенно правильной посылки: В результате трансформации материальной оболочки ценной бумаги, удостоверяющей определенные права, обратно в бездокументарную эти права не стали тем, чем они были до появления ценных бумаг, - правами, вытекающими из договора. К этим правам по-прежнему должны применяться специальные правила, характерные для ценных бумаг. Вместе с тем, по мнению, автора, это приводит к введению института бестелесных вещей, который отмечает, что “бестелесная вещь - принципиально иной объект. Она не имеет местонахождения, границ, не может быть индивидуализирована в обороте. Невозможно ее физически отнять у должника и передать кредитору. Как ее виндигировать, если она выбыла из “владения” собственника, и в чем это владение заключалось?”⁶⁸

Далее А.Шаталов делает попытки примирить консервативное и новаторское направления, с одной стороны, полагая, что имущественные права, в качестве каких-то он рассматривает бездокументарные ценные бумаги, объектом права собственности быть не могут, а, с другой стороны, все же отмечая, что к таким правам, чтобы они оставались ценной бумагой, необходимо по-прежнему применять оборотоориентированные правила, разработанные для ценных бумаг: “Это означает, что эти права будут “жить” по правилам для прав, вытекающим из обязательств (гл. 24 ГК РФ), с исключениями, необходимыми для успешной оборачиваемости этих прав, то есть специальными нормами о добросовестном приобретателе, невозможности предъявления эмитентом возражений, основанных на отношениях с предыдущими правообладателями и т.д.”⁶⁹

Безусловно, поставленные А.Шаталовым вопросы относительно владения безналичными ценными бумагами, возможности их виндигирования сложны и интересны, и главное, возможно, разрешимы, если принять в целом концепцию безналичных ценных бумаг, построенную на понятии юридической фикции, которая будет предложена ниже. Что касается, например, владения, в первой главе мы подробно рассмотрели вопросы владения и могли убедиться, что для того, чтобы выступать юридическим законным владельцем вещи, важен не факт господства, а такая степень связи с вещью, которая может обеспечить такое господство. Мы также рассмотрели выше категорию посредственного владения, связанную с нахождением вещи у третьего лица (держателя), что может помочь нам при рассмотрении вопроса о роли реестродержателей и

⁶⁶ Л. Юлдашева, указ. соч., стр. 46

⁶⁷ А.Шаталов, “Основы конструкции бездокументарных ценных бумаг”, “Рынок ценных бумаг”, 1997 г., № 17, стр. 34-37.

⁶⁸ А. Шаталов, указ соч., стр. 35

⁶⁹ А. Шаталов, указ соч., стр. 35

депозитариев. Вопрос о владении безналичными ценными бумагами упирается только в материальность объекта.

Как же примирить предлагаемые А.Шаталовым исключения, которых может быть так много, что они станут правилом, и которые будут означать применение к бездокументарным ценным бумагам общих с другими ценными бумагами правил, то есть правил о вещах, с тем, что он не рассматривает их в качестве объектов права собственности или иных вещных прав. Достаточно такого “исключения” как придание оборотоспособности безналичным ценным бумагам и рассмотрение их в качестве предмета таких сделок как купля-продажа, мена, дарение.

Вот, например, как предлагает рассмотреть эту ситуацию М.Филиппова, также соглашающаяся с тем, что главная проблема бездокументарных ценных бумаг в отсутствии документа - материального носителя, объекта материального мира: “Ценная бумага может быть объектом купли-продажи, мены и других сделок, связанных с отчуждением вещей...Поскольку бездокументарная ценная бумага не является вещью, то и применение к бездокументарным ценным бумагам правил, регулирующих вещные отношения невозможно, в противном случае это противоречило бы, в частности, классическому определению права собственности, как совокупности прав владения, пользования и распоряжения имуществом”⁷⁰ М.Филиппова рассматривает бездокументарные акции только как права, акционер, по ее мнению, выступает лишь кредитором в обязательстве, другой стороной которого является акционерное общество. Как тут не вспомнить поднимавшийся нами вопрос о том, превращается ли в этом случае акционерное общество в общество с ограниченной ответственностью? При этом М.Филиппова предлагает следующее: “При реализации обществом бездокументарных акций, то есть по сути прав требования в отношении самого себя, оно принимает на себя корреспондирующие обязанности перед приобретателем бездокументарных ценных бумаг, то есть становится стороной обязательства. Тогда как при купле-продаже продавец считается исполнившим свои обязанности с момента передачи товара, в приведенном примере обязательства акционерного общества перед приобретателем бездокументарных акций не только не считаются выполненными с момента перехода к нему прав, но напротив только возникают с момента перехода бездокументарных акций к их приобретателю. В этом случае продажа прав есть ни что иное как уступка, которая урегулирована специальными нормами ГК РФ.”⁷¹

Представляется, что такой вывод может быть даже оставлен без комментариев, поскольку наглядно показывает, к чему приводит классический подход: к сведению двойственной природы ценных бумаг исключительно к обязательствам, из которых они возникли. Кстати говоря, названный автор почему-то упускает из виду, что в случае с классическими документарными акциями при купле -продаже с передачей акции исполняются также исполняются обязательства только между сторонами сделки, права приобретателя таких ценных бумаг по отношению к акционерному обществу, и корреспондирующие им обязанности последнего также только появляются с момента передачи прав, удостоверенных такими ценными бумагами.

3.3. Последствия применения классического подхода к определению правовой природы безналичных ценных бумаг.

⁷⁰ М.Филиппова “Бездокументарные ценные бумаги. Особенности правового регулирования”, “Право и экономика”, 1998 г., № 6, стр. 33-34

⁷¹ М.Филиппова, указ. соч., стр. 34

Хотя все сторонники классического подхода к определению природы безналичных ценных бумаг сходятся на том, что бездокументарные ценные бумаги представляют собой права и/или по поводу них могут складываться только обязательно-правовые отношения, но никак не вещно-правовые, тем не менее, видимо, иногда по разному определяют, что они имеют ввиду под утверждением о том, что безналичные ценные бумаги представляются собой права. В частности, представляется, что изложенные в предыдущем параграфе позиции сторонников классического подхода к определению природы безналичных ценных бумаг не дают четкого ответа на главный вопрос, который должен быть решен при определении природы безналичных ценных бумаг: идет ли речь только собственно о правах “из” бездокументарных ценных бумаг (например, прав, удостоверенных облигацией), идет ли речь о каких-то обязательственных правах, возникающих из обязательственных правоотношений между правообладателем, с одной стороны, и реестродержателем или депозитарием, с другой (при этом какое место занимают права «из» ценной бумаги; являются ли они объектом указанных обязательственных правоотношений?) При этом остается открытым вопрос о том, сохраняется ли двуединая сущность ценной бумаги, отличающая ее от других объектов, в том числе обязательственных прав, возникающих из договоров («голых» имущественных прав).

Представляется, что принятие концепции, отвергающей возможность существования вещных прав на безналичные ценные бумаги равносильно уничтожению всех правовых основ, позволяющих функционировать современному рынку ценных бумаг, поскольку заставить рынок ценных бумаг функционировать на принципах оборота классических документарных ценных бумаг все равно, что вернуть на железные дороги паровозы, а на улицы лошадей. **Самое главное, что решив вопрос таким образом, следует признать, что бездокументарные ценные бумаги как “голые” имущественные права не имеют характера абсолютных прав и могут защищаться, только подобно обычным обязательственным правам.** В частности, правообладателю противопоставлен только определенный круг лиц, от которых он может защищать свои права (это должник (эмитент) ценной бумаги и лицо, осуществляющее фиксацию его прав. Обязательственные права могут быть объектом далеко не всех сделок, совершаемых, обычно, в частности с ценными бумагами. Теперь главное - объяснить это всем: инвесторам, профессиональным участникам рынка ценных бумаг, судьям, правоохранительным органам - кто совершает операции с бездокументарными ценными бумагами и принимает решения в отношении таких ценных бумаг, очевидно исходя из существования вещных прав на них (например, об аресте и обращении взыскания). Кстати говоря, проблема наложения ареста и обращения взыскания на имущество в последнее время приобрела весьма актуальное значение и будет отдельно рассмотрена в дальнейшем. В данном случае хотелось бы лишь отметить, что, очевидно, под имуществом для целей наложения ареста и обращения взыскания в теории понимается именно имущество в узком смысле. Например, Е.А.Суханов рассматривает иск об освобождении имущества от ареста (об исключении имущества из описи) как разновидность вещно-правового способа защиты права собственности.⁷² Таким образом, если не рассматривать безналичные ценные бумаги, представляющие для кредиторов значительный интерес, в том числе в связи с их ликвидностью по сравнению с другим имуществом, то непонятно, чем же и на каком-основании занимаются судебные приставы-исполнители, налагающие арест на ценные бумаги?

⁷² Е.А.Суханов, «Лекции о правке собственности». М., “Российская юридическая литература”, 1991, п. 16.

3.4. Безналичные деньги как аналог проблем, связанных с определением правовой природы безналичных ценных бумаг.

Проблема определения места в системе объектов гражданского права а также правовой природы в равной степени касается как безналичных ценных бумаг так и безналичных денежных средств. Против определения безналичных денежных средств как объектов вещного права также выступает большинство российских ученых-цивилистов. Представляется, что для полноты картины стоит рассмотреть и проанализировать традиционную аргументацию, выдвигаемую против рассмотрения денежных средств в качестве объектов вещного права. При этом также как и в отношении безналичных ценных бумаг главным аргументом является отсутствие материального носителя. В связи с этим:

1. Безналичные денежные средства рассматриваются как объекты обязательственных, а не вещных прав.

2. Отношения между банком и клиентом, связанные с открытием счетов на основании договоров банковского счета, рассматриваются как отношения займа между банком и клиентом. (Эта точка зрения высказывается реже, так как она по сути противоречит первой, что будет рассмотрено ниже).

В данном случае хотелось бы позволить себе критику этих точек зрения, базируясь не некоторых положениях статьи Л.Новоселовой “Правовая природа безналичных расчетов”, которая анализирует природу безналичных денег в том числе исследуя природу договоров банковского счета и банковского вклада⁷³ Вот лишь несколько цитат из указанной статьи, аргументирующих указанные точки зрения:

- “Денежная сумма, числящаяся на счете в банке, не может являться собственностью клиента (вкладчика), поскольку счет является лишь бухгалтерским оформлением наличия задолженности банка перед вкладчиком”.

- “При обращении взыскания на основании судебного решения либо по иному исполнительному или приравненному к нему документу на денежные средства, находящиеся в банке, взыскание обращается не на имущество в натуре, как это может быть, если взыскание обращается на наличные деньги, находящиеся в кассе предприятия, а на право требования должника по исполнительному документу к третьим лицам.”

Итак, аргументами против рассмотрения денег на счетах в банках в качестве объекта вещного права является отсутствие материального носителя. Вместо этого предлагается рассматривать отношения между банком и клиентом, связанные с нахождением денежных средств на счете последнего как обязательственные отношения, на основании которых клиент имеет право требования к банку.

Вместе с тем, высказывается утверждение о том, что характер отношений между банком и клиентом аналогичен договору займа.

Каждое утверждение представляется целесообразным рассмотреть отдельно с тем, чтобы попытаться аргументировать его некорректность.

Утверждение о том, что деньги являются лишь объектами обязательственного права вызывает наиболее серьезную критику.

Прежде всего факт отсутствия “классического” материального носителя сам по себе при наличии законодательно закрепленных “заменителей” этого материального носителя не может, на мой взгляд, рассматриваться как препятствие к регулированию безналичных денежных средств нормами вещного права.

⁷³ Л. Новоселова, «Правовая природа безналичных расчетов», «Экономика и жизнь», 1995 год, № 44.

Иногда высказывается мнение о том, что деньги могут быть только в наличной форме. В обоснование этого приводится, в частности, положение Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» о том, что банкноты (банковские билеты) и монета Банка России являются единственным законным средством платежа на территории Российской Федерации. Однако, нельзя забывать о том, что это положение содержится в главе указанного закона, касающейся только наличного денежного обращения. Безналичные деньги в данном случае вообще не рассматриваются.

Хотелось бы отметить, что если принять предложенный аргумент об исключительно наличной форме денег, то безналичные деньги вообще не должны называться деньгами. В этом случае мог бы возникнуть вопрос о том, каким образом может вообще существовать денежное обязательство по какому-либо договору (займу, купли-продажи и т.д.), если расчет происходит в безналичной форме, путем перечисления безналичных денег, которые деньгами, по логике, в данном случае не должны являться.

Утверждение о том, что деньги являются лишь объектом обязательственных прав, может, на мой взгляд, привести к существенным затруднениям теоретического и практического характера, в том числе в судебной практике по этому вопросу.

Прежде всего, в данном случае возникает такой же вопрос, как и в отношении безналичных ценных бумаг: что понимается под деньгами, как объектом обязательственных прав?

Как было отмечено выше, под обязательственной природой денег понимаются, очевидно, обязательственные требования клиента к банку, основанные на договоре банковского счета. У банка же, в свою очередь, существует обязательство осуществлять операции по счету клиента по перечислению или зачислению средств на счет клиента. Таким образом, видимо, отношения банка и его клиента по договору банковского счета рассматриваются как денежные обязательства. (По иному трактовать взгляд на безналичные деньги как на объект только обязательственных отношений затруднительно. В частности, деньги обладают свойством неразменности и нельзя, например, говорить об обязательственных отношениях «из денег». В тех случаях, когда первая и вторая из приведенных выше точек зрения на природу денег высказываются вместе, под обязательственной природой денег может пониматься также обязательство займа банка перед клиентом. Однако, ниже автор попытается обосновать свое мнение о том, что рассмотрение отношений между банком и клиентом как отношений займа противоречит утверждению о том, что безналичные деньги не являются объектом вещного права). При этом хотелось бы еще раз обратить внимание на то, что такой подход к природе безналичных денег не дает ответа на вопрос о том, что же такое сами деньги?

Возвращаясь к «обязательственной» природе денег, можно попробовать довести изложенный выше взгляд на безналичные деньги до абсурда следующим образом:

а) у клиента к банку есть имущественное право требования по договору банковского счета.

б) законодательством предусмотрена возможность уступки требования по договору, в том числе и по договору банковского счета.

в) договор, предусматривающий денежное обязательство клиента банка перед своим контрагентом по какому-либо договору, может быть исполнен в таком случае только путем частичной уступки клиентом банка требования по своему договору с банком, заключающееся в праве распорядиться определенной суммой на счете (суммой, которая причитается его контрагенту по какому-либо договору).

г) отношения между банком плательщика и контрагентом клиента банка в этом случае должны стать договорными.

Это может привести к тому, что любое денежное обязательство будет исполняться только путем уступки требований по договору банковского счета. Это означает, что по конкретной операции, связанной со списанием средств, например, с расчетного или корреспондентского счета, на место клиента банка должен становиться контрагент этого клиента по конкретному договору, предусматривающему исполнение денежного обязательства.

Очевидно, что такая ситуация невозможна не только с юридической, но и с практической точки зрения, поскольку это означает доступ контрагента клиента банка непосредственно к счету этого клиента. То есть, в этой ситуации не клиент банка, а его контрагент, заменивший этого клиента в отношениях последнего с банком, должен передавать банку первичные платежные документы, оформленные надлежащим образом.

Если бы это было действительно так, то, по крайней мере с практической точки зрения, оставалось бы только пожалеть банки, которые были бы завалены карточками с образцами подписей и оттиском печати лиц, уполномоченных распоряжаться счетом.

Кроме того, это не совсем корректно с точки зрения регулирования уступки требования, поскольку в изложенном случае, учитывая “длящийся” характер договора банковского счета, контрагент клиента банка не полностью заменяет этого клиента в отношениях с банком, а лишь по разовой операции.

Аналогичные вопросы возникают и в случае рассмотрения обязательственной природы безналичных ценных бумаг, если последняя рассматривается в аспекте обязательственных отношений между лицом, уполномоченным по этим ценным бумагам, и лицом, обеспечивающим фиксацию и переход прав по ним.

Рассмотрение отношений между банком и клиентом как отношений займа также, на наш взгляд, не выдерживает критики.

Как отмечалось выше, рассмотрение отношений между Банком и клиентом как отношений займа, на мой взгляд, противоречит изложенному выше взгляду на “обязательственную” природу денег.

Если нет объекта вещного права, поскольку нет материального носителя, то это означает, что не может существовать и отношений займа между банком и клиентом. У банка, если следовать первому аргументу, не может возникнуть право собственности на денежные средства зачисленные на счет.

Ведь открытие счета и осуществление операций по нему изначально не связано с передачей банку наличных денежных средств, которые автором все же рассматриваются как объект вещных прав. Сумма денег на счетах клиентов в пассивных статьях баланса банка связана не только и не столько с суммой наличных денег в кассе банка, сколько с суммой денежных средств на его корреспондентском счете.

Помимо этого займ, в отличие от договора банковского счета, не предполагает исполнение возникшего обязательства должником (заемщиком) по первому требованию займодавца, если только такая возможность не будет предусмотрена в договоре, чего на практике, по крайней мере банковской, не происходит, так как, в частности, различие между срочными обязательствами и обязательствами до востребования имеет для деятельности банка достаточно большое значение.

Кроме того, если допустить, что отношения между банком и клиентом носят характер займа, то каким образом в этом случае могут возникать и исполняться, например, любые денежные обязательства между двумя лицами, например, небанками? В частности, каким образом возможно заключение договора займа, предусматривающего переход право собственности от займодавца к заемщику, если право собственности на передаваемые по договору займа средства принадлежит не займодавцу, а обслуживающему его банку.

Не менее показательным является, на мой взгляд, пример договора купли-продажи иностранной валюты, если он исполняется путем безналичного перечисления средств (как рублевых, так и валютных). Если деньги - всего лишь обязательственное отношение между банком и клиентом, значит такой договор просто невозможен, тем более, что в данном случае иностранная валюта выступает не столько как деньги, сколько как товар.

Представляется, что непризнание безналичных денег в качестве вещей подрывает природу денег, как всеобщего средства обмена товаров, как всеобщего средства обращения. В рассмотренном выше взгляде на природу безналичных денег не дается ответа на вопрос о том, что же такое деньги, поскольку значение безналичных денег сужается только до сферы отношений банк - клиент.

Таким образом, на мой взгляд, рассмотрение природы безналичных денег, так же как и ценных бумаг в качестве объекта исключительно обязательственных прав, с теоретической точки зрения является, по крайней мере, сомнительным.

3.5. Есть ли голоса в защиту «новаторства»?

Выше проанализированы отдельные публикации представителей классического направления. Возникает вопрос, а существуют ли вообще голоса в защиту вещно-правовой концепции не только безналичных ценных бумаг, но и безналичных денежных средств, поскольку в отношении последних возникает аналогичная проблема определения их правовой природы. Впервые ряд изложенных в настоящем исследовании положений концепции правовой природы безналичных ценных бумаг и безналичных денежных средств был представлен автором в статье: “Безналичные ценные бумаги - фикция или реальность?”⁷⁴ В связи с этим нельзя не отметить как отрядный факт публикацию Л.Ефимовой “Правовые проблемы безналичных денег”, в которой также предлагается вещно-правовой подход к определению правовой природы безналичных денег и безналичных ценных бумаг, по основным позициям аналогичный позиции, которой придерживается автор настоящей работы.⁷⁵ Кроме того, анализ публикаций ряда других авторов позволяет отнести их к сторонникам новаторского течения. (И.Редькин, В.Ярков “Обращение взыскания на ценные бумаги”, Рынок ценных бумаг, 1998 года № 2).

Небезынтересен также тот факт, что помимо теоретически воззрений существуют также примеры арбитражной практики, базирующиеся на вещно-правовом подходе к определению правовой природы безналичных ценных бумаг, в частности, практика рассмотрения дел, связанных с обращением казначейских обязательств. Последние являлись государственными ценными бумагами и были эмитированы в бездокументарной форме на основании договоров с уполномоченными депозитариями (п. 5 Основных условий выпуска казначейских обязательств”, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 9 августа 1994 года № 906).

Например в Постановлении Президиума Высшего арбитражного суда РФ № 3510/96 от 4 марта 1997 года рассмотрен спор между акционерным коммерческим банком “Держава” и акционерным коммерческим банком “МАПОбанк”. АКБ “Держава” обратился в Арбитражный суд г. Москвы с иском о взыскании с “МАПОбанка” убытков, возникших в связи с неправомерной передачей казначейских обязательств. В первой инстанции иск был удовлетворен. После рассмотрения дела в первой, апелляционной и кассационной инстанции был принесен протест, в котором предлагалось отменить постановление кассационной инстанции, а решение первой и постановление

⁷⁴ “Рынок ценных бумаг”, 1996 г., №№18, 19, 20.

⁷⁵ Л.Ефимова, “Правовые проблемы безналичных денег”, “Хозяйство и право”, 1997 г. №1 стр.28-39, №2 стр.39-49.

апелляционной инстанций оставить без изменения со следующей мотивировкой, в которой для нас интерес представляет именно используемая терминология.

АКБ “Держава, являясь собственником 1700 казначейских обязательств, поместил их на счет депо в АКБ “МАПОбанк”. Истец передал ответчику поручение и погашение казначейских обязательств, которое не было исполнено в связи с отсутствием казначейских обязательств на указанном счете. Казначейские обязательства АКБ “МАПОбанк” перевел на счет депо, принадлежащий ООО “Компания “Синфо”, на основании поручения на перевод, оформленного от имени АКБ “Держава”.

По факту завладения казначейскими обязательствами возбуждено уголовное дело, экспертизой по которому установлена подделка указанного поручения на перевод казначейских обязательств. АКБ “МАПОбанк” действует на основании договора с Министерством финансов российской Федерации в качестве лица, уполномоченного на осуществление операций с казначейскими обязательствами (депозитария) и согласно внутреннему регламенту за свой риск производит учет, обращение и погашение казначейских обязательств. Выбытие казначейских обязательств из владения АКБ “Держава” произошло вследствие осуществления АКБ “МАПОбанк” указанной предпринимательской деятельности, поэтому последний в силу пункта 3 статьи 401 ГК РФ должен нести ответственность за убытки собственника казначейских обязательств в полном объеме независимо от вины.⁷⁶

В постановлении Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации № 3446/97 от 18 ноября 1997 г. отмечено следующее. Акционерное общество закрытого типа “Юни Траст” обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к акционерному коммерческому банку “Токобанк” и акционерному банку развития “Промрадтехбанк” о взыскании пеней за несвоевременное исполнение обязательств по договору купли-продажи ценных бумаг. Решением первой инстанции в иске было отказано. В апелляционной и кассационной инстанциях законность и обоснованность решения не проверялись. В протесте предлагается решение отменить, исковые требования АОЗТ “Юни Траст” удовлетворить со следующей мотивировкой.

Между АКБ “Токобанк” (продавцом) и АОЗТ “Юни Траст” (покупателем) заключен договор купли-продажи ценных бумаг, согласно которому продавец продает, а покупатель обязуется оплатить и принять в собственность 500 штук казначейских обязательств Минфина России номинальной стоимостью 1 млн. рублей за 1 штуку. Согласно п. 3.1. договора продавец обязался передать покупателю ценные бумаги, перечислив их на счет депо покупателя. Оформление сделки в уполномоченном банке возложено пунктом 3.3. договора на продавца, который путем подачи передаточного поручения переоформляет ценные бумаги на счет депо покупателя в депозитарии уполномоченного банка на следующий рабочий день после подписания договора.

При нарушении срока переоформления ценных бумаг договором предусмотрена ответственность в виде пеней в размере 0,5 процента от стоимости казначейских обязательств за каждый день задержки оформления. Поручение на перевод казначейских обязательств сано продавцом в АБР “Промрадтехбанк” на следующий день после заключения договора. Однако названное поручение не было принято к исполнению АБР “Промрадтехбанк” ввиду отсутствия в нем основания для перевода казначейских обязательств со счета депо АКБ “Токобанк” на счет депо АОЗТ “Юни Траст”. Срок переоформления ценных бумаг был нарушен. В соответствии со статьей 403 ГК РФ должник отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств третьими лицами, на которых было возложено исполнение, если законом не установлено, что ответственность несет являющееся непосредственным исполнителем третье лицо. АБР “Промрадтехбанк” не состоит в договорных отношениях с АОЗТ “Юни Траст”, поэтому

⁷⁶ Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1997 г., № 6, стр. 66-67

ответственность за просрочку переоформления казначейских обязательств должен нести АКБ “Токобанк” на основании пункта 6.2. договора.⁷⁷

Кроме того, и в некоторые другие постановления Президиума ВАС РФ по отдельным делам дают основание считать, что ВАС РФ руководствуется вещно-правовым подходом к определению природы безналичных ценных бумаг. Например, в Постановлении Президиума ВАС Ф № 5646/98 от 22 декабря 1998 года при описании условий договора купли-продажи акций приводится следующая фраза: “Оставшиеся 50 процентов цены покупатель обязался уплатить в срок, не превышающий 90 дней от даты получения выписки из реестра о переоформлении акций в собственность покупателя, что соответствует условиям договора.”⁷⁸

Нельзя не отметить, что изложенная точка зрения на безналичные деньги и ценные бумаги как объекты только обязательственных отношений не находит подкрепления и в действующем гражданском законодательстве.

В соответствии со ст. 128 ГК РФ к объектам гражданских прав относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги. В проанализированных выше публикациях сторонников классического подхода делалась попытка рассмотреть безналичные ценные бумаги как имущество в широком смысле, которое включает и имущественные права. Вместе с тем мы считаем, что при буквальном прочтении указанная формулировка относит деньги и ценные бумаги (не делая какой-либо оговорки для безналичной формы) к имуществу именно в узком смысле, то есть к вещам.

В соответствии с п.1 ст. 149 ГК РФ В случаях, определенных законом или в установленном им порядке, лицо, получившее специальную лицензию, может производить фиксацию прав, закрепляемых именной или ордерной ценной бумагой, в том числе в бездокументарной форме. К такой форме фиксации прав применяются правила, установленные для ценных бумаг, если иное не вытекает из особенностей фиксации.

Очевидно, что в данном случае безналичные ценные бумаги были приравнены по юридическим последствиям к классическим наличным. Вместе с тем, к сожалению, в настоящее время делаются попытки дать иную трактовку (научное толкование) указанной статьи, в чем мы могли убедиться при анализе отдельных публикаций. Аргументы все те же - отсутствие материального носителя.

Однако, это далеко не единственный пример формально юридического признания безналичных денег или безналичных ценных бумаг объектами вещного права. Действующее законодательство, в частности вторая часть ГК РФ не проводит различий между наличными и безналичными деньгами.

Представляется, что классическим стал уже пример о договоре займа (кредита).

В соответствии со ст. 807 ГК РФ по договору займа одна сторона (займодавец) передает в собственность другой стороне (заемщику) деньги или другие вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется возвратить займодавцу такую же сумму денег (сумму займа) или равное количество других полученных им вещей того же рода и качества.

Более того, в соответствии с п.2 ст. 850 ГК РФ Права и обязанности сторон, связанные с кредитованием счета, определяются правилами о займе и кредите (глава 42), если договором банковского счета не предусмотрено иное.

⁷⁷ Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1998 г. № 3, стр. 64.

⁷⁸ Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1999 год № 3, стр. 31.

Автору приходилось принимать участие в дискуссиях по этому вопросу, приводя и указанный аргумент. С теоретической точки зрения достаточно сложно объяснить несколько разную формулировку предметов договора кредита и договора займа (которая, на мой взгляд, однако, не приводит к иному пониманию природы кредитного договора). В определении кредита, содержащегося в ст. 819 ГК РФ нет прямого указания на передачу денег в собственность.

Вместе с тем, в отношении займа и коммерческого кредита напрямую указано о передаче имущества в собственность заемщика. При этом ни при определении займа, ни при определении коммерческого кредита не указывается форма (наличная или безналичная).

Непонятно, почему при предоставлении одним юридическим лицом другому юридическому лицу займа или коммерческого кредита законодатель напрямую указал о переходе права собственности на деньги, а при определении кредита, одним из субъектов которого является банк, не стал этого делать.

Более того, законодатель противоречив в своем мнении о безналичных деньгах, если учитывать норму приведенной выше ст. 850 ГК РФ о кредитовании счета.

4. Безналичные ценные бумаги как юридическая фикция. Сравнение с безналичными денежными средствами.

4.1. Предпосылки сравнения безналичных ценных бумаг и безналичных денежных средств для определения их правовой природы

Выше мы не случайно коснулись существующих традиционных взглядов не только на природу безналичных ценных бумаг, но и денежных средств. Для настоящего исследования интерес представляет не природа денег как всеобщего эквивалента при обмене товаров, как всеобщего средства обращения, определяющая специфическое место денег среди других объектов гражданского права, а трансформация “идеала” - золота в определенные материальные, а затем и нематериальные символы. То же самое касается и ценных бумаг - соотношение “ценностей”, в качестве которых мы будем рассматривать совокупность имущественных прав, как правило, обязательственного характера, и символов, с которыми законодательное регулирование связывает определенные юридические последствия.

Именно этот аспект, несмотря на все различия в природе ценных бумаг и денежных средств, является для них объединяющим.

На определенном этапе развития общества произошла замена реального золота знаками стоимости - бумажными деньгами, металлическими монетами- материальными символами, что можно рассматривать как определенную юридическую фикцию.

Эта фикция по сути означает допущение того, что стоимость самого металла или бумаги, его вещественные свойства не имеют значение для количества денежных знаков, выраженных в бумажных или металлических деньгах. Это означает по сути, что с развитием общества всеобщим мерилom стоимости, всеобщим средством обмена стало не реальное золото, а денежные знаки, которым придавалась сила законного платежного средства, в том числе обязательного к приему в платежи по нарицательной стоимости.

Классические ценные бумаги в виде документа также возникли из потребностей гражданского оборота. Классическим примером тому является вексель. Как наличные деньги, являясь средством обращения, признавались вещами, так же и наличные ценные бумаги придали “свойство обращаемости” тем, как правило обязательственным правам, которые они удостоверяли. Любой мало-мальски знакомый с ценными бумагами человек

знает, что стоимость ценной бумаги определяется не вещественными свойствами ценной бумаги, а той совокупностью прав, которые ею удостоверены. Еще К.Маркс называл акции бумажным дубликатом действительного капитала.

Таким образом, для нас имеет существенное значение то обстоятельство, что юридическая фикция для денежных средств и ценных бумаг начала использоваться гораздо раньше, чем возник вопрос об их безналичной природе. Наличные деньги (бумажные и металлические), и ценные бумаги в форме документов возникли и продолжали существовать как определенная юридическая фикция.

4.2. Дематериализация символов денег и ценных бумаг

Безналичные деньги и ценные бумаги также появились с развитием гражданского оборота, когда обращение указанных инструментов в наличной “классической” форме уже не могло обеспечить осуществление расчетов по обязательствам участников гражданско-правовых отношений.

Более того, в настоящее время расчеты между юридическими лицами носят в основном безналичный характер. Ст. 861 ГК РФ устанавливает, что расчеты между юридическими лицами, а также расчеты с участием граждан, связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, производятся в безналичном порядке. Расчеты между этими лицами могут производиться также наличными деньгами, если иное не установлено законом.

Таким образом, практически все денежные обязательства исполняются путем движения денежных средств по счетам контрагентов, открытых в кредитных организациях.

Что касается безналичных ценных бумаг, то они существуют в очень многих странах, в том числе с классической континентальной системой права. Более подробно мы остановимся на этом ниже.

Бурному развитию рынка ценных бумаг, массовым эмиссиям таких ценных бумаг как акции или облигации, уже не отвечает классическая документарная форма, предусматривающая нахождение ценных бумаг на руках у владельцев. И поэтому исполнение обязательств по передаче ценных бумаг между участниками рынка основывается на системе отношений, связанных с открытием и ведением счетов, исключительно через посредство записей на которых происходит обращение ценных бумаг и кроме записей материального носителя может вообще не существовать..

Какой может быть природа этих счетов и записей по этим счетам? Каковы отношения между лицом, ведущим счет клиента и этим клиентом, а также какова роль этого лица в урегулировании взаимоотношений между лицами, являющимися контрагентами по сделкам, содержащим денежные обязательства или обязательства по передаче ценных бумаг?

Учитывая вышесказанное о природе “символов” - наличных денег и наличных ценных бумаг, как определенной юридической фикции, можно высказать следующее утверждение.

Признание наличных денег (бумажных и металлических) и наличных ценных бумаг объектом вещных прав породило юридическую фикцию. Сейчас настало время признать другую фикцию, отвечающую современным потребностям гражданского оборота.

Иными словами, и наличные деньги (бумажные и металлические) и наличные ценные бумаги (документы) как материальные носители по сути своей являются символами, которые могут быть заменены на другие символы без изменения природы

самого объекта - денег и ценных бумаг, а также без изменения их регулирования как объектов вещных прав.

Главной задачей, которую необходимо было решить при разработке теоретических подходов к определению правовой природы безналичных ценных бумаг - сохранение двойственности их природы путем выработки понятия : “способ фиксации прав на ценную бумагу”, который мог быть по своим правовым последствиям приравняться к ценной бумаге - документу.

Потеря материального носителя, самого по себе являющегося фикцией, не должна приводить к исчезновению целого института, например, института ценных бумаг. Категорию счета и записи по счету уже давно стоило бы рассматривать как признанный законодательно “заменитель” “устаревших фикций” - бумажных денег и классических ценных бумаг в виде документов.

Однако, важно законодательно зафиксировать и определить условия, при которых отсутствие материального носителя может быть заменено иным способом фиксации свойств, заложенных в деньги и ценных бумаги, который юридически приравнен к материальному носителю со всеми вытекающими последствиями. Таким способом фиксации в современных условиях является запись по соответствующему счету, ведущемуся уполномоченным лицом.

4.3. Счет как учетная и юридическая категория. Запись по счету как замена материального носителя

4.3.1. Счет как учетная и юридическая категория

Рассмотренная выше природа безналичных денег и безналичных ценных бумаг, природа договоров банковского счета и депозитарного договора позволяет сделать вывод о существовании нескольких аспектов понятия “счет”.

Любой счет бухгалтерского учета, как балансовый, так и внебалансовый представляет собой учетную категорию. Ведение бухгалтерского учета регулируется специальными правилами. По своей природе отношения, связанные с обязанностью юридических лиц вести бухгалтерский учет осуществляемых ими операций, являются административными, основанными на властном подчинении.

Развитие гражданского оборота, использование современных технологий привело к возникновению таких понятий как “банковский счет” и “счет депо” в качестве не просто, учетных но и юридических категорий, имеющих самостоятельное значение и самостоятельное правовое регулирование.

При этом возникновение таких категорий привело к распространению на них действия норм гражданского законодательства.

Изложенные в настоящем исследовании проблемы порождают необходимость четкого определения счета как учетной категории и учетных записей по ним, являющихся заменой материальных символов денег и ценных бумаг. В данном случае важно избежать необоснованного приравнивания записей по счетам бухгалтерского учета к объектам вещных прав.

4.3.2. Критерии счета как юридической категории

Представляется, что могут быть выделены следующие критерии, позволяющие рассматривать какой -либо счет как юридическую категорию, а записи по ним - как аналог материальных объектов.

А) Счет как юридическая категория возможен только для тех видов имущества, материальные носители которых сами по себе представляют юридическую фикцию. Счет в этом случае полностью заменяет материальный носитель. Представляется, что практически это относится только к денежным средствам и ценным бумагам.

Представляется, что счет как юридическая категория, как заменитель материального носителя не может существовать для объектов гражданского права, обладающих товарными свойствами (например, реальные золотые слитки). В настоящее время предпринимаются попытки развить торговлю золотыми слитками по так называемым металлическим счетам, которые на мой взгляд, не могут и не должны заменять реальное золото.

Б) Счет должен быть предназначен непосредственно для учета денежных средств или ценных бумаг.

Например, все балансовые счета представляют собой отражение в стоимостной форме всех обязательств и прав юридического лица, отражение стоимостной оценки принадлежащего ему имущества. Только часть этих счетов (балансовых и забалансовых) непосредственно предназначены для учета денег или ценных бумаг.

В) Счет должен быть открыт у другого лица на основании договора банковского счета или депозитарного счета. Только запись на счете, ведущимся этим лицом, а не в собственном балансе или забалансовом учете может приравниваться к деньгам или ценным бумагам.

На наш взгляд, учет денежных средств или ценных бумаг на счете внутри баланса какого-либо лица или в его забалансовом учете практически во всех случаях возможен только при наличии счета этого лица (для учета денег или ценных бумаг) соответственно в балансе или в забалансовом учете другого лица, у которого открыт соответствующий счет данного лица.

Из этого правила есть одно исключение, предполагающее ведение учета без открытия соответствующего счета у другого лица. Представляется, что это связано с “конечностью” общей денежной массы в стране (или конечным количеством ценных бумаг данного выпуска) и с наличием лица, у которого сосредоточен общий учет (лица, которое в обороте воплощает источник денег или, для ценных бумаг, - обслуживает их эмитента).

Таким лицом в денежной системе выступает Банк России, как единственный эмиссионный орган. Поскольку денежная система является единой, речь идет о масштабах всей страны.

От него и с его участием в конечном итоге строятся все цепочки учета денежных средств. Например, в России наиболее развита двухуровневая система учета денежных средств: Банк России ведет счета кредитных организаций, кредитные организации ведут счета других лиц (хотя возможны и прямые взаимные корреспондентские отношения между банками). При этом считается, что два последних звена в цепочке учитывают свои денежные средства у другого лица (небанковское юридическое лицо или физическое лицо (или кредитные организации - при прямых корреспондентских отношениях) - в кредитных организациях, кредитные организации - в Банке России.)

Практически то же, но в локальных масштабах, происходит и на рынке ценных бумаг. Аналогом Центрального банка является организация - головной учетный институт, функции которого будут рассмотрены в следующей главе.

Наличие лица, у которого необходимо открыть счет, предполагает договорный характер отношений. Совмещение в одном лице функций и банка (депозитария) и депонента счета по общему правилу приводит к прекращению обязательства.

Иными словами, у самого себя вести счет как юридическую категорию нельзя. Единственным исключением является в денежной системе - Банк России, на рынке ценных бумаг - Головной депозитарий. Это исключение неизбежно, поскольку именно эти лица являются конечным пунктом в цепочке прохождения денежных средств и ценных бумаг. Для ценных бумаг эта проблема может быть решена путем установления запрета Головному депозитарию приобретать ценные бумаги, по которым он осуществляет фиксацию прав.

Г) Лицо, ведущее денежный счет или счет депо должно быть уполномочено на это соответствующей лицензией, а в определенных случаях и договором.

И ведение денежных счетов и счетов по учету ценных бумаг требует в соответствии с законодательством специального полномочия - лицензии. Для денежных счетов это требование установлено в банковском законодательстве. Для счетов депо такое требование установлено в Федеральном законе "О рынке ценных бумаг", а также вытекает из ст. 149 ГК РФ.

Только записи по счетам, ведущимся уполномоченными организациями - банками или депозитариями, по юридическим последствиям могут быть приравнены, соответственно к деньгам или ценным бумагам.

Д) Счет может быть открыт только юридическому титульному владельцу, в категорию которых, как было рассмотрено в настоящем исследовании, попадают собственники, обладатели иных вещных прав (например, праве хозяйственного ведения и оперативного управления), залогодержатели и доверительные управляющие. Этот критерий является, пожалуй самым существенным для установления границ признания иного, чем документ, способа фиксации прав на ценные бумаги в качестве объекта вещного права.

Остальные категории лиц, у которых ценные бумаги могут оказаться по различным основаниям (комиссионеры, поверенные, хранители, депозитарии) к числу лиц, обладающих правами "на" ценные бумаги не относятся.

4.3.3. Примеры счетов как юридической и учетной категорий.

В отношении денежных средств примером счетов как юридической категории являются корреспондентские, расчетные, текущие и другие банковские счета, открываемые на основании договора банковского счета. К этим счетам клиент банка имеет непосредственный доступ, операции по ним непосредственно влекут исполнение денежных обязательств клиента перед третьими лицами и могут рассматриваться как юридические действия банка, обеспечивающие переход прав на деньги к его клиенту.

Примером денежных счетов как учетной категории является балансовый счет для учета обязательств по брокерским договорам.

Для осуществления, например, кредитной организацией, действующей в качестве брокера, каких-либо операций для клиента, последний может перечислить кредитной организации необходимые для этого денежные средства.

Эти средства, так же как и средства, привлеченные по счетам и вкладам на основании договоров банковского счета или вклада, отражаются на корреспондентском счете кредитной организации как в ее балансе, так и в балансе кредитной организации (а чаще всего Банка России), которая ведет его корреспондентский счет (для небанковских организаций, для которых существует иной план счетов бухгалтерского учета, учет клиентских средств осуществляется на аналогичных счетах). Брокерской операцией (комиссией или поручением) не охватывается открытие и ведение каких-либо денежных счетов клиентов. Исполнив для клиента сделку, брокер обязан передать ему полученное

по сделке. Если речь идет о передаче денежных средств, то они, как правило перечисляются на расчетный счет клиента с корреспондентского или расчетного счета брокера (в зависимости от того, является ли брокер банковской или небанковской организацией). Если брокер одновременно выполняет для клиента функцию обслуживающего банка, ведущего его расчетный счет, то такое перечисление осуществляется внутри баланса банка.

Указанный или аналогичный ему счет является внутрибалансовым счетом организации-брокера, к которому его клиенты не имеют доступа и не могут давать поручений непосредственно к этому счету.

4.3.4. Проблема определения круга лиц, которым может быть открыт счет для учета прав на ценные бумаги.

В связи с этим необходимо упомянуть о достаточно серьезной теоретической проблеме, имеющей большое значение и для практической жизни. Речь идет о проблеме легитимации брокеров -комиссионеров, приобретающих (отчуждающих) ценные бумаги за счет клиента, но вступающие в гражданский оборот от своего имени. Целью настоящего исследования не является специальное рассмотрение вопроса о причинах и целесообразности появления института комиссии в гражданском праве. Для нас существенным является то, что наличие подобной конструкции создает определенные правовые коллизии при обороте ценных бумаг, а также некоторых других видов имущества в связи с установленной процедурой закрепления и определения соответствующего титула на это имущество.

Договор комиссии предполагает, что комиссионер вступает в гражданские отношения с третьими лицами за счет комитента но от своего имени. Этот договор не предполагает по общему правилу выявления комитента. В отличие от договоров поручения, договор комиссии предполагает, что по заключенным комиссионером сделкам, например, с ценными бумагами, последний приобретает по этим сделкам все права и обязанности. Однако, в силу ст. ГК РФ, имущество, приобретенное комиссионером является собственностью комитента заключенным поверенным

Коллизии возникают на этапе исполнения заключенных комиссионером сделок, поскольку, как отмечено выше, в силу определенных требований к переходу прав на отдельные виды имущества, ярким примером которых могут служить ценные бумаги, а также недвижимость, владельцы этих видов имущества легитимируются определенным образом. Если этого не будет сделано, невозможно подтвердить наличие соответствующего титула у данного лица. Таким образом, комиссионер, заключая сделки, например, с ценными бумагами, от своего имени, но за счет комитента, должен на этапе исполнения сделки выявить последнего в качестве лица, к которому перейдет соответствующий титул на ценные бумаги. Если в качестве такого лица он укажет себя, формально-юридически титул перейдет к нему. Комитенту останется лишь требовать защиты своих прав путем предъявления иска о ненадлежащем исполнении договора комиссии. Именно поэтому на рынке ценных бумаг наибольшую опасность представляли и представляют недобросовестные брокеры, зачисляющие ценные бумаги, приобретенные как бы за счет комитента, на свой счет депо. Такая же проблема существует и для именных документарных ценных бумаг, в которых требуется указывать имя владельца. Если в сертификате будет указано имя комиссионера, для гражданского оборота он будет являться титульным владельцем ценной бумаги. При этом представляется, что наличие заключенного договора комиссии не может служить основанием для того, чтобы считать ценные бумаги, например, зачисленные на счет депо брокера, собственностью комитента, поскольку факт наличия договора еще не свидетельствует о его исполнении. И, кроме того, наличие договора в данном случае, вступает в конфликт с оформленным титулом на ценные бумаги, из которого следует, что титульным владельцем является брокер.

Представляется, что в данном случае могут быть выдвинуты возражения, что эта же проблема существует при обращении всех движимых вещей, например, при обороте предъявительских ценных бумаг. Получая ценную бумагу, комиссионер для оборота будет являться титульным владельцем ценной бумаги, поскольку последний определяется, как было рассмотрено выше, также как и по другим видам движимого имущества, по факту обладания. Вместе с тем, наличие договора комиссии в этом случае не вступает в противоречие со специальными нормами, регулирующими переход прав на ценные бумаги, и может быть признано достаточным для определения и подтверждения соответствующего титула на ценные бумаги не у комиссионера, а у комитента при условии добросовестности комиссионера, тогда как в первом случае явная индивидуализация управомоченного субъекта не дает оснований для рассмотрения соответствующих ценных бумаг, оформленных на его имя, в качестве принадлежащих другому лицу (комитенту). Вместе с тем, в последнем случае недобросовестность брокера может привести к отчуждению этих предъявительских ценных бумаг третьему лицу, которое может быть признано их добросовестным приобретателем, поскольку в момент приобретения по формальным признакам брокер мог рассматриваться им в качестве титульного владельца. Следствием этого будет незащищенность комитента в связи с защитой добросовестного приобретателя предъявительских ценных бумаг от виндикации.

Интересно, что используемый в ФЗ «О рынке ценных бумаг» термин «права на ценную бумагу» зачастую критикуют и требуют пояснений, касающихся значений этого термина. Вместе с тем этот термин лишь означает, что запись по счету (депо или лицевому счету в системе ведения реестра) легитимирует депонента в качестве титульного владельца, обладающего каким-либо из прав, имеющих вещный характер (право собственности, иное вещное право, право залога, право доверительного управления), то есть прав «на вещь».

Представляется необходимым отметить, что из изложенного выше концептуального подхода о возможности открытия счета для фиксации прав на ценные бумаги только юридическим титульным владельцам, может быть сделано одно исключение, которое лежит за рамками нормальных гражданских отношений и связано с осуществлением государством функций государственного принуждения для защиты гражданских прав. Речь таким образом может идти о возможности фиксации прав на ценные бумаги на счете судебного пристава - исполнителя. Проблема обременений ценных бумаг арестом и возможная последующая реализация ценных бумаг, которая будет рассматриваться в четвертой главе настоящей работы, может всерьез потребовать обсуждения проблемы открытия счета судебному приставу - исполнителю. В настоящее время эта проблема только начинает обсуждаться среди практикующих депозитариев и может потребовать не только теоретического, но и технологического описания. Вместе с тем, поскольку фиксация обременений может и должна осуществляться на счетах титульных владельцев, в настоящей работе мы оставим в стороне дальнейшее рассмотрение вопроса о возможности открытия счета для фиксации прав на ценные бумаги судебным приставам.

4.4. Запись по счету как способ фиксации прав на ценные бумаги

В зависимости от выбранной эмитентом формы выпуска определяется способ фиксации прав на ценные бумаги. Перечень способов фиксации прав на ценные бумаги исчерпывающий: сертификат ценной бумаги, запись по счету депо титульного владельца в депозитарии, запись по лицевому счету титульного владельца у реестродержателя. Подробнее соотношение между указанными способами фиксации прав на ценные бумаги будет рассмотрено в следующей главе.

Записи по указанным счетам обеспечивают в соответствии со статьей 29 ФЗ «О рынке ценных бумаг» переход прав на ценные бумаги и реализацию прав из ценных

бумаг. По существу наличие записи на соответствующем счете является необходимым условием существования безналичной ценной бумаги. Записи по счетам заменяю собой ценную бумагу как документ. Поскольку физическая передача ценных бумаг в данном случае невозможна, именно совершение записей по соответствующим счетам приравнивается к передаче ценных бумаг. Именно записи по счету легитимируют владельца ценных бумаг в качестве такового и обладают свойством публичной достоверности.

Запись по счету, тем не менее, представляет собой не описание всех реквизиторов ценных бумаги и, таким образом, удостоверенных ею пра, но содержит данные о ценной бумаге, позволяющие определить форму учета прав на ценные бумаги (например, открытую или закрытую), а также позволяющие определить объем удостоверенных ею прав (который формально закрепляется, в зависимости от формы выпуска, решением о выпуске или сертификатом, однако данные по счету позволяют однозначно определить такой объем прав.

Поскольку в случае учета прав на ценные бумаги по счету (депо или лицевому счету в системе ведения реестра) материального носителя может не быть вовсе или он является обездвиженным (иммобилизованным) и не имеет значения в качестве способа фиксации прав на ценные бумаги, именно к записям по счетам необходимо применять определенные юридически понятия, обычно связываемые с материальными объектами. Одним из основных является владение которое в классической теории применяется именно к материальным объектам.

В связи с этим для безналичных ценных бумаг юридические последствия, связанные с владением физическим сертификатом заменены юридическими последствиями, происходящими из записей по счету. Таким образом факт наличия записи по счету заменяет собой владение материальным объектом. При этом такой подход, помимо всего прочего, критикуется также за то, что в данном случае “господство” лица над вещью условно не только в смысле отсутствия материального объекта (а именно для этого мы применяем юридическую фикцию), но и с той точки зрения, что доступ к ценным бумагам осуществляется в данном случае через посредство третьего лица - реестродержателя или депозитария.

Вместе с тем выше при рассмотрении вопросов владения в классической теории гражданского права мы уже упоминали о так называемом посредственном владении, известном еще римскому праву и связанном с фактическим нахождением вещи у третьего лица (например, хранителя). Такие третьи лица рассматривались в качестве простых держателей, а собственники или иные юридические владельцы продолжали считаться таковыми, будучи при этом посредственными владельцами вещи, хотя в этих случаях, также например, возможность осуществления юридического господства над вещью в определенной степени зависела от добросовестности держателя.

В системе безналичных ценных бумаг реестродержатели и депозитарии, функции и роль которых будут описаны в следующей главе, выступают именно в качестве держателей безналичных ценных бумаг, обеспечивая юридическим титульным владельцам юридическое господство над вещью.

Для безналичных ценных бумаг должен быть также сформулирован один очень важный принцип, который может быть сформулирован следующим образом: В один и тот же момент времени права на ценную бумагу могут быть удостоверены единственным способом фиксации, по своей юридической силе приравняемым к ценной бумаге.

Таким образом, определяя границы существования безналичных ценных бумаг помимо критериев, позволяющих определить счет как юридическую категорию, необходимо также обеспечить учет прав на ценные бумаги таким образом, чтобы в любой момент времени ценная бумага могла бы быть зафиксирована только одним способом (записью по лицевому счету только у одного реестродержателя и только по одному

лицевому счету, либо записью по счету депо титульного владельца только в одном депозитарии и только по одному счету депо либо сертификатом ценной бумаги.

Несмотря на во многом справедливую критику положений ФЗ “О рынке ценных бумаг”, представляется, что нормы о форме удостоверения прав на ценные бумаги, о порядке перехода прав на ценные бумаги и условиях реализации прав, закрепленных ценными бумагами могут являться базой для дальнейшего совершенствования законодательства о ценных бумагах. Одним из главных недостатков положений этого закона является отсутствие прямого указания на возможность учета прав на ценные бумаги только на счете титульного владельца и, с другой стороны, на необходимость учета ценной бумаги на счете титульного владельца. На практике это приводит к рассмотренным выше проблемам открытия счетов на имя брокеров либо к тому, что ценная бумага “оседает” на счете номинального держателя в системе ведения реестра. Вместе с тем номинальный держатель в соответствии со ст. 8 ФЗ «О рынке ценных бумаг» владельцем ценных бумаг не является. Поэтому открытие в системе ведения реестра на его имя лицевого счета в режиме «счет номинального держателя» требует учета прав на счете владельца в каком-либо другом месте с целью определения принадлежности ценных бумаг другому лицу. Это необходимо потому, что, как отмечалось именно записи по счету легитимируют лицо перед другими участниками гражданского оборота в качестве владельца ценной бумаги

При анализе публикаций сторонников классического подхода мы уже упоминали о том, что к ценной бумаге приравниваются не отчетные документы регистраторов и депозитариев, а непосредственно записи. В данном случае стоит повториться и еще раз отметить, что любые распечатки данных, в том числе отчетные документы регистратора и депозитария, касающиеся состояния соответствующего счета клиента и/или проведенных по нему операций вторичны с точки зрения того, что они лишь отражают соответствующее состояние на счете и подтверждают его. Они подтверждают существование права, но сами по себе не являются основанием возникновения, перехода или прекращения права на ценные бумаги, а дают лишь возможность удостовериться, что была произведена соответствующая запись, повлекшая возникновение, переход или прекращение права на ценную бумагу. Распечатки данных, в том числе отчетные документы регистраторов и депозитариев не попадают в гражданский оборот в виде объектов гражданского права и не являются ценными бумагами.

4.5. Счета лиц, обслуживающих счета владельцев ценных бумаг

Изложенное выше относительно определения счетов в качестве юридической категории, а записей по ним в качестве способов фиксации прав на ценные бумаги, приравняемые по своим юридическим последствиям к ценным бумагам оставляет в определенной степени открытым вопрос о природе таких счетов как междепозитарные счета и счета номинального держателя. В следующей главе мы рассмотрим, каким образом встраиваются эти счета в Учетную систему. В данном случае необходимо лишь отметить, что, исходя из изложенного выше принципа: “в любой момент времени на одну ценную бумагу может существовать один способ фиксации прав и в одном месте”, записи по таким счетам не имеют тех юридических последствий, которые были выше определены для записей по счетам владельцев ценных бумаг, однако, эти записи являются необходимым условием осуществления записей по счетам владельцев и служат промежуточным этапом при осуществлении операций, связанных с зачислением или списанием ценных бумаг по счетам при двух и более уровневой системе учета.

4.6. О некоторых принципиальных вопросах депозитарного учета неэмиссионных ценных бумаг.

Общие проблемы депозитарного учета неэмиссионных ценных бумаг.

Принятие ФЗ “О рынке ценных бумаг”, легально закрепившего возможность отнесения безналичных ценных бумаг к объектам права собственности и других вещных прав, а также существующая практика наложения ареста и обращения взыскания на безналичные ценные бумаги привели к тому, что в последнее время теоретические споры относительно правовой природы безналичных ценных бумаг в целом поутихли. Вместе с тем дискуссии по глобальному вопросу: «быть или не быть» безналичным ценным бумагам несколько в стороне оставили обсуждение более детальных, но не менее важных вопросов, в том числе вопроса о категориях и видах ценных бумаг, учет прав на которые может осуществляться в виде записей по счетам депо в депозитарии.

В частности, проблема депозитарного учета неэмиссионных ценных бумаг, к числу которых относятся векселя, чеки, депозитные и сберегательные сертификаты, закладные и некоторые другие виды ценных бумаг либо упоминалась вскользь при обсуждении общей проблемы определения правовой природы безналичных ценных бумаг, либо касалась отдельных видов ценных бумаг. В частности, отмечалось, что проблема безналичных или, по терминологии ст. 149 ГК РФ, “бездокументарных” ценных бумаг “не касается...обычно и таких ценных бумаг, как векселя, чеки, депозитные и сберегательные сертификаты, коносаменты, варранты, закладные, даже если они являются именованными. Речь идет практически исключительно об акциях и облигациях, которые в силу своего строго именованного характера допускают “бзбумажную форму” закрепления удостоверяемых ими прав. Пункт 1 ст. 149 ГК разрешает такой способ фиксации прав, обычно удостоверяемых ценной бумагой, только в случаях, прямо предусмотренных законом, а не подзаконным актом.”⁷⁹ Применительно к отдельным видам ценных бумаг наиболее острые дискуссии вызвала проблема так называемых бездокументарных векселей. Интересно, что концепция бездокументарных векселей нашла отражение не только в литературе, но и в подзаконных нормативных актах. В частности, до сих пор не отменено Положение об обращении бездокументарных простых векселей на основе учета прав их держателей, утвержденное Постановлением ФКЦБ России от 21 марта 1996 года № 5, хотя оно очевидно противоречит ФЗ “О переводном и простом векселе” от 11.03.97 г. № 48-ФЗ, поскольку не предусматривает выдачу векселей на бумажном носителе.

Означает ли изложенное выше только отрицательный ответ на вопрос о возможности депозитарного учета неэмиссионных ценных бумаг? Представляется, что это далеко не так однозначно, как может показаться на первый взгляд.

Необходимо иметь в виду, что приведенная выше теоретическая позиция относительно возможности депозитарного учета только акций и облигаций основана на достаточно упрощенном представлении относительно существующих моделей депозитарного учета. Термин “бездокументарные ценные бумаги”, содержащийся в ст. 149 ГК РФ нельзя признать удачным, хотя для 1993-1994 годов, когда шла разработка ГК РФ, это был безусловный прогресс. По существу с позиций указанной статьи любая ценная бумага, способ фиксации прав на которую отличен от документа (сертификата) рассматривается как бездокументарная. Вместе с тем учет прав на ценные бумаги в депозитарии не означает, что ценной бумаги не существует в материальной форме. В устоявшейся терминологии, основывающейся на рекомендациях Группы 30⁸⁰ (неправительственной группы экспертов по вопросам международной финансовой системы), подготовленных еще в конце 80-х годов, применительно к документарным ценным бумагам в депозитарии происходит их обездвиживание (иммобилизация) (в дальнейшем может происходить

⁷⁹ ?????????? ????? ?????? ?????????????? ??????? ??????????? ?????????? ??? ??????????????????, ??????, ???.
?????????: ?? ?????????? ? ??., ??? ????? «????????? ??????????», 1995 ?., ??? 187

⁸⁰ подробнее об этом – см главу 6 (прим. Авт.)

и полная дематериализация таких ценных бумаг, однако в настоящей статье на этой проблеме не предполагается специально останавливаться).

Например, в отношении эмиссионных ценных бумаг идеология ФЗ “О рынке ценных бумаг” основана на том, что существуют две формы выпуска – документарная и бездокументарная. Ценные бумаги документарной формы выпуска именуется документарными ценными бумагами, а ценные бумаги бездокументарной формы выпуска – бездокументарными (ст. 16 ФЗ “О рынке ценных бумаг”). Вместе с тем не только бездокументарные, но и, по терминологии ФЗ “О рынке ценных бумаг” документарные ценные бумаги могут помещаться в депозитарий. В результате этой операции происходит изменение способа фиксации прав на ценные бумаги – документ (сертификат) как способ фиксации прав на ценную бумагу заменяется записью по счету депо.

Неэмиссионные ценные бумаги, процесс выпуска (выдачи) которых не регулируется указанным Федеральным законом, и при отсутствии специального законодательного регулирования, безусловно, должны рассматриваться как ценные бумаги, которые должны иметь материальный (бумажный) носитель (вопрос о замене бумажного носителя ценной бумаги электронным документом, снабженным электронно-цифровой подписью, рассматриваемой как аналог собственноручной подписи, не является актуальным для рассматриваемых нами проблем, поскольку в записи по счетам депо не являются воспроизведением бумажного носителя (сертификата) ценной бумаги со всеми реквизитами последней). Однако это также не означает, что невозможен депозитарный учет этих ценных бумаг

В соответствии со ст. 149 ГК РФ в случаях, определенных законом или в установленном им порядке лицо, получившее специальную лицензию, может производить фиксацию прав, закрепляемых именной или ордерной ценной бумагой в том числе в бездокументарной форме. Права, удостоверяемые путем указанной фиксации, порядок официальной фиксации прав и правообладателей, порядок документарного подтверждения записей и порядок свершения операций с бездокументарными ценными бумагами определяются законом или в установленном им порядке. ФЗ “О рынке ценных бумаг”. Представляется, что это означает, что ГК РФ признает легитимным регулирование этих вопросов подзаконными нормативными актами, принятыми в соответствии с законом. В частности, п.3 ст. 42 ФЗ “О рынке ценных бумаг” разработка и утверждение единых требований к правилам осуществления профессиональной деятельности с ценными бумагами отнесены к компетенции ФКЦБ России.

Сфера регулирования ФЗ “О рынке ценных бумаг” (ст.1), а также формулировки статей, регламентирующих профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг, в которых употреблен термин “ценные бумаги”, а не “эмиссионные ценные бумаги”, позволяют сделать вывод о том, что определена таким образом, что профессиональная деятельность распространяется на сделки с любыми ценными бумагами. Эта позиция подтверждается также принятым ФКЦБ России в развитие норм ФЗ “О рынке ценных бумаг” и действующим в настоящее время Положением “О депозитарной деятельности в Российской Федерации” от 16.10.97 г. № 36. В п. 2.2. установлено, что Положение регулирует депозитарную деятельность по всем видам ценных бумаг: как эмиссионным, так и неэмиссионным, выпущенным в любой форме: как документарной, так и бездокументарной. В соответствии с п. 2.10. указанного Положения объектами депозитарной деятельности могут быть неэмиссионные ценные бумаги, выпущенные с соблюдением установленной законодательством формы и порядка.

Проблемы организации депозитарного учета векселей.

В настоящей работе проблему депозитарного учета неэмиссионных ценных бумаг предлагается по ряду причин рассмотреть на примере векселей. К числу этих причин могут быть отнесены следующие:

- практическая актуализация проблемы создания рынка коммерческих ценных бумаг в России и потребность финансового рынка в векселях как разновидности коммерческой ценной бумаги

- специфика вексельного законодательства, основанного на нормах международных договоров, необходимость соблюдения которых важно учитывать при организации депозитарного учета.

Изложенные ниже принципы депозитарного учета векселей и проблемы, с этим связанные, очевидно, нельзя считать универсальными для всех неэмиссионных ценных бумаг, однако, именно для векселей, на наш взгляд, внесение в законодательство о ценных бумагах изменений, касающихся депозитарного учета неэмиссионных ценных бумаг, не является критичным.

При рассмотрении вопроса о возможности депозитарного учета векселей необходимо, в частности, понять, исключает ли наличие норм вексельного законодательства возможность применения национального гражданского законодательства по определенным вопросам обращения векселей.

Хотя вексельное обращение регулируется нормами национального гражданского законодательства, последние основаны на нормах Единообразного вексельного закона, установленного Женевскими вексельными конвенциями 1930 г. В гражданском законодательстве однозначно решен вопрос о приоритете норм международных договоров Российской Федерации над нормами национального законодательства (например, п. 2 ст. 7 ГК РФ, закрепляющий указанный общий принцип, а также ст. 815 ГК РФ, конкретизирующая этот принцип для векселей).

Однако, из этого не следует невозможность применения к определенным отношениям, связанным с вексельным обращением, норм национального гражданского законодательства при соблюдении норм международных договоров. Это означает лишь, что применение норм национального законодательства не должно приводить к нарушению норм международных договоров. Изложенная позиция о возможности применения к обращению векселей норм национального гражданского законодательства подтверждается и практикой Высшего арбитражного суда РФ по отдельным делам, связанным с обращением векселей, в том числе залогом векселей (например, п. 8 Информационного письма Президиума ВАС от 25.07.97 г. № 18 «Обзор практики разрешения споров, связанных с использованием векселей в хозяйственном обороте»).

В связи с этим важно определить, возможно ли при организованном обращении векселей, предполагающем, в частности, нахождение векселей в депозитарии, соблюсти нормы вексельного законодательства. Представляется, что на этот вопрос может быть дан положительный ответ. В обоснование этого может быть рассмотрен целый ряд обстоятельств.

А) Соотношение сфер регулирования международного вексельного и национального законодательства в вопросах обращения векселей.

Вексельное законодательство регламентирует вопросы формы и реквизитов векселя, выдачи векселя, платежа по векселю и ряд других вопросов, касающихся отношений должник-кредитор. По существу переход права собственности (иного вещного права) на вексель в процессе его обращения вексельным законодательством специально не регламентируется. Регламентируется передача прав, удостоверенных векселем.

Однако, в силу природы ценной бумаги, предполагающей неразрывную связь документа и выраженного в нем права и проистекающего из этого постулата классического принципа: “право из документа следует за правом на документ”, правильность совершения передаточных надписей определяет возможность рассмотрения лица, владеющего документом, во-первых, в качестве собственника (обладателя иного вещного права), а во вторых, в качестве лица, имеющего право на осуществление прав, удостоверенных векселем.

Таким образом, именно этот последний аспект регулируется вексельным законодательством, но соблюдение требований передачи прав, удостоверенных векселем, необходимо для обеспечения возможности надлежащего перехода прав на вексель.

Вместе с тем проблема депозитарного учета векселей сопряжена с нахождением вещей, в данном случае векселей у третьих лиц и переходом права собственности на векселя через посредство третьих лиц. Вексельное законодательство не ограничивает права собственника векселя, предоставляемые ему национальным общегражданским законодательством, передать на время векселя по какому-либо основанию третьему лицу и обеспечить с помощью этого третьего лица передачу векселя новому собственнику векселя. В рассматриваемых нами случаях в качестве такого третьего лица предлагается рассматривать депозитарий.

Б). Нормы российского законодательства, применимые к депозитарному учету векселей.

Выше мы уже упоминали о нормативной базе, создающей правовую основу для депозитарного учета неэмиссионных ценных бумаг, к числу которых относятся и векселя.

Возникает вопрос, почему необходимо вести речь именно о депозитарном учете векселей и нельзя ограничиться простым хранением. Представляется, что ответ на этот вопрос напрямую не связан со спецификой векселей и в целом касается появления в общемировом масштабе депозитарных технологий, пришедших на смену простому хранению :

- при хранении не происходит изменения способа фиксации прав на ценные бумаги на период нахождения ценной бумаги у хранителя. Поэтому ведение учетных забалансовых записей хранителем по своим юридическим последствиям не может обеспечить переход прав от владельца к владельцу, поскольку забалансовые записи в данном случае не влекут правовых последствий в виде перехода прав на ценные бумаги к другому лицу.

- нормы гражданского законодательства о договорах хранения не предусматривают возможности менять состав вещей на хранении (в том числе при хранении с обезличением), поскольку суть хранения заключается в обеспечении хранителем сохранности вещей (тех же самых – при хранении индивидуально-определенных вещей, либо вещей того же рода и качества – при хранении вещей с обезличением (п. 1 ст. 856, ст.ст. 890, 891, 900 ГК РФ). В связи с этим, например, изменение количества вещей, находящихся по договору хранения у хранителя, возможно по общим нормам гражданского законодательства путем внесения изменений в договор в каждом конкретном случае.

Именно изменение способа фиксации прав на ценные бумаги, происходящее при передаче вещей на хранение и учет в депозитарий, позволяет решить проблему фиксации перехода прав на ценные бумаги от одного лица к другому без передачи самих ценных бумаг. Остается ответить на вопрос, является ли изменение способа фиксации прав на ценные бумаги нарушением вексельного законодательства.

Представляется, что изменение способа фиксации прав на ценные бумаги при помещении векселей на хранение и учет в депозитарий не приводит к нарушению вексельного законодательства по следующим обстоятельствам:

- помещение документарной ценной бумаги на депозитарное хранение и учет не приводит к исчезновению документа, являвшегося способом фиксации прав на вексель до передачи его в депозитарий. Происходит лишь временное, на период нахождения в депозитарии обездвиживание ценной бумаги как документа. В любое время владелец векселя может потребовать выдачи его в виде документа, содержащего необходимые передаточные надписи, позволяющие квалифицировать данное лицо в качестве законного векселедержателя.

В период нахождения векселя в депозитарии, то есть в период когда вексель, как документ, обездвижен, права по векселю не осуществляются. Для осуществления прав по векселю (платежа по векселю (в том числе процентов в предусмотренных случаях) с точки зрения необходимости соблюдения формальных процедур вексельного законодательства вексель необходимо физически забрать из депозитария и предъявить к платежу. Это может сделать как сам владелец векселя – законный векселедержатель, так и уполномоченное им лицо, в качестве которого может

выступать и сам депозитарий. Таким образом, на период нахождения векселя в депозитарии, отношения, регулируемые вексельным законодательством: должник – кредитор, практически не затрагиваются. Главная задача депозитариев – обеспечить по требованию депонента счета депо владельца, на котором учитываются векселя, выдачу векселей в “физической” форме, содержащей все необходимые передаточные надписи. С позиций вексельного законодательства следует иметь в виду, что выдача векселей в “физической” форме не может быть ограничена, в том числе условиями депозитарного договора.

Интересно, что помимо специальных нормативных актов - ФЗ “О рынке ценных бумаг” и Положения о депозитарной деятельности в Российской Федерации, устанавливающих правила осуществления депозитарной деятельности, с позиций буквального толкования ст. 149 ГК РФ “Бездокументарные ценные бумаги” возможно допустить ее применение и к векселям, как ордernым ценным бумагам (даже имеющим бланковый индоссамент), поскольку в указанной статье возможность фиксации прав лицом, имеющим специальную лицензию (то есть депозитарием) установлена в отношении ордernых ценных бумаг. Следует повториться, что изложенное не означает возможности появления бездокументарных векселей, вообще не имеющих такого способа фиксации, как документ. Это противоречило бы вексельному законодательству.

В) Юридикo-технологические принципы организации депозитарного учета векселей.

Проблема организации депозитарного учета векселей становится весьма актуальной, если рассматривать вексель как инструмент организованного рынка. ФЗ “О рынке ценных бумаг”, а также нормативные акты ФКЦБ России, регулирующие деятельность организаторов торговли ценными бумагами, позволяют последним организовывать обращение неэмиссионных ценных бумаг.

Технология депозитарного учета векселей, учитывающая требования вексельного законодательства, с одной стороны, а с другой – позволяющая сделать вексель пригодным для обращения на организованном рынке, должна базироваться на следующих принципах.

Передача векселей на хранение и учет в депозитарий с бланковым индоссаментом.

Именно этот способ передачи прав, удостоверенных векселем, является наиболее приемлемым с точки зрения соблюдения вексельного законодательства. По условиям дальнейшей передачи вексель фактически превращается в предъявительскую ценную бумагу (хотя формально его статус ордernой бумаги сохраняется) и подлежит дальнейшей передаче путем простого вручения.

В связи с этим существенным является отражение в депозитарных договорах специфики учета векселей. В частности, наиболее важные положения, которые необходимо включить в депозитарные договоры, могут быть сформулированы следующим образом: “Депозитарий обязуется обеспечивать передачу депоненту векселей от других лиц, являющихся депонентами Депозитария, или передачу векселей от Депонента другим лицам, являющимся депонентами Депозитария. Передача векселей отражается путем переводов по счетам депо указанных лиц. При этом перевод со счета депо прежнего владельца векселя на счет депо Депонента или со счета депо Депонента на счета других депонентов Депозитария Стороны признают равным простому вручению векселя. При передаче векселей между Депонентом и другими депонентами Депозитария векселя остаются в Депозитарии и вручаются (выдаются) Депоненту по его требованию в соответствии с Условиями осуществления депозитарной деятельности с одновременным снятием векселя с хранения и учета в депозитарии.”

Предлагаемый иногда на практике способ организации депозитарного хранения и учета векселей, базирующийся на принципе проставления депозитарием именных индоссаментов на векселях в период нахождения векселей в депозитарии проблематичен и вряд ли может быть признан адекватным. Это связано, в частности, с тем, что осуществляя проставление индоссаментов от имени своих клиентов – депонентов, депозитарий может оказаться представителем одновременно и индоссанта и индоссата. В соответствии с п. 3 ст. 182 ГК РФ представитель не может совершать сделки в отношении другого лица, представителем которого он одновременно является, за исключением случаев коммерческого представительства. (При этом коммерческое представительство может возникнуть по существу только в отношениях между коммерческими организациями при осуществлении ими предпринимательской деятельности, поскольку коммерческим представителем в соответствии с п. 1 ст. 184 ГК РФ является лицо, постоянно и самостоятельно представляющее от имени предпринимателей при заключении ими договоров в сфере предпринимательской деятельности. В ГК РФ содержится исчерпывающий перечень коммерческих организаций. В их число, например, не входят физические лица, которые также могут приобретать векселя в процессе их обращения. Эти факторы позволяют сделать вывод о нецелесообразности рассмотрения указанной схемы передачи прав, удостоверенных векселями, находящимися в депозитарии.

Поскольку речь идет о векселях с бланковым индоссаментом, при решении вопроса о возможности депозитарного обслуживания возникает вопрос о правомерности депозитарного учета предъявительских ценных бумаг.

Во-первых, в принципе возможность депозитарного учета предъявительских ценных бумаг заложена в ФЗ “О рынке ценных бумаг” для эмиссионных ценных бумаг. Указанное следует из норм ст. 29 данного закона, определяющей момент перехода прав на эмиссионные ценные бумаги.

Помимо этого, уже безотносительно деления на эмиссионные и неэмиссионные ценные бумаги, возможность депозитарного учета предъявительских и ордерных ценных бумаг предусмотрена п. 8.1.5. Положения ФКЦБ России «О депозитарной деятельности в Российской Федерации» от 16.10.97 г. № 36.

Интересно, что, если в отношении предъявительских ценных бумаг может быть отмечено формальное несоответствие норм ФЗ “О рынке ценных бумаг” и ст. 149 ГК РФ, то в отношении ордерных ценных бумаг, к которым вексель формально относится вне зависимости от наличия на нем бланкового индоссамента, на такого рода несоответствие указано быть не может. Как отмечалось, в ст. 149 ГК РФ напрямую упомянуты ордерные ценные бумаги.

Поскольку в отношении предъявительских ценных бумаг, а также приравненных к ним по условиям обращения векселей с бланковым индоссаментом отсутствуют специальные требования идентификации законного владельца, вопрос об определении владельца должен решаться как и для других обычных движимых вещей. Владелец движимых вещей формально определяется по факту владения ценной бумагой. Однако, у депозитария, как и у других “третьих” лиц, являющихся простыми держателями чужих вещей, не возникает прав на находящееся у них имущество, в том числе векселя. Сам по себе факт передачи ценной бумаги третьему лицу не свидетельствует об утрате юридического владения. Вопрос о сохранении статуса юридического владельца при нахождении вещей у третьих лиц рассматривался еще в классической теории римского права, в котором было дано понятие “посредственного владения”. Поэтому реальный юридический владелец такого рода ценных бумаг определяется исходя из наличия депозитарного договора, в котором обусловлено хранение и учет ценных бумаг.

Вне зависимости от того, является ли ценная бумага предъявительской или именной, депозитарий ведет учет имущества по владельцам. Возникает вопрос, существует ли в данном случае противоречие с “предъявительской” природой ценных бумаг. С формально-юридической точки зрения, как отмечалось выше, депозитарный учет предъявительских и ордерных ценных бумаг допускается в соответствии с ФЗ “О рынке ценных бумаг”, Положением ФКЦБ России “О

депозитарной деятельности в Российской Федерации, а ордерных – также нормой ст. 149 ГК РФ. Представляется также, что индивидуализация владельца с необходимостью возникает в любых случаях передачи вещи третьему лицу, поскольку обязательственные отношения по своей природе индивидуальны. Депозитарий или например хранитель любого обыкновенного движимого, в том числе родового имущества, должен вести учет своих обязательств перед клиентами. Это не приводит к изменению природы предъявительских ценных бумаг, которая связана и со способом передачи прав, удостоверенных ими : путем простого вручения, а при депозитарном учете – путем переводов по счетам депо учет предъявительских ценных бумаг по счетам депо. В отличие от этого, например, по именованным ценным бумагам, в том числе бездокументарным необходимо существует дополнительное требование ведения реестра владельцев, который легитимируется перед эмитентом на основании данных из системы ведения реестра. По предъявительским ценным бумагам такой идентификации владельцев не происходит.

Открытое (обезличенное) хранение и учет в депозитарии – как условие допуска векселей для обращения на организованный рынок.

Одной из наиболее актуальных проблем, непосредственно связанных с проблемой депозитарного учета векселей, является их допуск на организованный рынок ценных бумаг, то есть допуск к обращению через кого-либо из организаторов торговли.

На условиях закрытого хранения, предусматривающего индивидуализацию каждой ценной бумаги, фактически невозможно проводить нетто-расчеты по сделкам с векселями, на которых в настоящее время в существующей инфраструктуре осуществляются расчеты как по денежным средствам, так и по ценным бумагам. При нетто-расчетах невозможно определить и зачислить на счет депо ценную бумагу, которая приобреталась как индивидуальная.

Вместе с тем, поскольку вексель изначально может обладать индивидуально-определенными признаками, обеспечение депозитарного учета и хранения векселей на условиях открытого хранения должно отвечать ряду условий.

Участники рынка, совершающие сделки с векселями, должны отдавать себе отчет в том, что сделки совершаются с векселями, по существу обладающими признаками родовых бумаг в силу стандартизации их реквизитов. Это возможно, если изначально информация в Торговой системе о векселях дана именно как о родовых бумагах. Совершая сделку, участник будет знать параметры ценной бумаги, однако на его счет будет переводиться любая из ценных бумаг, отвечающих таким параметрам.

Таким образом, вексель должен восприниматься как «стандартная», родовая ценная бумага с позиций Организатора торговли ценными бумагами. Это не означает необходимость совпадения всех реквизитов векселей, например, выдаваемых в рамках одной так называемой вексельной программы. Главное, что на момент допуска и Торговая система могла воспринять векселя как стандартные.

В связи с этим необходимо отметить, что главную роль в обеспечении “стандартности” векселей играют именно депозитарии, ведущие счета депо владельцев.

Именно депозитарий имеет информацию о конкретных векселях, помещаемых на депозитарное хранение и учет, в том числе о датах погашения. С точки зрения депозитарного учета возможно организовать депозитарный учет на условиях открытого хранения таким образом, что векселя, в которых большинство реквизитов, кроме даты составления и дат погашения являются едиными (вексельная сумма, векселедатель, авалист (при наличии такового, место составления и др.), будут группироваться депозитарием “по партиям”, объединяемым по признаку единой даты платежа (при условии совпадения других реквизитов, кроме даты

составления). Дата составления не имеет значения, поскольку для обращения векселей, в том числе формирования их рыночных цен, как и для других “долговых” бумаг значение имеет период времени, оставшийся до погашения (поэтому, в частности, наличие разных дат составления векселей не является необходимым реквизитом, делающим вексель “стандартным” инструментом с точки зрения организованного рынка).

Как только в депозитарий попадает вексель, отвечающий признакам какой-либо партии, он включается в число векселей, учитываемых в рамках данной партии. Понятие партии содержится в п. 6 Указания ЦБ РФ от 15.07.98 г. № 292-У и может использоваться в случае, если неэмиссионные ценные бумаги обеспечивают владельцам одинаковые права. Указанный нормативный документ распространяется на кредитные организации, однако действующие нормативные акты ФКЦБ России не запрещают организацию депозитарного учета неэмиссионных ценных бумаг на подобных условиях.

Дополнительный вопрос, который может возникнуть в связи с изложенными принципами организации депозитарного учета векселей – определенность предмета сделки купли-продажи, поскольку приобретая вексель на организованном рынке, участник не будет знать, какая дата составления проставлена на векселе, который может быть ему выдан на руки по его требованию.

Набор признаков, позволяющих признать предмет определенным, законодательством строго не определен. Хотя такой реквизит как дата составления относится к числу обязательных вексельных реквизитам, представляется, что достаточным для признания определенности предмета сделки может считаться знание всех параметров (реквизитов) приобретаемых векселей, за исключением даты составления, поскольку, как отмечалось, для так называемых долговых ценных бумаг значение имеет именно срок, оставшийся до погашения. Именно он влияет на формирование рыночной цены и доходности таких ценных бумаг. (Кроме того, например, в бухгалтерском учете кредитных организаций при постановке ценных бумаг на баланс кредитной организации также принимается во внимание срок, оставшийся до даты погашения).

ГЛАВА III ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЛИЦ, ОБЕСПЕЧИВАЮЩИХ ОБРАЩЕНИЕ БЕЗНАЛИЧНЫХ ЦЕННЫХ БУМАГ

5. Реестродержатели и депозитарии. Учетная система.

5.1. Реестродержатели и депозитарии. История появления в России

Исследование проблем, связанных с определением правовой природы безналичных ценных бумаг невозможно без анализа деятельности организаций, которые обеспечивают саму возможность их существования. В рамках настоящего исследования мы попытаемся проанализировать гражданско-правовые аспекты деятельности таких организаций: регистраторов и депозитариев.

В вопросе правового регулирования деятельности депозитариев и регистраторов наше законодательство сделало лишь первые шаги. Слишком сложно давался правовой анализ и оценка правовой природы их деятельности. Становление системы безналичных ценных бумаг в Российской Федерации, начавшееся в начале девяностых годов было сопряжено с параллельными процессами появления безналичных ценных бумаг в разных сегментах рынка. В частности, процесс приватизации, с одной стороны, и развитие рынка государственных ценных бумаг, с другой, дали мощный толчок созданию и совершенствованию новых для России технологий учета безналичных ценных бумаг. Мучительность процесса правового оформления новых отношений, возникающих на финансовом рынке была связана с тем, что такие технологии были ориентированы на разные правовые системы: англо-саксонскую и континентальную. Восприятие российским

финансовым рынком этих технологий потребовало более-менее адекватного правового оформления с учетом правовой системы Российской Федерации.

Исторически в России упоминание безналичных ценных бумаг в нормативных актах приходится на конец 1991 года, когда появился один из основополагающих на тот период нормативных актов - Положение о выпуске и обращении ценных бумаг и фондовых биржах в РСФСР, утвержденное постановлением Правительства РСФСР от 28 декабря 1991 года № 78. Опыт правового регулирования, накопленный за последние годы, безусловно, позволяет весьма скептически относиться к этому документу. Однако вплоть до 1996 года, до вступления в силу Федерального закона "О рынке ценных бумаг" именно он служил базой для нормотворчества, в том числе по вопросу о регулировании деятельности регистраторов и депозитариев.

В Положении о выпуске и обращении ценных бумаг и фондовых биржах в РСФСР фактически содержалась лишь простое упоминание о возможности существования безналичных ценных бумаг. В пункте 1 этого Положения было установлено, что ценные бумаги могут существовать в форме обособленных документов или записей на счетах. Это Положение вообще не содержало таких понятий, как регистратор или депозитарий, которые стали развиваться практически в правовом вакууме. Основой для развития их деятельности стало изучение зарубежного опыта и попытки отдельных пионеров российского финансового рынка, к числу которых, безусловно, можно отнести А.Козлова, Методические рекомендации...которого долгое время служили настольной книгой не для одного депозитария. Однако, такого рода исследования практически не затрагивали правовой аспект деятельности регистраторов и депозитариев. Впервые серьезно над этой проблемой пришлось задуматься при разработке проекта Федерального закона "О рынке ценных бумаг", работа над которым активно началась в Государственной думе Федерального собрания Российской Федерации в 1994 году. К этому времени было выпущено несколько нормативных актов, в основном касавшихся процесса приватизации, и регламентировавших в основном деятельность депозитариев специализированных инвестиционных фондов приватизации, аккумулирующих приватизационные чеки граждан (чековых инвестиционных фондов), которые вообще сложно было назвать полноценными депозитариями (Указ Президента Российской Федерации "О мерах по организации рынка ценных бумаг в процессе приватизации государственных и муниципальных предприятий от 7 октября 1992 года № 1186, Указ Президента Российской Федерации от 24 ноября 1993 года № 2004 "О расчетах приватизационными чеками в процессе приватизации"). Кроме того, в целях реализации указанных нормативных актов было принято Положение о депозитариях, утвержденное распоряжением ГКИ РФ от 20 апреля 1994 года № 859-р и протоколом Комиссии по ценным бумагам и фондовым биржам при Президенте Российской Федерации от 14 апреля 1994 года № 2, в котором по существу впервые давалось нормативно закрепленное определение депонента, договора сета депо, счета депо, безналичной формы выпуска ценных бумаг. В этом нормативном акте впервые делается попытка осознать, что такое депозитарная деятельность ("Предоставление услуг по хранению ценных бумаг и/или учету прав на эти ценные бумаги" (п.1.1. Положения о депозитариях), и что представляет собой так называемая безналичная форма выпуска ценных бумаг: "Форма выпуска ценных бумаг, при которой все ценные бумаги данного выпуска помещаются на хранение в депозитарий или у реестродержателя, а права по ценным бумагам отражаются в виде записи в учетном регистре депозитария или в регистрационном журнале реестродержателя". Именно это понятие, с точки зрения определения функций регистратора и депозитария, легло затем в основу определения бездокументарной формы выпуска. Параллельно с этим Министерство финансов Российской Федерации и Центральный банк Российской Федерации принимает нормативные акты, регулирующие выпуск и обращение государственных ценных бумаг - ГКО, в которых также даются

некоторые определения, характеризующие специфику депозитарных операций для такой формы выпуска ценных бумаг как ГКО. В частности в п. 5 Основных условий выпуска государственных краткосрочных бескупонных облигаций Российской Федерации, утвержденных Министерством финансов Российской Федерации, согласованных с Центральным банком Российской Федерации от 31 декабря 1992 года и одобренных постановлением Совета Министров - Правительства Российской Федерации от 8 февраля 1993 года № 107 было предусмотрено, что государственные краткосрочные облигации не изготавливаются в виде специальных бумажных сертификатов. Каждый выпуск оформляется глобальным сертификатом, хранящимся в Банке России. В Положении об обслуживании и обращении выпусков государственных краткосрочных бескупонных облигаций, утвержденных приказом Центрального банка Российской Федерации от 6 мая 1993 года № 02-78 регламентировался порядок ведения счетов “депо” по облигациям и по существу впервые была сделана попытка описать двухуровневую систему учета, предполагающую наличие междепозитарных отношений.

Деятельность регистраторов в этот период вообще регулировалась только применительно к именованным акциям акционерным обществам, не касаясь других именных ценных бумаг (Указ Президента Российской Федерации от 27 октября 1993 года № 1769 “О мерах по обеспечению прав акционеров, Положение о реестре акционеров акционерного общества, утвержденное распоряжением ГКИ от 18 апреля 1994 года № 840-р. В частности было установлено, что выписка из реестра акционеров не является ценной бумагой, ее передача от одного лица к другому не означает совершение сделки и не влечет переход права собственности на акции. Вместе с тем было установлено, что выдача выписки из реестра подтверждает право собственности на акции.

В этих актах не прослеживалась целостность концепции безличных ценных бумаг. Впервые определенные концептуальные подходы в определении понятия и функций регистраторов и депозитариев с точки зрения участия их в гражданских правоотношениях были сформированы в процессе разработки ныне действующего Федерального закона “О рынке ценных бумаг”

5.2. Основные функции регистродержателей. Природа отношений с участниками.

5.2.1. Предпосылки определения функций регистродержателей.

Деятельность держателей реестра (регистраторов) в ее гражданско-правовых аспектах в настоящее время регулируется двумя основными законодательными актами: ФЗ “О рынке ценных бумаг” и ФЗ “Об акционерных обществах”. Соотношение между терминами “держатель реестра” и “регистратор” определено ФЗ “О рынке ценных бумаг”. Держатель реестра - это общее понятие, включающее в себя регистратора-специализированную организацию - профессионального участника рынка ценных бумаг, и эмитента, который также может быть держателем реестра в случае, если число владельцев именных ценных бумаг не превышает 500.

Анализ подходов к определению функций держателей реестра необходимо проводить в том числе путем сопоставления норм законодательных актов, в которых так или иначе упоминаются функции держателей реестра.

В настоящее время необходимость ведения реестра владельцев именных ценных бумаг установлена применительно ко всем именованным ценным бумагам вне зависимости от формы выпуска (то есть как к документарным, так и бездокументарным).

Деятельность по ведению реестра определена в ФЗ “О рынке ценных бумаг как сбор, фиксация, обработка, хранение и предоставление данных, составляющих систему ведения реестра владельцев ценных бумаг. Эта норма корреспондируется с определением

именных эмиссионных ценных бумаг, как ценных бумаг, информация о владельцах которых должна быть доступна эмитенту в форме реестра владельцев именных ценных бумаг, переход прав на которые и осуществление закрепленных ими прав требуют обязательной идентификации владельца.

Помимо этого, в соответствии с ФЗ “Об акционерных обществах” на акционерные общества возложена обязанность ведения реестра акционеров.

Эти нормы предполагают необходимость сбора информации о владельцах ценных бумаг и составление реестра владельцев ценных бумаг с целью передачи ее эмитенту ценных бумаг для исполнения им своих обязательств по ценным бумагам. Таким образом именно благодаря держателю реестра обеспечивается идентификация кредиторов по ценным бумагам перед их должником.

Помимо норм ФЗ “О рынке ценных бумаг”, в нормах Гражданского кодекса Российской Федерации также для всех именных ценных бумаг определено, что права, закрепленные (удостоверенные) именными ценными бумагами, передаются в порядке, установленном для уступки требований (цессии) закреплен порядок передачи прав, закрепленных (удостоверенных) в том числе именной ценной бумагой.

В российском законодательстве конца 19- начала 20 века также было предусмотрено ведение должником особых книг по именованным ценным бумагам. Если мы вспомним упоминавшуюся выше классификацию ценных бумаг М.М.Агаркова, то такого рода именные ценные бумаги относились к именованным ценным бумагам. “Самое ...общество ...не знает поименно таких своих акционеров, как держателей акций на предъявителя, в противоположность держателям именных акций, значащихся в особой Книге акций (или Книге акционеров) и регистрируемых в ней с указанием новых держателей-акционеров, которым первыми права по ним уступлены (переданы, проданы)...именные акции...могут быть во всяком случае отчуждаемы только посредством регистрации, т.е. - посредством указания в реестре данного общества на произведенное отчуждение с указанием нового владельца.”⁸¹ Такая передача осуществлялась путем трансфертных объявлений, а также трансферта на самой ценной бумаге: “Самая передача (переуступка) такой именной бумаги совершается на основании так называемого трансфертного объявления, т.е. - письма, адресованного в правление данного общества. Все это скрепляется подписью cedenta (продавца) данных акций в специально отведенном для этого месте на самом объявлении у слов “подпись продавца”. В некоторых случаях на таких трансфертных объявлениях имеет ту же и формула “подпись покупателя...что касается самого трансферта акций, то таковой совершается нормально на оборотной стороне самой акции”⁸²

Таким образом, в решении вопроса о порядке идентификации кредиторов по ценным бумагам перед их должником очевидна преемственность нынешнего и дореволюционного законодательства. Книги акционеров заменила система ведения реестра, а трансфертные объявления - передаточные распоряжения.

Главная функция, связанная с ведением реестра именных ценных бумаг таким образом заключается в обеспечении идентификации владельцев путем учета уступок требований по именованным ценным бумагам вне зависимости от формы их выпуска. Сейчас сложно ответить однозначно, появился бы такой учетный институт как реестродержатели, если бы российское законодательство отвергло концепцию безналичных ценных бумаг. Процессы появления в России акционерных обществ и безналичных ценных бумаг начались практически одновременно. Вместе с тем, очевидно, на указанный вопрос следует ответить положительно, поскольку обязанность ведения реестра акционеров была предусмотрена еще в Положении “Об акционерных обществах”, утвержденном

⁸¹ С.М.Барац, “Техника обращения именных процентных бумаг”, С-Петербург, тип. М.М.Стасюлевич, 1913, стр.4-5

⁸² С.М.Барац, указ соч, стр. 7-8, 10

постановлением Совета Министров РСФСР 25 декабря 1990 года, то есть за год до принятия Положения о ценных бумагах и фондовых биржах в РСФСР, в котором впервые появилось упоминание безналичных ценных бумаг. Таким образом, учетные записи держателя реестра необходимы для обеспечения идентификации кредиторов по ценным бумагам перед их должником и кроме того являются необходимым условием передачи прав на ценные бумаги и/или условием осуществления этих прав.

5.2.2. Модификация функций реестродержателей

Вместе с тем в связи с появлением и необходимостью правовой регламентации безналичных ценных бумаг держатели реестра стали выполнять изначально им не присущую функцию обеспечения фиксации прав на ценные бумаги, которую, как будет рассмотрено в дальнейшем выполняют депозитарии. Возложение такой функции на держателей реестра произошло, в частности, по той причине, что к моменту разработки проекта Федерального закона “О рынке ценных бумаг” была накоплена значительная практика акционирования предприятий в процессе приватизации, когда зачастую акции в виде документов (сертификатов) практически не выпускались и легитимация владельца могла быть обеспечена только записями в реестре акционеров. Вместе с тем, такая ситуация создавала определенный правовой вакуум. Поскольку нормы общегражданского законодательства определяли ценную бумагу как документ, учет данных в реестре означал лишь учет прав “из” ценных бумаг, оставляя открытым вопрос о том, что такое ценная бумага в рассмотренном случае. Поэтому учетные записи в системе ведения реестра стали рассматриваться собственно как ценные бумаги с целью придания этим записям значения способа фиксации прав на ценные бумаги для обеспечения сохранения двойственности природы ценной бумаги.

Однако, учетные записи реестродержателя по лицевым счетам далеко не всегда являются способами фиксации прав на ценные бумаги и могут считаться таковыми только в том случае, если нет других способов фиксации (документа (сертификата) или записи по счету депо. Учетные записи в системе ведения реестра помимо упомянутых выше юридических последствий могут являться способом фиксации прав на ценные бумаги (то есть, собственно, и считаться ценной бумагой) только при бездокументарной форме и при условии, что они не попадают из системы ведения реестра в депозитарий.

В других случаях, когда способом фиксации прав на ценную бумагу является сертификат (для документарной формы выпуска) или запись по счету депо (как для документарной, так и для бездокументарной формы выпуска) записи по счетам у регистратора имеют значение только в отношениях “должник (эмитент) - кредитор (владелец ценных бумаг).

5.2.3. Природа правоотношений реестродержателя с другими участниками рынка

Необходимость поддержания системы ведения реестра и составления реестра владельцев именных ценных бумаг по существу является обязанностью эмитента. Такая обязанность возникает в связи с возникновением правоотношений, как правило обязательственного характера, между эмитентом (должником по ценной бумаге) и кредитором - владельцем ценной бумаги. Однако, представляется, что такая обязанность не охватывается рамками указанного обязательственного отношения и не проистекает непосредственно из того набора имущественных прав, которые закрепляются (удостоверяются) ценной бумагой.

С этой точки зрения, очевидно, правоотношения по внесению каких-либо данных о владельце ценной бумаги в систему ведения реестра, возникают из закона и имеют внедоговорный характер и возникают в силу приобретения ценных бумаг владельцем, то есть в силу возникновения правоотношений по ценной бумаге между эмитентом и

владельцем ценных бумаг (кредитором) . В дальнейшем при рассмотрении функций и места номинального держателя в системе учета прав на ценные бумаги мы рассмотрим, каким образом это модифицируется применительно к правоотношениями между держателем реестра и номинальным держателем.

Помимо отношений между держателем реестра и владельцем ценных бумаг могут также возникнуть отношения между эмитентом ценных бумаг и специализированным регистратором (в тех случаях, когда эмитент передает ведение реестра специализированному регистратору по своей воле либо в силу указания закона (при наличии более 500 владельцев именных ценных бумаг)). О том, что такие отношения имеют договорный характер, можно сделать вывод на основании норм ст. 8 ФЗ “О рынке ценных бумаг”. Вероятно, по своей природе этот договор является договором подрядного типа, договором на оказание услуг. Однако, такие отношения между эмитентом и регистратором приводят также к тому, что обязанности по внесению данных в систему ведения реестра перед владельцем ценных бумаг выполняет не эмитент, а регистратор. Представляется, что в данном случае имеет место возложение исполнения обязательства на третье лицо. Такая возможность предусмотрена ст. 313 ГК РФ “Исполнение обязательства третьим лицом”. По своим правовым последствиям возложение исполнения обязательства на третье лицо не приводит к замене стороны обязательстве, таким образом формально лицом, обязанным осуществлять по требованию владельца внесение данных в систему ведения реестра должен считаться эмитент, который сможет предъявить к регистратору претензии о неисполнении (ненадлежащем исполнении договора).

Из этого следует, что формально, в случае неисполнения (ненадлежащего исполнения) обязательств по внесению данных в систему ведения реестра ответственным формально при отсутствии специальных норм должен считаться эмитент. При этом такая ответственность должна носить внедоговорный характер (в отличие от ответственности регистратора перед эмитентом).

Вместе с тем этот вопрос этот далеко неоднозначен, учитывая разъяснения Пленума Верховного суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного суда Российской Федерации (постановление от 2 апреля 1997 года “О некоторых вопросах применения Федерального закона “Об акционерных обществах” . В п. 4 указанного Постановления установлено, что отказ держателя реестра от внесения записи в реестра акционеров может быть обжалован акционером в суд. Если ведение реестра акционеров поручено специализированному регистратору, в качестве ответчиков по делу должны привлекаться акционерное общество и специализированный регистратор - держатель реестра. Учитывая, что полной информацией о реестре обладает в этом случае только специализированный регистратор, а также тот факт, что именно его действиями нарушаются права владельца ценных бумаг, такой подход представляется правильным. Однако, существующие нормы законодательства, по нашему мнению, не содержат оснований для привлечения к ответственности непосредственно регистратора, поскольку формально обязанным лицом является эмитент. В качестве подтверждения этого может быть приведена ст. 403 ГК РФ, в соответствии с которой должник отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства третьими лицами, на которых было возложено исполнение, если законом не установлено, что ответственность несет являющееся непосредственным исполнителем третье лицо. Представляется, что для решения этой проблемы возможно было бы установить в законе солидарную обязанность эмитента и специализированного регистратора за ведение реестра в случае передачи ведения реестра специализированному регистратору. При этом при определении размера ответственности должно учитываться, осуществлялась ли такая передача по воле эмитента или по указанию закона.

Внедоговорный характер обязательств между держателем реестра и владельцем ценных бумаг определяет в данном случае и специфику прекращения правоотношений.

Очевидно, обязательства между владельцем ценной бумаги и держателем реестра, прекращаются после того, как лицо перестанет быть владельцем ценных бумаг либо при наличии общих оснований прекращения обязательств, установленных Гражданским кодексом Российской Федерации. С этой точки зрения особый интерес представляет также случай замены специализированного регистратора в случае прекращения действия договора между ним и эмитентом. ФЗ "О рынке ценных бумаг" в этом случае требует только объявления об этом в средствах массовой информации или уведомления всех владельцев ценных бумаг эмитентом письменно за свой счет. Таким образом, закон не предусматривает получение согласия владельцев ценных бумаг. Представляется, что в данном случае такая замена может происходить без согласия владельцев ценных бумаг, то есть без соблюдения ст. 391 ГК РФ о порядке перевода долга именно потому, что формально лицом, обязанным поддерживать систему ведения реестра является эмитент.

5.3. Основные функции депозитариев. Природа отношений с участниками. Природа депозитарных договоров.

5.3.1. Функции депозитариев.

В соответствии с ФЗ "О рынке ценных бумаг" депозитарной деятельностью признается оказание услуг по хранению сертификатов ценных бумаг и/или учету и переходу прав на ценные бумаги. Соответственно, лицо, осуществляющее такую деятельность, именуется депозитарием.

При всех погрешностях в целом указанное определение содержит указание на основную функцию депозитария: хранение и/или учет прав на ценные бумаги. При этом о хранении, безусловно, можно говорить только в случае, если речь идет об иммобилизации документа (сертификата ценной бумаги).

К сожалению, изложенное выше определение не учитывает специфику междепозитарных отношений, а также специфику правоотношений между депозитарием и эмитентом в случае заключения договора эмиссионного счета депо. При этом, если проблема со статусом эмиссионного счета депо связана в основном с проблемой прав эмитента в отношении выпущенных им ценных бумаг до их размещения или после их погашения, то специфика междепозитарных отношений связана с тем, что данные о ценной бумаге, учитываемой по счету депо владельца у какого-либо депозитария, появляются у другого депозитария, в котором депозитарий, обслуживающий владельца ценных бумаг, открывает междепозитарный счет). Поскольку в любой момент времени права на ценную бумагу должны быть удостоверены не только единственным способом фиксации, но и в одном месте, а также поскольку учет ценных бумаг в депозитарии не порождает у последнего каких-либо прав на ценную бумагу, записи по междепозитарным счетам не могут приравниваться к ценным бумагам. Поэтому основной функцией депозитария, ведущего междепозитарный счет, заключается не в учете прав на ценные бумаги, а в фиксации данных о ценных бумагах клиентов (депонентов) депозитария-депонента, то есть депозитария которому открыт междепозитарный счет. Значение междепозитарных отношений колоссально, поскольку, если клиенты обслуживаются в разных депозитариях, перевод ценных бумаг от одного лица к другому может быть обеспечен только при наличии междепозитарных отношений.

Для характеристики правоотношений, связанных с участием нескольких депозитариев в процессе обращения ценных бумаг (например, депозитария, обслуживающего владельца ценных бумаг, который в свою очередь, имеет междепозитарный счет в другом депозитарии) немаловажным является то обстоятельство, что учет данных о ценных бумагах владельца на междепозитарном счете, что может сопровождаться также передачей этому депозитарию также сертификатов ценных бумаг,

никоим образом не влияет на правоотношения между владельцем ценных бумаг и обслуживающим его депозитарием. В данном случае по аналогии за основу было взято правило, установленное для отношений хранения, а именно для передачи вещи на хранение третьему лицу. В соответствии со ст. 895 ГК РФ при передаче вещи на хранение третьему лицу условия договора между покладжателем и первоначальным хранителем сохраняют силу и последний отвечает за действия третьего лица, которому он передал вещь на хранение, как за свои собственные. Вместе с тем необходимо подчеркнуть, что в данном случае речь идет только о преимственности самого принципа, поскольку “передачи вещи” не происходит, ценная бумага юридически остается на счете депо владельца и не попадает, как отмечено выше, на междепозитарный счет.

5.3.2. Природа отношений депозитария с другими участниками.

Отношения между депозитарием и владельцем ценных бумаг, а также с другими депозитариями возникают всегда из договора. Существенные условия депозитарного договора определены ФЗ “О рынке ценных бумаг. Поэтому и ответственность имеет договорный характер.

Что касается договора между депозитарием и эмитентом, то он необходим только для определенных форм выпуска (например, документарной формы с обязательным централизованным хранением, примером которой является форма выпуска государственных ценных бумаг ГКО-ОФЗ). В случае эмиссии ценных бумаг в документарной форме такие правоотношения также могут возникнуть, если, например, форма выпуска допускает выдачу ценных бумаг (сертификатов) владельцам, однако эмитент до размещения помещает их в депозитарий, и в обращение такие ценные бумаги попадают в виде записей по счетам депо с возможностью последующей выдачи владельцам.

Среди участников депозитарных отношений, с которыми депозитарии могут иметь договорные отношения, следует особо выделить так называемых операторов разделов счетов депо. Эти лица не являются сторон депозитарных отношений и являются, обычно, либо представителями депонента либо вступают в отношения в ином качестве, которое будет рассмотрено ниже применительно к проблеме назначения операторов разделов счетов депо, предназначенных для учета залоговых обременений. При этом в настоящее время возможно только представительство, основанное на доверенности, хотя в ряде стран полномочия таких лиц определяются и возникают в силу закона (например, Швеция). В настоящее время ведутся споры относительно необходимости включения в закон понятия оператора раздела счета депо (или аналогичного понятия попечителя счета депо, охватывающего более широкий объем полномочий). Представляется, что поскольку в основе вступления оператора в отношения с депозитарием могут лежать разные основания, наличие объединяющего термина целесообразно. Обычно на практике депозитарий и оператор (попечитель) вступают и в непосредственные договорные отношения. Более того, в Положении о депозитарной деятельности в Российской Федерации, утвержденном постановлением ФКБ России от 16 октября 1997 года № 36 наличие такого договора между попечителем счета и депозитарием обязательно, хотя правовая природа такого договора никак не определена. Представляется, что по своей природе этот договор относится к договорам подрядного типа и предполагает взаимное предоставление услуг, как правило информационного характера (хотя, учитывая налоговое законодательство, указания на услуги в договоре стараются избегать), то есть это может быть договор о взаимном обмене информацией. Этот договор лишь может развивать и дополнять какие-либо условия депозитарного договора, (например, определять определенные стандарты сообщений) и не может ему противоречить.

Формально для выполнения функций оператора достаточно депозитарного договора между депозитарием и владельцем ценных бумаг.

Особо следует упомянуть об основаниях прекращения депозитарных договоров. В силу ст. 407 ГК РФ помимо прекращения обязательства в силу закона или иных правовых актов, основания прекращения обязательства могут быть предусмотрены также договором. В силу диспозитивности этой нормы в отношениях между депозитариями и владельцами ценных бумаг больше свободы. В частности на практике в депозитарные договоры включается условия о прекращении его действия в связи с аннулированием лицензии профессионального участника у депозитария. Представляется, что таким образом восполняется пробел в праве, поскольку аннулирование (отзыв) разрешения на занятие определенными видами деятельности не указан в качестве общих оснований для прекращения обязательств, хотя такую норму целесообразно было бы внести в законодательство во избежание возникновения неопределенных правовых ситуаций.

5.3.3. Характеристика депозитарного договора на примере сравнения с договором банковского счета.

Коль скоро выше мы проводили сравнение природы безналичных денежных средств и безналичных ценных бумаг, также может быть проведено сравнение договоров банковского счета и депозитарного договора, позволяющее определить общие для этих договоров черты, непосредственно связанные с природой безналичных денежных средств и безналичных ценных бумаг.

Рассмотрим некоторые общие черты, определяющие природу как договоров банковского счета, так и депозитарных договоров. Природа договоров банковского счета и депозитарных договоров в том, что операции, осуществляемые по этим счетам, являются юридическими действиями, совершаемыми соответственно банком (термин банк используется нами для удобства, применительно как к банкам, так и к небанковским кредитным организациям, имеющим право на ведение счетов) или депозитарием с целью исполнения обязательств клиента банка или депозитария перед третьими лицами поскольку осуществление записи по счету влечет за собой юридические последствия - переход права собственности на деньги или ценные бумаги, обращающиеся в виде записи по счету. Эти записи, в свою очередь, являются способом фиксации прав на деньги или ценные бумаги и приравниваются к последним, заменяя материальный носитель.

На финансовом рынке банки и депозитарии становятся необходимым звеном в цепочке исполнения сделок, обеспечивают исполнение сделок с ценными бумагами (обязательств сторон по передаче ценных бумаг и денежных средств).

В этом смысле некорректно, на наш взгляд, рассматривать обязательства банка или депозитария перед клиентом как денежное (или обязательство по передаче ценных бумаг). И банк и депозитарий лишь опосредуют исполнение собственно денежных обязательств (или обязательств по передаче ценных бумаг) между лицом, которому открыт счет и контрагентом последнего.

Представляется рассмотреть некоторые моменты, определяющие отличие договоров банковского счета и депозитарного договора от других договоров от некоторых других видов гражданско-правовых договоров.

а) Отличие от договора комиссии.

По договору комиссии комиссионер обязуется по поручению комитента за вознаграждение совершить одну или несколько сделок от своего имени, но за счет комитента.

В рассмотренной в предыдущей главе статье Л. Новоселовой было указано на то, что клиент дает банку комиссионные поручения по осуществлению операций. Если в этом

высказывании под комиссионным поручением понималось, действительно комиссионное поручение, возникшее из отношений комиссии между банком и клиентом, то на мой взгляд, это не совсем точно характеризует отношения между банком и клиентом.

И по договору комиссии, и по договорам банковского счета и депозитарным договорам предполагается осуществление юридических действий. В первом случае, однако, юридические действия связаны с совершением сделки (заключением и исполнением). Комиссионер непосредственно вступает в сделку, например с ценными бумагами, с третьим лицом вместо комитента.

Банк или Депозитарий, совершая операцию по счету клиента, не заключает сделок с контрагентами своего клиента от своего имени но за счет клиента, что предполагают отношения комиссии. Сделку заключает сам клиент.

Исполнение сделки (исполнение обязательства по передаче денег или ценных бумаг) через банк или депозитарий можно рассматривать как яркий пример возложения исполнения обязательства на третье лицо в соответствии со ст. 313 ГК РФ.

Кроме того, сами юридические действия банка или депозитария связаны, как правило, лишь с исполнением сделки, заключенной клиентом с третьим лицом, то есть уже, чем по договору комиссии. В российском законодательстве, например, в отличие от германского не принято выделять категорию так называемых распорядительных сделок (юридических действий по исполнению обязательства), хотя такие действия подпадают под общее определение сделки (ст. 153 ГК РФ)

б) отличия от договора подрядного типа.

Отличие, на мой взгляд, состоит в характере оказываемых услуг. Договоры подрядного типа на оказание услуг предполагают фактический характер последних, тогда как в договорах банковского счета и депозитарном договоре оказание таких услуг влечет за собой исполнение сделки клиентом банка или депозитария перед третьим лицом (то есть действия банка или депозитария могут рассматриваться как юридические.

в) отличие от договоров хранения и займа.

Представляется, что фактические услуги по хранению и учету имущества не имеют самостоятельного значения, но являются необходимой фактической частью юридических действий банка или депозитария, поскольку осуществление юридических действий как раз и заключается в изменении учетных записей (а в определенных случаях, и передаче денег или ценных бумаг в натуре). Деньги и ценные бумаги находятся, соответственно, у банка или депозитария именно с этой целью.

В частности, именно по этому, на мой взгляд, к договорам банковского счета и депозитарным договорам неприменимы напрямую нормы о хранении, в частности, нормы об обезличенном хранении, которое может привести к возникновению права собственности у хранителя на переданное ему на хранение имущество. К банку или депозитарию не переходит право собственности на деньги или ценные бумаги, которые он учитывает, если только, в дополнение непосредственно к указанному договору между банком и его клиентом (депозитарием и его клиентом) не возникает прямого денежного обязательства (или обязательства по передаче ценных бумаг). Наиболее ярко сказанное можно проиллюстрировать на примере денег.

В чистом виде в случае заключения договора банковского счета клиент банка имеет возможность, в частности, рассчитываться по своим обязательствам перед третьими лицами.

В этом случае списания с денежного счета клиента банка осуществляются в отношении третьих лиц. Банк, в свою очередь, имеет возможность пользоваться денежными средствами, что ниже будет рассмотрено в качестве отличия договора банковского счета от депозитарного договора. В этом случае, однако, пользование

средствами клиента затрагивает корреспондентский счет банка и не затрагивает состояние счета клиента.

Счет клиента затрагивается только в том случае, если между клиентом и каким-либо лицом возникает денежное обязательство. Это возможно и в отношениях банка и клиента. Клиент может предоставить и кредит самому банку (и наоборот). В этом случае банк не просто пользуется средствами клиента через свой корсчет, но и изменяет непосредственно состояние счета клиента. Представляется, что только в этом случае может идти речь о том, что между банком и клиентом существуют отношения займа.

Помимо этого главным отличием депозитарного договора от договора хранения являются юридические последствия помещения ценных бумаг в депозитарий. Передача документарных ценных бумаг на условиях договора хранения не влечет за собой изменение способа фиксации прав на ценные бумаги, тогда как при передаче ценных бумаг по депозитарному договору происходит изменение способа фиксации прав на ценные бумаги: сертификат заменяется записью по счету депо. Сам сертификат обездвиживается и дальнейшее обращение ценных осуществляется в виде записей по счетам депо. К сожалению, в действующем законодательстве не решен вопрос о порядке выдачи сертификатов ценных бумаг из депозитария по требованию владельца, если это допускается формой выпуска ценных бумаг. Представляется, что это возможно либо путем выдачи нового сертификата на имя владельца либо проставление его имени на старом сертификате. При этом подтверждение непрерывности перехода прав на ценные бумаги от владельца к владельцу и уступок прав из ценных бумаг должен обеспечивать именно депозитарий.

Интересно, но сходство может наблюдаться даже там, где существуют видимые различия. В частности, в качестве одного из различий приводится тот факт, что деньги учитываются на банковских счетах в определенной сумме, а не в штуках (банкнот). Есть ли здесь различие? На наш взгляд, существует лишь видимость различия.

Каким образом учитываются деньги на счетах? - по сумме. Однако, денежная сумма, подлежащая выплате, складывается из определенного количества денежных единиц, которые в случае выдачи денег в наличной форме обретут “материальное воплощение” в определенном количестве банкнот или монет. При этом возможен и такой случай, когда вся сумма будет выплачена путем выдачи такого количества купюр, каждая из которых выражает одну денежную единицу (для России - рубль). Однако, это в современных условиях нереальный случай, и зачастую вся сумма выдается единой купюрой, содержащей определенное количество денежных единиц.

Что касается ценных бумаг, то, как отмечалось, они учитываются в штуках вне зависимости от того, сопровождается ли депозитарный учет хранением документов (сертификатов) - иммобилизованных ценных бумаг. При этом один документ, так же как и денежная купюра, может удостоверить не одну, а несколько “совокупностей прав из ценных бумаг”.

Вопрос о том, может ли один документ - ценная бумага удостоверить не одну, а несколько совокупностей имущественных прав, дискутировался достаточно остро. ФЗ “О рынке ценных бумаг” была закреплена возможность оформления единым документом (сертификатом) нескольких совокупностей прав.

Тем самым было легализовано существование сертификатов ценных бумаг и ранее известное в России, но несколько по другому воспринимаемое. Примером некорректного использования понятия “сертификат” являлось понятие “сертификат акций”, закрепленное в Положении об акционерных обществах, утвержденном постановлением Правительства РСФСР от 25.12.90 г. № 601. На практике могли существовать одновременно и “сертификаты акций” и акции”, хотя речь шла об одних и тех же ценных бумагах, что приводило к нарушению изложенного выше принципа: в один и тот же момент времени

права на ценную бумагу могут быть удостоверены только одним способом и в одном месте. Вместе с тем в действующем ФЗ “О рынке ценных бумаг” под сертификатом ценной бумаги понимается один из способов фиксации прв на ценную бумагу. При этом сертификат может удостоверить необязательно одну совокупность прав. Представляется, что такая трактовка не противоречит очевидно классическому определению ценной бумаги как документа (ст. 142 ГК РФ).

Аналогично тому, что в денежном обязательстве называется денежной единицей, такую совокупность прав вполне допустимо условно назвать “единицей обязательства” (для ценных бумаг, которые удостоверяют обязательственные права). Такая “единица обязательства” при документарной форме выпуска ценных бумаг может быть оформлена одним сертификатом, или может быть отражена, в совокупности с другими “единицами обязательства” в едином документе - сертификате ценной бумаги. Выпуск ценных бумаг может быть оформлен глобальным или несколькими суммарными сертификатами, но по счету депо все равно отражается количество ценных бумаг в штуках, не связанное с количеством сертификатов. По сути, аналогично банковским счетам, на счетах депо учитывается каждая ценная бумага выпуска, удостоверяющая одну совокупность закрепленных ею прав.

Помимо общих черт, свойственных как депозитарным договорам, так и договорам банковского счета, между ними существуют определенные различия, также позволяющее лучше понять их природу.

1. Основным отличием договора банковского счета от депозитарного договора банковского следует, на мой взгляд, считать право банка использовать денежные средства клиента и отсутствие такого права у Депозитария, что обуславливает и разный подход к учету чужих денежных средств и ценных бумаг, а также разные возможности при обращении взыскания на имущество банка или депозитария.

Термин “использование денежных средств”, на наш взгляд, наиболее точно отражает права банка в отношении денежных средств, поступающих к нему. (Банк не имеет права распоряжения средствами клиента и, пользуясь средствами последнего, не затрагивает его счет. Также банк не становится собственником. Титульным (юридическим) владельцем остается клиент, хотя “фактическое господство” над денежными средствами осуществляет банк). (по сути такое своеобразное право пользования приводит к своего рода “непотребляемости” денег.)

И собственные и чужие средства учитываются на одном и том же корсчете банка, по которому нельзя определить, какие из этих денег свои, а какие чужие. Возможность пользования средствами клиента, не затрагивая его счета проистекает из того, что активные операции банка (операции с корсчетом банка и другими статьями баланса банка в данном случае) не связаны с пассивными операциями (счетами клиентов).

Это определяется важнейшим аспектом банковской деятельности, заключающимся, в частности, в размещении привлеченных средств, однако вызывает проблему риска клиента банка, связанного с наложением ареста на корреспондентский счет банка или обращением взыскания на денежные средства на корсчете банка.

Напротив, Депозитарий не имеет права пользоваться переданным ему имуществом. Это влечет за собой наличие двух счетов депозитария, открытых в другой депозитарии (счета депо владельца и корреспондентского счета депо, на котором учитываются в совокупности все облигации всех клиентов, через который осуществляется движение средств между клиентами разных депозитариев и который является необходимым условием для осуществления записей по счетам депо владельцев - клиентов депозитария). Практика раздельного учета собственного и чужого имущества гарантирует клиенту депозитария, что в случае наложения ареста на имущество депозитария, последний сможет исполнять поручения по его счету депо, поскольку корреспондентский счет

самого депозитария в другом депозитарии в данном случае не затрагивается при наложении ареста на имущество депозитария.

5.4. Соотношение способов фиксации прав на ценные бумаги. Деятельность реестродержателей и депозитариев как обеспечение перехода и/или осуществления прав по ценным бумагам.

Соотношение способов фиксации прав на ценные бумаги может быть рассмотрено на примере ст. 29 (В статье 29 ФЗ “О рынке ценных бумаг” определяется порядок перехода прав в том числе на именные ценные бумаги, а также легитимации владельца ценной бумаги (кредитора по удостоверенному ею обязательству) перед эмитентом - должником по этому обязательству, а также по существу закрепляется классический принцип “право из документа следует за правом на документ” с поправкой на расширение способов фиксации прав на ценные бумаги звучащий как “право из ценной бумаги следует за правом на ценную бумагу”. Установлено, что права, закрепленные эмиссионной ценной бумагой, переходят к их приобретателю с момента перехода прав на эту ценную бумагу.

Переход прав, закрепленных именной эмиссионной ценной бумагой, должен сопровождаться уведомлением держателя реестра, или депозитария, или номинально держателя ценных бумаг. В частности для именных документарных ценных бумаг такой порядок определяется в зависимости от того, находится ли сертификат у ее владельца (его представителя) или иммобилизован в депозитарии и способом фиксации прав на ценную бумагу в этот период является запись по счету депо.

В первом случае, то есть при нахождении документарных ценных бумаг у владельцев в статье 29 содержится формулировка, которая на самом деле преследовала цель привязать момент перехода прав на ценную бумагу к моменту фиксации соответствующих изменений и в системе ведения реестра с тем, чтобы не существовало разрыва в переходе прав “на” ценную бумагу и “из” ценной бумаги. В буквальном изложении же эта формулировка просто неправильна. Несмотря на то, что речь идет о документарной ценной бумаге, способом фиксации по которой, как отмечено выше может быть либо собственно документ (сертификат) либо запись по счету депо в депозитарии, в этой формулировке указывается на учет прав на ценные бумаги в системе ведения реестра (что должно означать, что способом фиксации прав на ценные бумаги в данном случае является запись по лицевому счету в системе ведения реестра). Вместе с тем, как отмечено, значение этой нормы заключается именно в том, что права на ценную бумагу и, таким образом и права из ценной бумаги, могут перейти к новому владельцу только после регистрации в системе ведения реестра. Для осуществления прав, закрепленных ценной бумагой, необходимо совпадение имени владельца в сертификате ценной бумаги и имени владельца в реестре. В этом случае, таким образом, наличие записи в реестре является необходимым условием перехода прав на ценную бумагу и из ценной бумаги.

Во втором случае, когда сертификат иммобилизован в депозитарии и ценная бумага существует в виде записи по счету депо, указанная статья закона привязывает переход права на ценные бумаги к осуществлению приходной записи по счету депо нового приобретателя. Для осуществления прав по таким ценным бумагам формально требуется предоставления от депозитария списка владельцев и предъявления депозитарием сертификатов ценных бумаг. В этом случае для перехода прав на ценную бумагу и из ценной бумаги формально не требуется непосредственно записи в реестре, однако предоставление такой информации (в терминологии закона : составленного депозитарием списка владельцев) следует считать необходимым условием осуществления права

Переход прав по именным бездокументарным ценным бумагам также зависит от того, где учитывается ценная бумага : в системе ведения реестра или у регистратора. Таким образом, права на ценную бумагу переходят , соответственно, либо с момента

приходной записи по лицевому счету владельца в системе ведения реестра, либо с момента приходной записи по счету депо владельца. Что касается осуществления прав по именованным бездокументарным ценным бумагам, то в статье 29 ФЗ «О рынке ценных бумаг» установлено, что исполнение обязательств эмитентом производится в отношении лиц, указанных в системе ведения реестра. Таким образом, если ценная бумага учитывается в системе ведения реестра, то записи по лицевым счетам являются не только условием осуществления, но и условием перехода прав на ценные бумаги и из ценных бумаг. Если бездокументарная ценная бумага учитывается в депозитарии, данные держателя реестра являются лишь условием осуществления прав из ценных бумаг их владельцем.

Вместе с тем в указанной статье ФЗ «О рынке ценных бумаг» практически не рассмотрена проблема ценных бумаг, находящихся в процессе перевода, или в просторечии «ценных бумаг в пути». Вместе с тем из-за несовершенства технологий депозитарного учета, из-за огромных расстояний на территории Российской Федерации и отсутствия адекватной связи эта проблема имеет весьма актуальный характер.

Несмотря на несколько грубую аналогию, эта проблема отчасти схожа с перемещением товаров на большие расстояния с участием перевозчиков. Схожесть проявляется в том, что товар - движимое имущество в течение определенного периода может находиться «между» прежним и новым владельцем и, выбыв из фактического обладания прежнего собственника будет с формальной точки зрения считаться его собственностью до определенного договором момента перехода права собственности к новому владельцу (особенно показательным в данном случае является заключение договоров купли-продажи на стандартных условиях, охарактеризованных в изданном Международной торговой палатой своде «Инкотермс»). Кроме того, в течение определенного периода времени поставщик может не иметь информации о надлежащем исполнении своих обязательств перед покупателем и, таким образом может не знать, является ли он по-прежнему формальным собственником товара.

В случае с ценными бумагами с момента списания ценной бумаги со счета депо, например, продавца, до момента ее зачисления на счет депо покупателя, если они обслуживаются в разных депозитариях, да еще в разных регионах, может пройти определенный период времени. Ценные бумаги в этом случае также оказываются «между» старым и новым собственником. Поскольку в данном случае речь идет о производном способе приобретения права собственности, подразумевающего непосредственный переход права собственности от прежнего владельца к новому, «разрыва» в приобретении права собственности на ценные бумаги быть не может. Таким образом, находясь в процессе перевода, бумага должна принадлежать на праве собственности (или ином вещном праве) либо прежнему владельцу, либо новому. В процессе перевода ценных бумаг депозитарии, являющиеся корреспондентами депозитариев, обслуживающих продавца и покупателя, по существу выполняют функции «перевозчиков». Вместе с тем в данной ситуации наиболее показательным проявляется отличие безналичных ценных бумаг от материальных объектов. Находясь в пути материальный объект (товар или даже классическая документарная ценная бумага) не исчезает. В случае начала операции перевода ценных бумаг ценные бумаги списываются со счета депо титульного владельца и в течение определенного периода времени не находятся ни на одном счете титульного владельца. При этом рассматривать в качестве счета, на котором учитываются права на ценную бумагу, междепозитарный счет (счет номинального держателя) представляется неправильным. Рассмотрение такой возможности может привести либо к тому, что по формальным признакам депозитарий или номинальный держатель будут, учитывая значение записей на счетах, рассматриваться в качестве титульных владельцев, хотя ни к депозитарию, ни к номинальному держателю права на ценную бумагу не переходят. Либо, если будет предложено рассматривать ценные бумаги на междепозитарном счете или счете номинального держателя с учетом специфики этих счетов и отсутствия прав на

ценные бумаги у депозитария или номинального держателя, это приведет, во-первых, к “разрыву” в праве собственности на ценные бумаги, а во-вторых, оставит открытым вопрос о том где же ценная бумага, поскольку без привязки к титульному владельцу она по сути не существует. С целью избежания этой коллизии может быть предложен следующий подход, учитывающий вышеизложенные проблемы, а также самостоятельно существующую в этих случаях проблему осуществления прав, закрепленных ценными бумагами.

До момента зачисления ценных бумаг на счет нового титульного владельца ценная бумага формально является собственностью прежнего владельца (иное вещное право, право залога или право доверительного управления признается принадлежащим прежнему владельцу).

При осуществлении перевода ценных бумаг ценная бумага до момента зачисления на счет депо нового титульного владельца не списывается со счета депо прежнего титульного владельца, а помещается на специальный блокированный раздел. Таким образом ограничивается, “блокируется” право прежнего титульного владельца на распоряжение ценной бумагой. С момента зачисления ценных бумаг на счет депо нового титульного владельца к последнему переходит право собственности. Сообщение о такой операции немедленно передается от обслуживающего его депозитария или реестродержателя депозитарию или реестродержателю, обслуживающему прежнего владельца, непосредственно, либо через посредство депозитария (реестродержателя), который может обслуживать как депозитария прежнего владельца, так и депозитария нового владельца. После получения подтверждения о зачислении ценных бумаг на счет депо нового титульного владельца ценные бумаги списываются со счета прежнего титульного владельца. Представляется, что такая концепция обеспечивает определенную защиту по “горизонтальным” связям (владелец -владелец), поскольку прежний владелец не сможет произвести отчуждение ценных бумаг, находящихся в процессе перевода, а новый владелец сможет произвести такое отчуждение с того момента, когда ценная бумага будет зачислена на его счет. Предложенная концепция позволяет также определить лицо, которое будет иметь право на осуществление прав, закрепленных ценными бумагами, находящимися в процессе перевода. Эта концепция не противоречит общему принципу передачи информации о кредиторах эмитенту и предполагает направление информации о тех владельцах, на счетах депо которых учитываются ценные бумаги. Вместе с тем, может быть предложено, чтобы обязательства из ценных бумаг, находящихся в процессе перевода, не исполнялись эмитентом до момента окончания перевода (то есть зачисления ценных бумаг на счет нового титульного владельца) или до момента получения известия об отказе в осуществлении перевода (в этом случае ценная бумага на счете депо прежнего владельца должна быть переведена из блокированного режима в обычный). Таким образом, эмитент исполняет обязательства из ценных бумаг тому титульному владельцу, о котором поступила информация и на счете депо которого ценные бумаги не находятся в указанном блокированном режиме. Возможно, в данном случае целесообразно рассмотреть вариант исполнения обязательств прежнему титульному владельцу, если в последний день срока осуществления соответствующих прав у эмитента нет информации о новом владельце.

Изложенная концепция определения момента перехода прав на ценные бумаги в процессе перевода (условно: “в пути”), в частности, была предложена автором настоящей работы совместно с Б.В.Черкасским членам рабочей группы, созданной в Государственной думе Федерального собрания Российской Федерации для работы над законопроектом по внесению изменений в Федеральный закон “О рынке ценных бумаг”.

5.5. Функции и место номинального держателя в системе учета прав на ценные бумаги.

Особое место среди реестродержателей и депозитариев занимает номинальный держатель. Необходимо отметить, что за период, прошедший со времени вступления в силу ФЗ “О рынке ценных бумаг” жизнь внесла свои коррективы в определение места номинального держателя в учетной системе. В некоторых вопросах деятельности номинальных держателей в настоящее время даже существует определенное противоречие закону.

Итак, в соответствии с концепцией номинального держания, нашедшей отражение в ФЗ “О рынке ценных бумаг” последний определяется как лицо, зарегистрированное в системе ведения реестра, в том числе являющееся депонентом депозитария, и не являющееся владельцем в отношении этих ценных бумаг

Закон не связывает выполнение функций номинального держателя с обязательным наличием лицензии профессионального участника рынка ценных бумаг и указывает лишь на такую возможность. При этом в ст. 8 ФЗ “О рынке ценных бумаг” установлено, что депозитарий может быть зарегистрирован в качестве номинального держателя ценных бумаг в соответствии с депозитарным договором. Брокер может быть зарегистрирован в качестве номинального держателя ценных бумаг в соответствии с договором, на основании которого он обслуживает клиента.

Внесение имени номинального держателя ценных бумаг в систему ведения реестра, а также перерегистрация ценных бумаг на имя номинального держателя не влекут за собой переход права собственности и/или иного вещного права на ценные бумаги к последнему.

В соответствии с законом основная функция номинального держателя заключается в осуществлении необходимых действий для возможности осуществления владельцем ценных бумаг своих прав, удостоверенных ценными бумагами, что обеспечивается путем предоставления реестродержателю списка владельцев ценных бумаг, для которых он является номинальным держателем.

Устанавливалось также, что номинальный держатель обязан осуществлять учет ценных бумаг, которые он держит в интересах других лиц, на отдельных забалансовых счетах.

При этом указанные функции номинального держателя определяются вне зависимости от формы выпуска и, буквально, могут относиться в том числе и к классической документарной форме выпуска.

Изначально цель, ради которой был введен такой участник отношений была неясной. Для того, чтобы, например, решить проблему возможного осуществления прав от имени владельца ценных бумаг другим лицом не было необходимости вводить понятие номинального держателя, поскольку эта проблема решается на основе норм о представительстве. Для осуществления прав, закрепленных (удостоверенных) ценными бумагами от имени владельца ценных бумаг представителю последнего не было необходимости быть внесенным в систему ведения реестра, тем более от своего имени. В ФЗ “О рынке ценных бумаг”, в частности, прямо указано на то, что номинальный держатель ценных бумаг может осуществлять права, закрепленные ценной бумагой, только в случае получения соответствующего полномочия от владельца.

Номинального держателя ни в коем случае нельзя путать с лицом, которое приобрело ценные бумаги от своего имени, но за счет клиента и зачислило их на свой счет, но не номинального держателя, а лицевой счет владельца. В этих случаях такое лицо для гражданского оборота по формальным признакам будет выступать не в качестве номинального держателя, а в качестве реального владельца ценных бумаг (проблема легитимации владельца движимых вещей, в том числе ценных бумаг была рассмотрена нами в главе 1).

Таким образом, номинальный держатель, как лицо, внесенное в реестр, мог выступать лишь связующим звеном между эмитентом и реальным владельцем ценных бумаг, получающим информацию, имеющую значение для реализации прав последним. Такая роль “информатора” могла быть удобна владельцу ценных бумаг. Однако, основная полезность номинального держателя заключалась в том, что с помощью регистрации его имени в реестре могла быть упрощена процедура обращения именных ценных бумаг, поскольку законом предусмотрено, что при совершении сделки с ценными бумагами лицами, имеющими одного номинального держателя, изменения в систему ведения реестра не вносятся. О реальном изменении кредиторов эмитент (должник), таким образом, может узнать лишь на момент предоставления номинальным держателем списка владельцев ценных бумаг.

Вместе с тем, с развитием депозитарных отношений стало ясно, что номинальный держатель по существу может выполнять ту же функцию, что и депозитарий, а режим его счета в системе ведения реестра аналогичен междепозитарному счету депо депозитария в другом депозитарии. Упомянутая выше обязанность номинального держателя осуществлять учет ценных бумаг приобрела смысл. Однако, для этого номинальному держателю необходима лицензия профессионального участника рынка ценных бумаг на осуществление депозитарной деятельности, поскольку в этом случае действия номинального держателя прямо подпадают под определение депозитарной деятельности. С этой точки зрения ни указание закона на возможность выполнения брокером функций номинального держателя в соответствии с договором, на основании которого он обслуживает клиента, ни указание на обязанность учета ценных бумаг не могут отменить такого требования. В этом смысле брокер, не обладающий депозитарной лицензией, может быть, например, номинальным держателем ценных бумаг классической документарной формы, чего, как правило, не бывает на практике, хотя такая возможность и допускается законом. Обязанность ведения учета ценных бумаг может сводиться лишь к внутреннему учету номинального держателя, записи в этом учете не будут иметь значение способов фиксации прав на ценные бумаги.

Вместе с тем для бездокументарной формы выпуска наличие у номинального держателя лицензии на осуществление депозитарной деятельности представляется необходимым. В настоящее время такой подход, состоящий в том, что номинальный держатель должен быть депозитарием, уже практически не вызывает споров среди специалистов рынка ценных бумаг.⁸³

С указанным изменением концептуальных подходов к определению понятия и функций номинального держателя непосредственно связано и решение проблемы правовой связи между ним и владельцем ценных бумаг. Сейчас эта связь предполагается непосредственной, поскольку, очевидно, что внесение имени номинального держателя в систему ведения реестра вместо имени реального владельца по умолчанию закона об ином порядке возможно только при волеизъявлении владельца. Вместе с тем на практике лицо, которому открыт счет номинального держателя, может непосредственно не обслуживать владельца ценных бумаг (не быть для него депозитарием). У такого лица может быть открыт счет депозитария, который, в свою очередь будет вести счет депо владельца ценных бумаг. В данном случае возникает трехуровневая система учета (1: владелец-депозитарий, 2: депозитарий - депозитарий (номинальный держатель), 3: депозитарий (номинальный держатель) - держатель реестра). При этом депозитарий - номинальный держатель обычно никаких полномочий от владельца не получает и не связан с ним правоотношениями. Такая ситуация формально не соответствует существующему законодательно закреплению номинального держателя. Поэтому

⁸³ См., например, статью И.Редькина и В.Яркова “Обращение взыскания на ценные бумаги”, “Рынок ценных бумаг”, 1998 г., № 2, стр.62.

одновременно с определением номинального держателя как депозитария необходимо также и устранить необходимость правовой связи между номинальным держателем и владельцем ценных бумаг.

В связи с этим также изложенное выше относительно специфики междепозитарных отношений в равной степени относится и к счету номинального держателя в системе ведения реестра с той лишь разницей, что отношения между реестродержателем и номинальным держателем возникают без договора, нормативными актами ФКЦБ России запрещено обуславливать открытие счета в системе ведения реестра наличием договора с реестродержателем. Только практика породила установление договорных связей между держателями реестров и номинальными держателями, аналогичными по своей природе междепозитарным договорам, но подчиненными более жесткому нормативному регулированию.

5.6. О спорах с участием реестродержателей и депозитариев

5.6.1. Отказ от внесения записей в систему ведения реестра

Один из наиболее распространенных видов конфликтных ситуаций связана с отказом от внесения изменений в реестр. Верховным судом РФ и Высшим арбитражным судом РФ в постановлении от 2 апреля 1997 года “О некоторых вопросах применения федерального закона “Об акционерных обществах” даны разъяснения, касающиеся возможности владельца акций в такого рода случаях обратиться в суд (арбитражный суд) с требованием об обязанности акционерного общества (держателя реестра) внести запись о нем в реестр акционеров. Суд в случае необоснованности отказа или уклонения держателя реестра от внесения в него соответствующей записи по требованию акционера обязывает держателя реестра внести необходимую запись с той даты, с которой она должна была быть внесена в соответствии с законом.

Вместе с тем не только неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязанности по внесению изменений в систему ведения реестра порождает проблему определения лица, которому должно быть произведено исполнение эмитентом, но и то обстоятельство, что, например, для акционерных обществ законодательство устанавливает трехдневный срок для внесения соответствующих изменений. Составление реестра владельцев может попасть на период течения этого срока и в связи с этим возникает вопрос, должно ли лицо быть включено в реестр, если указанный срок не истек.

Рассмотренные выше нормы ст. 29 ФЗ “О рынке ценных бумаг” в определенной степени противоречивы. С одной стороны, как было отмечено выше, в определенных случаях запись в реестре является не только условием осуществления, но и условием перехода самих прав, закрепленных (удостоверенных) ценными бумагами, а, с другой стороны требуется уведомление реестродержателя. При этом критична такая ситуация, очевидно, именно в тех случаях, когда учет прав на ценные бумаги осуществляется непосредственно в реестре, поскольку в иных случаях реестр составляется на основе списков, представленных номинальными держателями (депозитариями), что не сопряжено с внесением изменений в систему ведения реестра. Представляется, что ответ на поставленный выше вопрос может заключаться в следующем. Поскольку нормы общегражданского законодательства (ст. 382 ГК РФ) моментом исполнения уступки требования определяют уведомление должника, а также учитывая, что в ФЗ “О рынке ценных бумаг” как специальном законодательном акте также указано на уведомление реестродержателя, с момента надлежащего уведомления последнего (то есть представления надлежащим образом оформленных документов, являющихся основаниями для внесения изменений в систему ведения реестра), риск невнесения изменений в

систему ведения реестра с момент представления таких документов должен перекладываться на реестродержателя.

Споры об отказе от внесения изменений в систему ведения реестра (несвоевременном внесении изменений в систему ведения реестра) составляют одну из наиболее распространенных категорий споров с участием реестродержателей.⁸⁴

В отношении этой категории споров помимо вышеизложенных моментов интерес представляет позиция судов (арбитражных судов) по вопросу об обоснованности отказа реестродержателя по внесению изменений в систему ведения реестра. В частности, А.Синенко отмечает: “По мнению судов, Федеральная комиссия не вправе регулировать своими актами вопросы, связанные с установлением случаев отказа от внесения записи в реестр. В обоснование своей позиции суды ссылаются на ст. 11 Арбитражного процессуального кодекса РФ и фактически не применяют акты ФКЦБ России, считая их актами иных федеральных органов исполнительной власти, а не правовыми актами в смысле ст. 3 ГК РФ.”⁸⁵

При этом речь идет, например, о таком основании отказа, как отсутствие у регистратора анкеты зарегистрированного лица, вытекающего из Положения о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг, утвержденного постановлением ФКЦБ России № 27 от 2 октября 1997 года. “Без анкеты, которая должна содержать образец подписи зарегистрированного лица, регистратор не имеет возможности установить, является ли подпись на передаточном распоряжении (ином документе) действительно подписью зарегистрированного лица”.⁸⁶ Представляется, что в данном случае дело даже не в определении действительности подписи, (поскольку реестродержатель, как правило, определяет правомерность проставления подписи не на основании полноценной экспертизы, а по внешним признакам), а в установлении границ разумной осмотрительности и добросовестности со стороны реестродержателя. С этой точки зрения нельзя не согласиться с А.Синенко. И хотя автор отрицательно относится к многочисленным попыткам дать расширительное толкование законодательных актов на уровне ведомственного нормотворчества, по вопросу об определении оснований для отказа внесения записей в реестр возможно допустить, чтобы такие основания устанавливались нормативными актами ФКЦБ России, если они не противоречат законодательству. Основанием для такого правомочия ФКЦБ России является не только и не столько п. 5 ст. 42 ФЗ “О рынке ценных бумаг”, на который ссылается А.Синенко, но и ч. 3 ст. 149 ГК РФ, в соответствии с которой для бездокументарных ценных бумаг порядок официальной фиксации прав и правообладателей, порядок документального подтверждения записей и порядок совершения операций определяются законом или в установленном им порядке. С учетом указанной выше нормы ст. 42 ФЗ “О рынке ценных бумаг” такой порядок определяется нормативными актами ФКЦБ России. Аналогичная категория споров, причем как наиболее распространенная, возникает и с участием депозитариев и касается отказа в депозитарном переводе (несвоевременном) депозитарном переводе. Однако, поскольку отношения между депозитариями и регистраторами носят договорный характер, вопрос о правомерности отказа должен решаться в каждом конкретном случае с учетом условий договоров, которые, безусловно не должны противоречить законодательству.

Интересно, что в отношении категорий споров, связанных с отказом от внесения записей в реестр было высказано мнение о возможности предъявления негаторного иска (иска об устранении нарушений прав собственника, не связанных с лишением владения, ст. 304 ГК РФ) “собственником именных ценных бумаг в случае получения им отказа на

⁸⁴ см, например, статью А.Синенко “Судебные споры с участием регистраторов”, “Рынок ценных бумаг”, 1998 г., № 8, стр.80–85.

⁸⁵ А.Синенко, указ. соч., стр. 81.

⁸⁶ А.Синенко, указ. соч., стр. 81

просьбу о внесении в реестр владельцев...»⁸⁷ Поскольку субъектом предъявления негаторного иска, также как и виндикационного иска является собственник или иной владелец, которому предоставлено такое право (ст. 305 ГК РФ) такой подход может быть использован только для защиты прав юридического титульного владельца ценной бумаги, со счета которого она подлежит списанию, поскольку он будет являться таковым до перечисления ценных бумаг, например, на счет приобретателя. Вместе с тем такой иск, очевидно, неприменим для защиты прав приобретателя ценной бумаги (если например указанный юридический титульный владелец не пользуется своим правом на защиту), поскольку к моменту отказа реестродержателя внести соответствующие изменения по его счету еще не является собственником ценных бумаг.

В случае, если аналогичная ситуация возникает с участием депозитария, когда он отказывается, например, зачислить ценные бумаги на счет другого лица, негаторный иск, видимо неприменим вообще, поскольку отношения между депозитарием и его клиентами, как было рассмотрено выше, имеют договорный характер. При наличии договорных отношений собственника имущества с лицом, нарушившим его право, для защиты последних, как принято считать в теории, приоритет имеют обязательно-правовые, а не вещно-правовые способы защиты прав. Например, о таком приоритете обязательно-правовых способов защиты прав собственника (иск о неисполнении (ненадлежащем исполнении) договоров) перед вещно-правовыми (виндикация, негаторный иск) применительно к виндикационным искам писал В.В.Витрянский: «Виндикационный иск не может применяться для защиты права, вытекающего из договорных отношений сторон. Однако это не означает, что указанное право остается беззащитным. Просто сторона, чьи интересы нарушены, должна использовать не вещно-правовые, а обязательно-правовые способы защиты.»⁸⁸

5.6.2. Незаконное списание - виндикация или неосновательное обогащение?

Вторая категория споров, непосредственно связанная с рассмотренным выше вопросом о возможности виндикации ценных бумаг, в том числе безналичных, касается вопроса о категории иска, который может быть предъявлен, если со счета неправомерно были списаны ценные бумаги. Эта проблема в равной степени касается и депозитариев и реестродержателей. Решение вопроса зависит от позиции по вопросу о возможности виндикации ценных бумаг, который, как рассмотрено выше, является частью общего вопроса о возможности виндикации родового имущества. Как было отмечено выше, если теоретически допускается виндикация родового имущества, то эта проблема разрешима и для безналичных ценных бумаг только на ином уровне абстракции.

В случае обнаружения ценных бумаг, например, на счете какого - либо лица, если они неосновательно были списаны со счета другого лица виндикация может осуществляться путем возврата ценных бумаг опять на счет, с которого ценные бумаги были неосновательно списаны. Хотя выглядит это как сторнирующие записи в балансах депо, юридические последствия именно такие, как при возврате материальных вещей. Если часть ценных бумаг была, например, уже отчуждена их приобретателем, то в данном случае мы сталкиваемся с общей проблемы защиты прав добросовестного приобретателя. При этом представляется, что в данном случае, для именных эмиссионных безналичных ценных бумаг, также как в свое время для классических документарных предъявительских ценных бумаг, целесообразно введение исключения виндикации от добросовестного приобретателя, учитывая существующие технологии массового обращения ценных бумаг

⁸⁷ А.В.Трофименко "Право собственности на ценные бумаги". Автореф. дисс. на соискание ученой степени канд. юр. наук, Саратов, 1997 г., стр. 20

⁸⁸ В.В.Витрянский "Защита имущественных прав акционеров и акционерных обществ", Москва, "Центр деловой информации", 1994 г., стр. 57

и, в частности, расчетов по сделкам с ними на нетто-основе. Поэтому в такой ситуации к недобросовестному приобретателю возможен, также как и в случае утраты материальных вещей, иск о возмещении убытков.

К денежным средствам и иному родовому имуществу, в том числе ценным бумагам предлагается применять иск из неосновательного обогащения (сбережения) имущества. Вместе с тем, нельзя забывать о том, что родовое имущество является объектом вещных прав, а такого рода иски не относят к вещно-правовым способам защиты. Более того, неосновательное обогащение по терминологии римского права рассматривается как “квазиделикт” и является основанием обязательственных отношений между незаконно обогатившимся и лицом, которому причинен ущерб. “Незаконное обогащение создает обязательственное отношение между обогатившимся лицом, потерпевшим от того вред. Следовательно последнее лицо может обратиться с правом требования только непосредственно к лицу обогатившемуся, но не ко всякому другому, с иском о возвращении переданной вещи.”⁸⁹ Таким образом позволим себе допустить существование коллизии между отнесением вещей, определенных родовыми признаками, к нормальным вещам, объектам вещных прав, и таким образом, в силу абсолютного характера этих прав предполагающих абсолютную защиту от всех других лиц и невозможностью с другой стороны осуществлять такую защиту вещно-правовыми способами (на основе виндикационных исков).

Таким образом, надо либо допустить истребование из чужого незаконного владения, например, трех килограммов риса, похищенных из моего амбара (причем не обязательно того же самого) , либо признать, что защита прав собственника в данном случае невозможна, поскольку невозможно определить, сохранилась ли вещь в натуре и, соответственно, предложить собственнику взыскать убытки. От других лиц - добросовестных приобретателей такой рис, очевидно, нельзя истребовать по тем же причинам, что предъявительские ценные бумаги.

Изложенная проблема, очевидно, гораздо глубже и шире, чем это может быть рассмотрено в настоящем исследовании. Поэтому изложенная позиция о возможности виндикации родовых безналичных ценных бумаг, в том числе именных, как родового имущества от недобросовестных приобретателей с запретом виндикации для добросовестного приобретателя также, как это в настоящее время установлено для ценных бумаг на предъявителя, возможно, спорна. Однако, предлагать собственнику защищать свое право исключительно обязательно-правовыми способами на основе исков из неосновательного обогащения, также достаточно сомнительно.

В любом случае невозможности получения обратно ценных бумаг, на основе ли виндикационного иска, на основе иска о неосновательном обогащении, о признании оспоримой сделки недействительной (или применений последствий недействительности ничтожной сделки) вступает в силу универсальное правило о возможности возмещения убытков в денежной форме. А.Синенко рассматривает еще один способ защиты нарушенных прав, который, возможно, также заслуживает внимания: обязанность ответчика приобрести на рынке необходимое количество ценных бумаг и передать их в собственность истца. Однако в данном случае возникает вопрос о том, к какому способу защиты отнести такой вариант. А Синенко предлагает рассматривать это в качестве требования о восстановлении положения, существовавшего до нарушения права. Однако, очевидно, этим способом и является реституция (возврат сторон в первоначальное положение) применяемая в качестве последствия недействительности сделки. Если ценные бумаги утрачены (списаны со счета), которая при невозможности возврата

⁸⁹ Г.Ф.Шершеневич, Учебник русского гражданского права, М., “Спарк”, 1995 г., стр.405

имущества в натуре предполагает возмещение его стоимости в деньгах (ст. 167 ГК РФ). Поэтому в данном случае в качестве способа защиты прав более корректно рассматривать присуждение к исполнению обязанности в натуре (ст. 12 ГК РФ).

5.7. Что такое Учетная система

5.7.1. Сближение функций реестродержателей, депозитариев и номинальных держателей как предпосылка создания Учетной системы рынка ценных бумаг.

Изложенные выше вопросы, касающиеся определения понятий регистраторов, депозитариев, номинальных держателей, их функций и природы правоотношений, возникающих с их участием требуют общих пояснений об учетной системе, сложившейся за последние несколько лет в Российской Федерации.

Собственно термин “Учетная система” появился в Докладе о концептуальных походах к месту и роли депозитарной деятельности на современном рынке ценных бумаг, подготовленном ведущими специалистами рынка ценных бумаг, представляющими как государственные органы, так и профессиональных участников рынка ценных бумаг, и утвержденном Первым заместителем Председателя Правительства Российской Федерации 9 июля 1997 года № БН-П13-21918. Затем этот термин нашел отражение в Положении о депозитарной деятельности в Российской Федерации, утвержденном постановлением ФКЦБ России 16 октября 1997 года № 36.

Этот термин является универсальным с точки зрения охвата им всей совокупности правоотношений, возникающих с участием реестродержателей, регистраторов, номинальных держателей, эмитентов, владельцев ценных бумаг. Возможность построения учетной системы на единых принципах стала возможной благодаря очевидным фактам взаимопроникновения и сближения функций реестродержателей, депозитариев и номинальных держателей. Как отмечалось в докладе “в зависимости от национальных традиций, конкретного устройства, особенностей законодательства экономической нормативной лексики у элементов этой “подотрасли” могут быть различные наименования (депозитарии, кастодианы, регистраторы, трансфер-агенты и проч.) Для обобщения всех подобных институтов (и их функций) целесообразно ввести условное понятие “Учетная система” с тем, чтобы в общем виде описать ее функции по отношению к другим составляющим рынка ценных бумаг и экономики, а затем - изучить ее состав и взаимоотношение элементов.”

5.7.2. Задачи Учетной системы на рынке ценных бумаг

В докладе также была сформулирована задача Учетной системы на рынке ценных бумаг (УС РЦБ): “Эта задача выражена в следующих двух основных (“квалифицирующих”) функциях ...: (1) подтверждение прав кредиторов, закрепленных в ценных бумагах, и (2) подтверждение прав собственности (и иных вещных прав) на ценные бумаги как на имущество. Эти функции выражаются в том, что УС РЦБ оказывает услуги клиентам (кредиторам, должникам, собственникам и прочим), свидетельствуя о наличии и характере правоотношений по поводу ценных бумаг. С точки зрения данного доклада любое лицо, выполняющее эти функции, осуществляет депозитарную деятельность, и в дальнейшем именуется “депозитарием”.

5.7.3. Принципы и схемы построения Учетной системы на рынке ценных бумаг.

Предложенная в указанном докладе схема построения Учетной системы учитывает главную составляющую концепции безличных ценных бумаг - сохранение двойственности их природы.

С этой точки зрения Учетная система предполагает обеспечение наличия разноуровневых горизонтальных и вертикальных связей. Для удобства под горизонтальными связями мы будем понимать правоотношения, на основании которых осуществляется учет прав на ценные бумаги и, таким образом, опосредуются горизонтальные связи (“владелец-владелец”). Под вертикальными связями, в свою очередь, мы можем понимать правоотношения, на основании которых обеспечивается идентификация владельцев ценных бумаг перед их должником (эмитентом ценных бумаг) и обеспечиваются условия осуществления прав, закрепленных ценными бумагами), что таким образом, опосредует связи (кредитор - должник).

В частности при описании взаимодействия депозитариев в рамках УС РЦБ при подтверждении права собственности (и иных вещных прав) на ценные бумаги установлен рассмотренный выше в настоящем исследовании принцип : в любой момент времени на ценную бумагу может существовать только один способ фиксации прав и только у одного лица): “Для любого лица, обладающего правом собственности (или иным вещным правом) на конкретную ценную бумагу, правоотношения по которой учитываются в УС РЦБ, в любой момент времени должен существовать единственный депозитарий во всей УС РЦБ, который подтверждает это право. Этот депозитарий должен находиться в договорных отношениях с таким лицом... для организации ...передачи прав на ценные бумаги между депонентами, заключившими депозитарные договоры с разными депозитариями, такие депозитарии должны находиться в договорных отношениях друг с другом -непосредственно, либо опосредовано через другие депозитарии. Таким отношения именуется “междепозитарными” отношениями, а заключаемые для их поддержания договоры - “договорами о междепозитарных отношениях”.

Взаимодействие депозитариев в рамках УС РЦБ при подтверждении прав кредиторов по ценным бумагам в соответствии с указанным докладом должно осуществляться следующим образом: “Должник (эмитент) по ценным бумагам должен выбрать (“аккредитовать”) только один депозитарий, который будет подтверждать перед этим должником права кредиторов, закрепленные в ценных бумагах. Такой депозитарий именуется “головным регистрирующим депозитарием” по взаимодействию с данным должником (эмитентом). В терминологии текущего законодательства такая разновидность депозитариев носит наименование регистраторов. Каждый должник (эмитент) может иметь только один головной регистрирующий депозитарий по всем выпускам своих эмиссионных ценных бумаг...Подтверждение прав кредиторов головным регистрирующим депозитарием перед должником является презюмирующим в системе доказательств по отношению ко всем другим способам такого подтверждения. Должник исполняет свои обязательства по ценным бумагам перед лицами, казанными в качестве кредиторов головным регистрирующим депозитарием. По каждому выпуску ценных бумаг между головным регистрирующим депозитарием и любым другим депозитарием, заключившим депозитарные договоры с собственниками этих же ценных бумаг, должны существовать отношения “аккредитации” - либо непосредственно, либо через иные депозитарии. Отношения “аккредитации” - это отношения, которые опосредуют передачу информации, позволяющую достоверно подтвердить права кредиторов, “снизу” от депозитариев, заключивших договоры о счете депо с собственниками - “вверх” к головному регистрирующему депозитарию...Отношения аккредитации устанавливаются (договоры заключаются) “сверху - вниз”, то есть последовательно между должником (эмитентом) и головным регистрирующим депозитарием, затем - между головным регистрирующим депозитарием и “нижестоящим” депозитарием, вплоть до депозитариев, заключающих депозитарные договоры с собственниками ценных бумаг.”

Изложенная модель построения Учетной системы лишь частично отражает существующее положение дел и в определенной степени является идеальной. В частности,

она не охватывает отношения, связанные с обращением классических документарных именных ценных бумаг, передача прав по которым также сопряжена с отражением информации в реестре. Кстати говоря именно из-за нетехнологичности обращения именных документарных ценных бумаг многие страны в принципе отказались от такой формы. Кроме того установление в качестве основания правоотношений по учету прав на ценные бумаги (депозитарных отношений) договоров правильно по сути, однако потребует изменений не только в законодательстве, но и в мышлении. Это связано с тем, что в настоящее время инвестору - владельцу ценных бумаг, который не имеет номинального держателя и непосредственно внесен в реестр, нет необходимости заключать договор с регистратором и, следовательно, прилагать дополнительные усилия, хотя отсутствие договорных отношений не фактически также требует определенного взаимодействия между владельцем ценных бумаг и реестродержателем, в частности, предоставления реестродержателю определенной информации о владельце ценных бумаг.

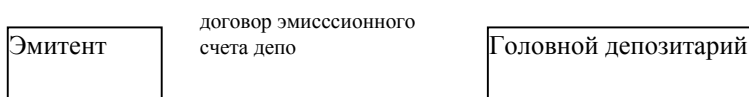
В большей степени изложенные в докладе принципы построения Учетной системы, очевидно, в настоящее время отражены в Учетной системе государственных ценных бумаг - ГКО-ОФЗ. Эти ценные бумаги выпущены в так называемой документарной форме с обязательным централизованным хранением (прообразом которой послужили германские выпуски ценных бумаг, оформленные единым глобальным сертификатом, помещаемым на хранение в депозитарий). Глобальный сертификат является изначально "обездвиженной (иммобилизованной) ценной бумагой. Его передача в депозитарий не влечет передачу последнему прав на ценные бумаги. Каждая ценная бумага данного выпуска учитывается по счету депо.

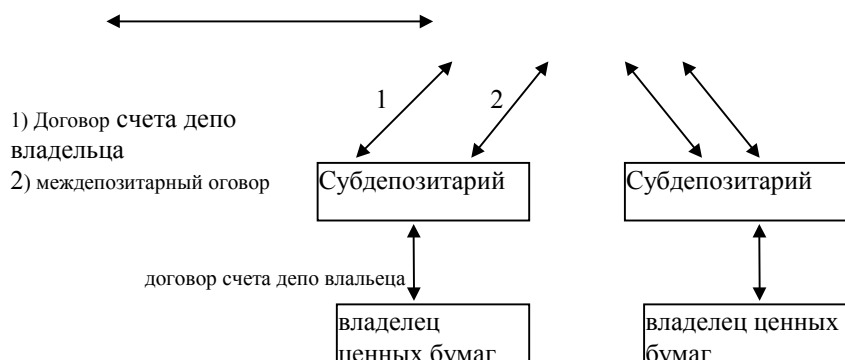
В этом случае терминологически форма выпуска ценных бумаг не совпадает с формой ценной бумаги. Форма выпуска является документарной, каждая из ценных бумаг по терминологии ГК РФ обращается как бездокументарная ценная бумага. Отдельные ценные бумаги не могут быть получены их владельцами в виде документов (сертификатов). Несмотря на то, что эти ценные бумаги определены как именные, система ведения реестра по ним не поддерживается, что в настоящее время предусмотрено ФЗ "Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг" и роль Головного учетного института, обеспечивающего подтверждение прав кредиторов перед эмитентом ценных бумаг выполняет Головной депозитарий, связанный договорными отношениями с эмитентом, которому в Головном депозитарии открывается эмиссионный счет депо.

Упомянутые в докладе отношения аккредитации, действительно, строятся "сверху-вниз", поскольку без междепозитарного договора с Головным депозитарием другие лица не смогут выполнять функции депозитариев на этом рынке. С точки зрения опосредования вертикальных связей: кредитор-должник, таким образом, Головной депозитарий выступает депозитарием первого уровня, а его депоненты - другие депозитарии - депозитариями второго уровня.

С точки зрения опосредования горизонтальных связей "владелец-владелец" депозитарием первого уровня, напротив, следует считать депозитарий, в котором открыт счет депо владельца, а депозитарием второго уровня - Головной депозитарий. Вместе с тем, поскольку депозитарии первого уровня являются также участниками этого рынка, имеющими право приобретать ценные бумаги от своего имени и за свой счет, в Головном депозитарии им, помимо междепозитарного счета, открывается также счет депо владельца. Поэтому для них Головной депозитарий является депозитарием первого уровня.

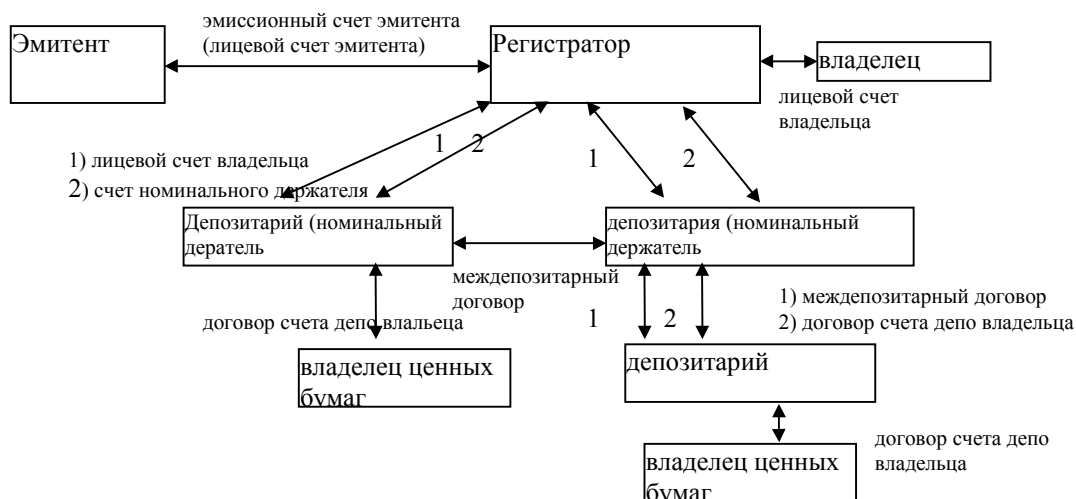
На схеме такая система учета выглядит следующим образом:





Эта система достаточно жестка и не допускает, в частности, наличия прямых междепозитарных отношений между субдепозитариями

Определенные аналогии с рассмотренной выше системой учета прослеживаются при описании системы учета прав на корпоративные ценные бумаги бездокументарной формы выпуска (те связи, которые могут существовать в настоящее время без договоров, определены на схеме через типы счетов).



На этой схеме изложены по существу все возможные связи, хотя на практике система учета может быть более жесткой и приближаться по видам связей к Системе учета ГКО-ОФЗ с той лишь разницей, что место Головного депозитария занимает регистратор. В этой системе могут существовать междепозитарные отношения между депозитариями (номинальными держателями), хотя это усложняет систему и представляется неправильным, поскольку переводы все равно осуществляются через их счета номинальных держателей у реестродержателя.

В рассмотренных Системах учета ценные бумаги находятся там, где открыты счета депо владельцев, включая залогодержателей и доверительных управляющих (лицевые счета владельцев) или эмиссионные счета депо (эмиссионные счета эмитента, лицевые счета эмитента). Все остальные связи носят характер междепозитарных.

Необходимо отметить, что в рассмотренном выше докладе функции Головного учетного института определены более узко, чем есть на самом деле. Функции Головного учетного института (в первом случае - Головного депозитария, во втором случае -

Реестродержателя) могут не ограничиваться обеспечением только вертикальных связей, поскольку в Головной учетный институт, как правило, помимо междепозитарных счетов (счетов номинального держателя) может открывать счета владельцам ценных бумаг непосредственно и в этом случае он осуществляет учет прав на ценные бумаги, которые таким образом остаются в Головном учетном институте и не попадают в другие депозитарии.

Вместе с тем даже существующие учетные системы стали мобильны с точки зрения перемещения ценных бумаг внутри учетной системы, что может приводить к изменению способов фиксации прав на ценные бумаги.

Например, при депонировании сертификата ценных бумаг в депозитарий происходит зачисление их на счет депо и с этого момента меняется способ фиксации прав на ценные бумаги - с сертификата на запись по счету депо (выше мы рассматривали вопрос о том, что при заключении договора хранения формально изменения способа фиксации прав на ценные бумаги не происходит и какие-либо учетные записи хранителя в этом случае не имеют указанных юридических последствий).

При переводе ценных бумаг с лицевого счета владельца у реестродержателя на счет депо владельца в депозитарии способ фиксации - запись по лицевому счету в системе ведения реестра заменяется на другой - запись по счету депо (и наоборот). В настоящее время изложенное предусмотрено Положением о депозитарной деятельности в Российской Федерации, утвержденным постановлением ФКЦБ России от 16 октября 1997 года № 36.

5.8. Что такое Центральный депозитарий по-российски

Помимо рассмотренных выше проблем функционирования Учетной системы в Российской Федерации, представляется также интересным остановиться на проблеме создания в Российской Федерации Центрального депозитария, о котором в последнее время ведутся многочисленные и острые дискуссии под лозунгом: “Быть ли в России Центральному депозитарию”. Между тем, нормативная регламентация деятельности Центрального депозитария продолжается, что не может не вызвать тревогу как с практической, так и с теоретической точек зрения.

В настоящее время вопросы создания и деятельности Центрального депозитария регламентированы Указом президента Российской Федерации от 16 сентября 1997 года № 1034 “Об обеспечении прав инвесторов и акционеров на ценные бумаги в Российской Федерации”, а также постановлением Правительства Российской Федерации от 16 марта 1999 года № 291, утвердившим Положение о предоставлении Центральным депозитарием - Центральным фондом хранения и обработки информации фондового рынка документов, подтверждающих права на ценные бумаги, которые находятся на хранении либо права на которые учитываются в национальной депозитарной системе.

В том виде, в котором в указанных нормативных актах дано определение и описаны функции Центрального депозитария, от депозитария осталось лишь название, поскольку он не осуществляет главную функцию депозитария - учет прав на ценные бумаги, а лишь должен собирать и хранить информацию от других участников депозитарной системы. С этой точки зрения принципиально неверным и недопустимым является возложение на Центральный депозитарий (определенный как Центральный фонд хранения и обработки информации фондового рынка) функции по предоставлению документов, подтверждающих права на ценные бумаги, которые находятся на хранении в национальной депозитарной системе либо права на которые учитываются в национальной депозитарной системе, по запросам судов, федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, а также собственников ценных бумаг (п. 3 Указа). Даже если

теоретически допустить создание технологии, которая позволяла бы этому Центральному депозитарию в общероссийском масштабе иметь всю информацию о состоянии счетов в режиме “он лайн”, с юридической точки зрения документы Центрального депозитария не могут выполнять такого рода подтверждающую функцию, поскольку презюмирующим в системе доказательств должны служить данные лица, осуществляющего фиксацию прав на ценные бумаги. Центральный депозитарий такую функцию, как отмечено, не осуществляет.

На вопрос о том, нужен ли Центральный депозитарий и о том, каковы могут быть его функции с учетом уже принятых нормативных актов, очень интересно ответил Б. Черкасский: “ Большинство цивилизованных стран в центр своей учетной системы в соответствии с рекомендациями Группы 30 поставило именно Центральный депозитарий. такая конструкция Учетной системы зарекомендовала себя как весьма эффективная. Вернись м в дорегистраторский период в 1992 года, вопросов бы не было...Сейчас ситуация другая.. Центральный депозитарий уже нельзя строить на чистом месте. Его надо встраивать в существующую Учетную систему, четко и грамотно определив его функции...Указ о центральном депозитарии, к сожалению , эти проблемы не решил. Более того, то, что в Указе названо “Центральным депозитарием - Центральным фондом хранения и обработки информации” по сути своей депозитарием не является...следовало бы из названия этой организации исключить слова “центральный депозитарий”, как не соответствующие ее функциям. и несколько переориентировать направленность этой организации на хранение и раскрытие информации о выпусках российских ценных бумаг. поддержку публичных баз данных о российском фондовом рынке, может быть, хранение резервных копий баз данных институтов Учетной системы и т.п., исключив крайне сомнительное, с юридической точки зрения, удостоверение прав на ценные бумаги клиентов других институтов.”⁹⁰

6. Зарубежный опыт как предпосылка развития института безналичных ценных бумаг в Российской Федерации

6.1. Рекомендации Группы 30.

Безусловно, мощным толчком к развитию финансового рынка в Российской Федерации послужило открытие границ и возможность познакомиться с зарубежным опытом функционирования рынка ценных бумаг. Конец восьмидесятых годов ознаменовался подготовкой доклада Группы 30 - неправительственной группы экспертов по вопросам международной финансовой системы, по существу определившим направления развития рынка ценных бумаг в мировом масштабе на текущее десятилетие и воспринятых во всем мире как основа национальных концепций развития финансовых систем: “Рекомендации, изложенные в докладе Группы 30 “представляют авторитетное мнение лидеров индустрии ценных бумаг и квалифицированных экспертов в этой области по вопросу о лучших практических направлениях развития. Сформулированные в конце 80-х годов и ориентированные на 1992 г. как на финальный срок исполнения, эти рекомендации не потеряли своей актуальности и сейчас, спустя 10 лет. Во-первых, из-за того, что не все развитые страны сдержали заявленные сроки. Во-вторых, из за того, что к

⁹⁰ Б.В.Черкасский, “Мы имеем такую учетную систему, которую заслуживаем”, “депозитариум”, инф. бюллетень НП “Национальный депозитарный Центр” и ЗАО “Московская Межбанковская валютная биржа”, 1999 г., № 3, стр. 10

этим рекомендациям присоединяются все новые национальные рынки, примером чего является наш развивающийся российский рынок ценных бумаг.”⁹¹

В соответствии с Рекомендацией 3 Доклада группы 30 каждая страна должна иметь развитый и эффективно действующий Центральный депозитарий. Как отмечено в указанной рекомендации “основной целью создания Центрального депозитария ценных бумаг (ЦД) является обездвиживание или дематериализация ценных бумаг и дальнейшее обслуживание сделок с ценными бумагами в форме системы безналичных счетов. Депозитарная система предоставляет основу для создания эффективной системы исполнения сделок с низким уровнем риска. Важнейшей чертой метода безналичных счетов является то, что перевод некоторого количества фондовых ценностей с одного счета на другой осуществляется просто путем дебетно-кредитных операций со счетами в ЦД.”⁹² А ведь в разработке доклада принимали участие и эксперты из стран с континентальной системой права. Не случайно в рекомендациях далее отмечено: “ЦД должны обездвигивать или дематериализовывать принятые на хранение выпуски. Но хотя дематериализация предоставляет значительные удобства в смысле эффективности и гибкости торговли, законодательство и сложившаяся практика в некоторых странах дематериализации не допускают. В такой ситуации следует рассмотреть возможность изменения законов в соответствующем направлении.”⁹³

6.2. Примеры реализации рекомендаций Группы 30 в отдельных странах.

Показательным является опыт Франции - страны с континентальной системой права, не только воспринявшей возможность существования безналичных ценных бумаг, но и решившей этот вопрос на законодательном уровне радикальным способом. Как отмечает, например, М.Крылова, Франция: по праву считается пионером среди европейских стран в деле перехода на безналичную форму обращения фондовых ценностей. Французский Закон о финансах на 1982 г. (№81-1160 от 30.12.81 г. предписывал за 18 месяцев полностью перейти на систему выпуска и обращения ценных бумаг исключительно в виде прав, соответствующих безналичным ценным бумагам (ценным бумагам *non presentees*, что переводится как “не представляемые, не предъявляемые, не визуализируемые и т.п., то есть ценные бумаги, которые в обороте ничем материальным не представлены) По истечении указанного срока все перечисленные в законе ценные бумаги должны быть обращены в безналичную форму и учтены на лицевых счетах, ведущихся эмитентом или профессиональным посредником для каждого держателя.”⁹⁴

В настоящее время во Франции обращение безналичных ценных бумаг обеспечивается системой депозитариев (банков и фирм по ценным бумагам) во главе с центральным депозитарием SICOVAM. “Французская индустрия ценных бумаг перешла полностью на безбумажную технологию.”⁹⁵

Германия в этом вопросе не была столь радикальна. Нормы Германского гражданского уложения до сих пор базируются на понятии ценной бумаги как документа. Основным способом, используемым для помещения ценных бумаг в депозитарную систему является иммобилизация (обездвиживание) ценных бумаг в виде документов и обращение их в дальнейшем по счетам депо. В немецком кассовом союзе, выполняющего

⁹¹ Рынок ценных бумаг. Шаг России в информационное пространство, Москва, “Экономика”, 1997 года стр. 14.

⁹² там же, стр.20.

⁹³ там же, стр. 21

⁹⁴ М.Крылова, “Ценная бумага - вещь, окумент или совокупность прав?”, “Рынок ценных бумаг”, 1997 год, № 5, стр. 30.

⁹⁵ Б.Б.Рубцов, “Зарубежные фондовые рынки”, Москва, “ИНФРА-М”, 1996 г. стр.216

роль центрального депозитария, ценные бумаги обращаются в безналичной форме. При этом примирение между нормами гражданского законодательства, требующего наличие документа, и реально существующей технологией учета, достигается с помощью оформления всего выпуска ценных бумаг глобальными сертификатами. Благодаря системе коллективного хранения сертификаты хранятся в Немецком кассовом союзе без необходимости их физического перемещения. Расчеты по сделкам с ценными бумагами в системе Немецкого кассового союза осуществляются путем трансфертов по счетам без физического перемещения сертификатов. А ведь нельзя забывать о том, что в результате именно и только таких трансфертов осуществляется переход права собственности к другим лицам, например, по сделкам купли-продажи без какого бы то ни было изменения в сертификатах, находящихся в депозитарии. Конечно, справедливости ради, необходимо отметить, что германский Закон о депозитах, регламентирующий в том числе и возможность оформления ценных бумаг глобальным сертификатом в основе своей имеет модель коллективного (обезличенного) хранения, известного и российскому законодательству и влекущего за собой по германскому законодательству возникновение общей собственности на переданные депозитарию ценные бумаги. Вместе с тем это никак не объясняет тот факт, что при совершении сделок с ценными бумагами и осуществлении переводов по счетам депо в Немецком кассовом союзе или других депозитариях продаются именно ценные бумаги определенного выпуска, а не доля в праве собственности. Да и оформление всего выпуска ценных бумаг единым глобальным сертификатом, который может находиться в депозитарии в течение всего периода обращения ценных бумаг данного выпуска также мало корреспондируется с правилами оборота классических документарных ценных бумаг.

Вместе с тем, и в Германии существуют и полностью бездокументарные бумаги, хотя касается это только государственных ценных бумаг. С этой точки зрения представляет интерес Положение о долгах империи от 13 февраля 1924 г. (Имперский Вестник законов I, стр. 95), в котором предусмотрено, что долговые обязательства в виде облигаций по займам империи, составленные на предъявителя, могут быть преобразованы в зарегистрированные долги империи путем занесения в имперскую долговую книгу, а также Закон об имперской долговой книге. В силу специфических формулировок указанных законов сделать вывод о возможности рассмотрения записей по счетам в долговой книге в качестве бездокументарных ценных бумаг - объектов вещных прав достаточно проблематично. Однако интересно, что параграф 11 Закона об имперской долговой книге предусматривает возможность залога зарегистрированных требований. Вместе с тем, в Германии залог рассматривается как разновидность вещного права. Таким образом, формально, для того, чтобы быть объектом залога, имущество должно быть объектом вещного права.

Кроме того в упомянутом параграфе 11 также устанавливается, что арест имущества или временная приостановка действия зарегистрированного требования путем принудительного исполнения или ареста должны регистрироваться на счете в долговой книге с последующим их аннулированием после отмены данных распоряжений. Такая норма также позволяет предположить, что зарегистрированные требования с точки зрения законодательства Германии, а не только практики, могут приравниваться к объектам вещных прав.

Интересно также, что на практике в настоящее время в долговой книге в качестве номинального держателя указывается Немецкий кассовый союз, и в дальнейшем обращение германских государственных “зарегистрированных требований” осуществляется в депозитарной системе.

6.3. Международные депозитарно-клиринговые системы

Создание и успешное функционирование таких депозитарно-клиринговых систем как “Евроклир” и “Седел” подтверждает, что несмотря на различие в законодательствах, развитие финансовых технологий имеет общие тенденции и эти тенденции имеют в основании потребность в совершенствовании систем расчетов по сделкам с ценными бумагами, снижению рисков, связанных с исполнением сделок, снижение издержек, связанных с обращением ценных бумаг. При этом вопрос о том, могут ли безналичные ценные бумаги являться объектом таких сделок как купля-продажа, залог и др. даже не возникает!

Технологии обращения безналичных ценных бумаг, созданные в Российской Федерации в ряде случаев не имеют мировых аналогов (например, технологии, использовавшиеся на рынке государственных ценных бумаг Российской Федерации - ГКО и ОФЗ). Но в связи с тем, что даже несмотря на наличие норм, закрепленных в законодательстве, в теории не воспринят взгляд на безналичные ценные бумаги как объекты вещных прав. Из-за этого возникает удивительная ситуация: практика функционирования финансового рынка, в отдельных случаях судебная практика, законодательство (которое можно не считать противоречащим гражданскому кодексу Российской Федерации при адекватном толковании ст.ст. 128 ГК РФ и 149 ГК РФ) противостоит теоретическим изыскам, разбивающимся при первом же столкновении с реальной жизнью.

ГЛАВА IV ОБРЕМЕНЕНИЯ ЦЕННЫХ БУМАГ. ОСОБЕННОСТИ И МЕХАНИЗМЫ ФИКСАЦИИ ОБРЕМЕНЕНИЙ В УЧЕТНОЙ СИСТЕМЕ

В настоящее время кризисное состояние финансовой системы обусловило актуальность проблемы использования ценных бумаг в качестве обеспечения при залоговых отношениях, а также в гражданском и уголовном процессе и в исполнительном производстве. Хотя в настоящей главе в основном будут рассмотрены вопросы, связанные со спецификой фиксации прав на безналичные ценные бумаги, тем не менее определенно место будет отведено рассмотрению проблем, касающихся как классических документарных, так и безналичных ценных бумаг. представляется, что это лишний раз подчеркивает неизменность природы ценных бумаг вне зависимости от формы их выпуска.

7. Особенности фиксации залоговых обременений ценных бумаг

7.1. Ценные бумаги как предмет залога

Использование ценных бумаг в качестве предмета залога имеет свою специфику не только в связи с особенностями фиксации обременений прав на ценные бумаги в учете депозитария или регистратора. Своя специфика существует в силу двойственности правовой природы ценных бумаг, в том числе наличных (документарных).

Так в соответствии с действующим гражданским законодательством предметом залога может быть всякое имущество, в том числе вещи и имущественные права (требования). К вещам в силу ст. 128 ГК РФ, как было рассмотрено выше, относятся и ценные бумаги. При этом в настоящем исследовании мы исходим из признания в качестве объектов вещных прав не только классических документарных, но и бездокументарных ценных бумаг.

Представляется, что в регулировании вопросов залога ценных бумаг Гражданский кодекс Российской Федерации не учитывает двойственный характер любой ценной бумаги: как вещи, с одной стороны, а с другой - как способа оформления, как правило, обязательственных отношений, ею удостоверенных, и, слишком, на наш взгляд, подчеркивает лишь последнее. Например, в соответствии с п. 4 ст. 338 установлено, что при залоге имущественного права, удостоверенного ценной бумагой, она передается

залогодержателю либо в депозит нотариуса, если договором не предусмотрено иное. Такой подход к определению ценной бумаги как предмета залога представляется не совсем корректным по причинам, изложенным ниже при рассмотрении особенностей залога ценных бумаг.

Вместе с тем двойственность природы ценных бумаг, на наш взгляд, допускает разные возможности, которые существуют у сторон по договору о залоге. Как отмечалось выше, в Гражданском кодексе РФ терминологически речь идет о залоге прав, удостоверенных ценными бумагами (п. 4 ст. 338 ГК РФ), что умаляет значение института ценных бумаг, являющихся финансовым товаром.

По нашему мнению, возможности залога ценных бумаг гораздо шире. Залогодержатель, принимая в залог ценную бумагу, должен отдавать себе отчет в том, что же он принимает в залог: имущественное требование или ценную бумагу как имущество. Это зависит от целого ряда факторов, в частности, от сроков исполнения основного обязательства и сроков погашения по ценной бумаге (для ценных бумаг, имеющих такой срок). Немаловажным является также степень урегулированности вопросов передачи в залог именно имущественных прав.

Интересно, что даже применительно к документарным ценным бумагам, права на которые удостоверены сертификатами, национальное законодательство не содержит механизма реализации норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге прав, закрепленных ценными бумагами. Исключением, очевидно, можно считать вексельное законодательство, в соответствии с которым залог прав, удостоверенных векселем, непосредственно отражается в векселе путем проставления залогового индоссамента.

Однако, выбор такого способа обеспечения обязательства имеет смысл, если залогодержатель намеревается получить удовлетворение именно за счет реализации права “из” бумаги - права на получение вексельной суммы, в тех случаях, когда по сроки исполнения обязательств (основного, обеспеченного залогом) и вексельного совпадают или почти совпадают.

В противном случае, если, скажем срок исполнения кредитного договора 1 марта, а срок исполнения обязательства по векселю, являющемуся предметом залога - через шесть месяцев, для залогодержателя в данном случае может быть более выгодно реализовать ценную бумагу как имущество.

При этом возникает и другая проблема. Она связана с тем, что проставление препоручительного индоссамента не допускает возможности проставления в будущем индоссамента полноценного. Теоретически это может создать сложности при реализации векселя.

Нельзя забывать и о том, что национальное вексельное законодательство, основанное на международном договоре, является по сути единственным, напрямую содержащим подобного рода нормы о препоручительном индоссаменте. В этом смысле является допустимым отличный от национального законодательства подход, связанный с регулированием залоговых отношений.

Таким образом, хотя в действующем гражданском законодательстве и делается акцент на залоге права, удостоверенного ценной бумагой, однако никоим образом не оговорена возможность получения залогодержателем права на исполнение обязательства, удостоверенного ценной бумагой, вместо реализации заложенного имущества.

Позиция, в соответствии с которой может проводиться разграничение по наступающим последствиям между залогом прав, удостоверенных (закрепленных) ценной бумагой и залогом ценной бумаги в целом как имущества, прослеживается также например, в Обзоре практики разрешения споров, связанных с использованием векселя в хозяйственном

обороте (п. 8 информационного письма Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 25 июля 1997 года № 18).⁹⁶

При рассмотрении проблемы отражения в учете депозитария или регистратора залоговых обременений прав на ценные бумаги возникает целый ряд вопросов, на которых целесообразно остановиться отдельно. Поскольку автору наиболее близка депозитарная идеология учета безналичных ценных бумаг, в настоящей статье особенности залога таких ценных бумаг будут рассмотрены на примере счетов депо, а не лицевых счетов в системе ведения реестра. Вместе с тем хотелось бы отметить, что сказанное о механизмах учета и значении фиксации обременений на счетах депо применимо и для лицевых счетов в системе ведения реестра, если последние являются способом фиксации прав (заменой материального носителя) на ценные бумаги.

7.2. Механизм учета залоговых обременений

Необходимость учета обременений прав на ценные бумаги закреплена, в частности, в статье 7 ФЗ “О рынке ценных бумаг”. Примечательно, что в действующих подзаконных нормативных актах (Положение о депозитарной деятельности в Российской Федерации от 16 октября 1997 г. № 36, Положение о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг, утвержденного Постановлением ФКЦБ России от 2 октября 1997 г. № 27) отражены итоги многочисленных теоретических дискуссий о видах обременений прав на ценные бумаги, которые могут быть отражены в учетной системе, а также о статусе залогодержателя как самостоятельного субъекта отношений с депозитарием или регистратором, которому может быть открыт специальный раздел на его счете депо для фиксации права залога.

Поскольку существует две основные разновидности залога - с оставлением имущества у залогодателя и с передачей имущества залогодержателю (заклад), соответственно могут использоваться разные механизмы учета. Представляется, что расхожее среди практикующих юристов мнение о невозможности залога при использовании “безналичных” ценных бумаг в качестве объекта залога, является спорным (если, конечно, исходить из теории безналичных ценных бумаг как объектов вещных прав). Вся борьба за “чистоту теории” заканчивается при столкновении потребностями гражданского оборота. Безналичные ценные бумаги достаточно часто фигурируют в том числе судебных актах о наложении ареста или об обращении взыскания на имущество должника именно как имущество в узком смысле, то есть как объект права собственности или иных вещных прав, принадлежащее должнику.

На примере депозитарного учета механизмы депозитарного учета для разных видов залога выглядят следующим образом. В случае заключения договора залога с оставлением имущества у залогодателя ценные бумаги остаются на счете депо последнего, обособляясь от других ценных бумаг залогодателя на специальном разделе счета депо.

В случае передачи ценных бумаг в заклад, ценная бумага должна выбыть из владения залогодателя (Несмотря на нахождение ценных бумаг в депозитарии, титул собственности, в том числе и владения все равно принадлежит собственнику ценных бумаг - залогодателю. Депозитарии осуществляют лишь так называемое посредственное владение, известное еще римскому частному праву и употребляемому, например, для отношений, связанных с нахождением вещи у другого лица - держателя этой вещи). В этом случае на счете депо залогодержателя, на котором учитываются принадлежащие ему ценные бумаги, может быть открыт специальный раздел для помещения в него принятых в заклад ценных бумаг. Залогодержатель является титульным залоговым владельцем

⁹⁶ Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации, 1997 г., № 10

данных ценных бумаг, для которого законом установлена так называемая владельческая защита его прав. Такой перевод имеет те же правовые последствия, что и передача залогодержателю документарной ценной бумаги, обращающейся в виде сертификата.

7.3. Значение обособления заложенного имущества в учетной системе.

Для эмиссионных ценных бумаг, относящихся к категории родового имущества, указанные способы обособления ценных бумаг представляются целесообразными в целом с теоретической точки зрения, поскольку выделение из общей массы части имущества по родовым признакам является необходимым условием для обладания такого рода имуществом на каком-либо праве (представляется, что такое обособление делается уже на уровне помещения ценных бумаг на счет конкретного лица. Однако учитывая самостоятельность права залога как специального права с элементами вещных прав такое обременение путем совершения соответствующих записей также необходимо. Право залога как обязательственное право с вещно-правовыми элементами, позволяет рассматривать обладателя этого права не просто как фактического обладателя ценной бумаги (при заключении договоров залога), но и как юридического, титульного владельца. По существу, учитывая юридические последствия записей по счетам для безналичных ценных бумаг фиксация залогового обременения по соответствующему счету по существу должна признаваться необходимым условием существования такого обременения.

Представляется, что такого рода способы учета могут рассматриваться как твердый залог, который с одной стороны, позволяет определить, что ценные бумаги не принадлежат залогодержателю на праве собственности, а с другой, не означает непосредственно, что в залог приняты именно права, закрепленные ценными бумагами. Это связано с тем, что основные правовые последствия записей по счетам означают фиксацию перехода прав на ценные бумаги, а не отражение способов передачи прав, удостоверенных (закрепленных) ценными бумагами, а также с тем, что Гражданский кодекс Российской Федерации устанавливает в качестве последствия применения твердого залога лишь метку на имуществе, которая по сути служит дополнительным способом обособления заложенного имущества от другого имущества должника.

Интересно, что применительно к документарным ценным бумагам, права на которые удостоверены сертификатами, национальное законодательство не содержит механизма реализации норм Гражданского кодекса Российской Федерации о твердом залоге.

При отражении в учетной системе залоговых обременений прав на ценные бумаги также возникает вопрос о степени обособления ценных бумаг на специальных разделах счета депо. Представляется, что депозитарий должен обеспечивать отдельный учет по каждому договору залога. В случае реализации ценных бумаг, заложенных по разным договорам, не должно происходить их смешения, поскольку залоговое обеспечение определяется каждым конкретным договором. Это, в частности, гарантирует контроль за реализацией ценных бумаг, заложенных по разным договорам и подлежащим реализации в тот же день. Особенно актуально обеспечивать разделение учета заложенных ценных бумаг вплоть до момента их возможной реализации при варианте залога, поскольку в данном случае договоры залога могут быть заключены с разными лицами - залогодателями и, таким образом, ценные бумаги принадлежат разным лицам.

7.4. Субъект осуществления прав, удостоверенных заложенными ценными бумагами.

В случае залога ценных бумаг путем перевода их на счет депо залогодержателя залогодатель теряет возможность осуществления каких-либо действий в отношении

принадлежащих ему указанных ценных бумаг, переданных в залог. При этом по формальному критерию нахождения ценных бумаг на счете права, закрепленные указанными ценными бумагами, казалось бы, могут осуществляться залогодержателем. Вместе с тем практическая проблема заключается в том, что законодательство напрямую не указывает на возможность осуществления залогодержателем в этом случае прав, закрепленных ценными бумагами. Аналогичная проблема возникает при передаче именной документарной ценной бумаги, обращающейся в виде сертификата, залогодержателю, поскольку не обладая самим сертификатом, собственник - залогодатель не сможет реализовать свои права. С другой стороны, залогодержатель, обладая именной ценной бумагой, в которой указано имя залогодателя, также не сможет реализовать свои права, даже если залоговые обременения будут отражены в системе ведения реестра, поскольку в соответствии со ст. 29 ФЗ "О рынке ценных бумаг" в случае нахождения ценной бумаги на руках у владельца необходимо совпадение имени владельца в сертификате и в реестре владельцев именных ценных бумаг. При этом переоформление сертификата на имя залогодержателя представляется проблематичным, поскольку если имя залогодержателя будет указано в сертификате без всяких оговорок, для гражданского оборота он будет являться легитимным держателем ценной бумаги, специфика его прав на ценные бумаги в этом случае не выявляется. С другой стороны неправомерным было бы и оформление его имени с оговорками в отношении его прав как залогодержателя, поскольку, как отмечено выше, национальное законодательство по сути регламентирует залог ценных бумаг как имущества, а не удостоверенных ими прав.

Таким образом, проблема осуществления удостоверенных (закрепленных) ценными бумагами прав лицами, являющимися в отношении этих ценных бумаг залогодержателями, коренится не в учетной системе, а в специфике самой правовой природы ценных бумаг. За критерий, руководствуясь которым можно было бы решить проблему правомерности осуществления прав залогодержателем, в рассмотренном случае возможно принять правовые последствия, которые будет иметь осуществление прав по заложенным ценным бумагам для залоговых отношений.

С этой точки зрения целесообразно различать права, не связанные с погашением ценных бумаг (в основном речь идет о праве на получение доходов, а также, например, по акциям, право на участие в управлении) и права, связанные с погашением ценных бумаг. Осуществление первых не приводит к прекращению залоговых отношений. Даже по вексельному законодательству, регламентирующему залог прав, удостоверенных векселями, речь идет о праве на получение вексельных сумм, то есть сумм, получаемых от погашения векселей. В связи с этим осуществление указанных прав по заложенным ценным бумагам залогодержателем представляется допустимым, если такое право предусмотрено залоговым договором. Более того, в соответствии с п. 3 ст. 346 Гражданского кодекса Российской Федерации на залогодержателя может быть возложена обязанность по получению доходов от заложенного имущества в счет погашения основного обязательства.

В данном случае возникает вопрос о том, каково должно быть участие депозитария в определении субъекта, имеющего право на осуществление прав, удостоверенных ценными бумагами. Представляется, что в данном случае депозитарий, осуществляющий учет залоговых обременений прав на счетах залогодержателей, должен обеспечивать возможность осуществления рассмотренных выше прав, удостоверенных ценными бумагами, лицу, на счете депо которого они учтены, не вникая в суть отношений между залогодержателем и залогодателем, и не обязан проверять действительность прав залогодержателя на получение прав, удостоверенных (закрепленных) ценными бумагами, если иное специально не предусмотрено депозитарным договором (например, представление депозитарию залогового договора для проверки указанного права залогодержателя).

Депозитарий выполняет лишь учетную функцию, обеспечивая фиксацию прав депонентов, в том числе залоговых, на ценные бумаги. Формально поскольку при закладе ценная бумага находится на счете депо залогодержателя, о нем должна быть направлена информация эмитенту для исполнения обязательств. Депозитарий при этом не совершает юридически значимые операции, касающиеся изменения состояния счетов депо. Указанная функция депозитария по передаче информации эмитенту не является основной функцией депозитария. Залогодержатель может являться депонентом в соответствии с Положением о депозитарной деятельности в Российской Федерации, утвержденным постановлением ФКЦБ России от 16.10.97. № 36, и депозитарий обязан передавать эмитенту информацию о своих депонентах.

В отличие от этого, осуществление права на получения сумм от погашения ценных бумаг не может не иметь юридических последствий для отношений залога, поскольку после погашения ценных бумаг, последние перестают существовать как имущество, что таким образом может привести к исчезновению самого предмета залога. Как отмечалось, в вексельном законодательстве залог прав связан именно с получением вексельных сумм, то есть с погашением векселя. Депозитарий и в этом случае не должен вмешиваться в существо залоговых отношений, однако в отличие от рассмотренного выше случая осуществления, условно говоря, “промежуточных” прав, закрепленных ценными бумагами, погашение ценных бумаг непосредственно влечет за собой осуществление депозитарных операций, связанных с изменением счета депо поскольку ценные бумаги со счетов депо всех владельцев должны поступить на счет эмитента, открытом либо в реестре либо в головном депозитарии (в зависимости от используемой модели учета). Таким образом для депозитария возникает проблема проверки обоснованности депозитарных операций, поскольку депозитарий при совершении депозитарных операций не должен совершать действий, не соответствующих законодательству. При этом как отмечалось выше, действующие нормы Гражданского кодекса императивно устанавливают необходимость реализации заложенного имущества на торгах для удовлетворения требований залогодержателя. С этой точки зрения представляется, что депозитарий, осуществляя депозитарные операции с заложенными ценными бумагами, не может не учитывать указанную норму, совершая операцию по погашению ценных бумаг со счета депо залогодержателя, тем самым создает условия для исполнения эмитентом обязательств именно залогодержателю. Кроме этого, при совершении этой операции именно действия депозитария приводят к прекращению залоговых отношений.

Поскольку в регулировании рассмотренных ситуаций существует пробел в законодательстве, фиксации специфики рассмотренных отношений в депозитарном договоре представляется безусловно необходимой. При этом учитывая императивность норм Гражданского кодекса Российской Федерации о необходимости реализации заложенного имущества, можно было бы рекомендовать депозитариям включать в депозитарные договоры условие о переводе ценных бумаг перед погашением на счет депо залогодателя. Представляется именно здесь может быть проведена граница разумной осмотрительности и добросовестности депозитария. Тот факт, что залогодержатель в этом случае не сможет реализовать свое право залога, должен являться риском самого залогодержателя, поскольку существуют разные механизмы подстраховки от рассмотренной ситуации (например, принятие в залог ценных бумаг, срок погашения по которым отстоит от даты исполнения основного обязательства на определенный период времени). Если залогодержатель принимает в залог ценную бумагу, срок погашения которой приходится, например, до наступления срока исполнения основного обязательства, это является упущением со стороны самого залогодержателя.

7.5. Механизмы защиты прав участников залоговых отношений в Учетной системе.

Следующая проблема, которая вытекает из описанных выше способов отражения залоговых обременений прав на ценные бумаги, может быть сформулирована как необходимость определения механизмов защиты прав участников залоговых отношений и роли депозитариев и регистраторов в этом.

Наибольшее количество вопросов на практике вызывает проблема распоряжения ценными бумагами, остающимися на счете депо залогодателя и помещенными в специальные залоговые разделы. Механизмом защиты прав залогодержателя в этом случае на практике реализуется путем назначения оператора залогового раздела, открытого на счете депо залогодателя. В качестве оператора выступает лицо, не являющееся депонентом счета депо, однако в силу предоставленных ему полномочий имеющее право осуществлять какие-либо действия в отношении ценных бумаг, права на которые учитываются на счете депо, путем дачи поручений депо на совершение каких-либо депозитарных операций с ценными бумагами. Как правило, при назначении оператора какого-либо раздела счета депо речь идет о назначении представителя депонента, действующего от имени последнего, и в этом случае полномочия оператора разделов счета депо устанавливаются в соответствии с требованиями гражданского законодательства путем оформления доверенности на этого оператора.

Однако, отдельного рассмотрения заслуживает вопрос об основаниях полномочий оператора залоговых разделов - залогодержателя. На практике встречаются разные варианты, в том числе и вариант оформления полномочий залогодержателя - оператора доверенностью. Однако, представляется что такой путь противоречит существу залоговых отношений. Это связано с природой залоговых отношений, при которых право залога предоставляет залогодержателю возможность реализовать заложенное имущество, то есть распорядиться им, и удовлетворить за счет этого свои требования. Однако, в этом случае залогодержатель действует не как представитель залогодателя, а как самостоятельный субъект отношений, возникающих при реализации заложенного имущества. При осуществлении своих прав как залогодержателя он не связан волей залогодателя. Кроме того, в данном случае нельзя забывать такую немаловажную деталь, как право представляемого в любое время отозвать доверенность (соглашение об отказе от этих прав в соответствии со п. 2 ст. 188 Гражданского кодекса Российской Федерации ничтожно). В связи с этим представляется, что залогодержатель должен действовать как оператор залогового раздела счета депо от своего имени. На практике иногда полномочия оператора оформляются путем прямого указания на него (или на порядок его назначения) непосредственно в депозитарном договоре. В данном случае таким образом возникает специфическая ситуация, при которой оператор раздела счета депо, не являющийся депонентом счета депо, имеет право отдавать распоряжения к этому счету от своего имени. Вопрос о природе правоотношений, возникающих в данном случае, возможно, спорный, однако в качестве варианта может быть рассмотрена конструкция договора в пользу третьего лица в этом случае. При заключении договора в пользу третьего лица последнее не является стороной договора и приобретает только права. Таким образом, возможно утверждение о том, что депозитарный договор в части, касающейся определения полномочий оператора залогового раздела счета депо, открытого на счете депо залогодателя, заключается как договор в пользу третьего лица. При этом те требования, которые установлены депозитарным договором, по отношению к депоненту (например, обязанности по оформлению поручений депо, соблюдению регламента и др.) в указанной части можно рассматривать как условия осуществления прав оператора залогового раздела (поскольку формально обязанностей у третьего лица, в пользу которого заключен договор, не возникает).

Рассмотрев вопрос об основаниях возникновения прав операторов разделов счета депо, необходимо остановиться также на вопросе об основаниях осуществления депозитарных

операций по заложенным разделам, открытым на счете депо залогодателя - собственника ценных бумаг. Указанное также важно для определения границы тех действий, которые должен осуществлять депозитарий.

Назначение оператора залогового раздела по общему правилу лишает возможности депонента счета депо - залогодателя отдавать самостоятельно распоряжения к указанному разделу и, таким образом, распоряжаться ценными бумагами. Это чревато негативными правовыми последствиями для депонента-залогодателя, если залогодержатель окажется недобросовестным и реализует ценные бумаги, например, до наступления срока исполнения основного обязательства, обеспеченного залогом. В связи с этим на практике иногда используется механизм так называемого акцепта депонентом - залогодателем поручения депо, составленного и подписанного оператором раздела - залогодержателем. Это снижает риск для залогодателя и усиливает степень защищенности последнего от недобросовестных действий залогодержателя.

Однако такой механизм представляется неадекватным существу залоговых отношений, поскольку, как отмечалось выше, нормы Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге не связывают осуществление права залогодержателя на реализацию заложенного имущества в случае неисполнения залогодателем основного обязательства с дополнительным волеизъявлением последнего. Вместе с тем механизм акцепта именно на этом этапе предусматривает необходимость получения дополнительного согласия депонента на совершение операций по счету. Однако, в силу природы депозитарного договора, право на совершение операций по счету (разделу счета) неразрывно связаны с правомочиями в отношении учитываемого на этом счете (разделе счета) имущества. Таким образом в случае отказа депонента от акцепта поручения депо залогодержатель не сможет реализовать свое право. На наш взгляд, депозитарию целесообразно придерживаться "политики невмешательства" в отношении между депонентом и назначенным ими лицами. Представляется что наиболее приемлемый с этой точки зрения путь, при котором депозитарий "балансирует" между этими лицами, не провоцируя спорные ситуации между ними, заключается в следующем. В правила, определяющие правовой режим залогового раздела, открываемого на счете депо залогодателя, может быть включено условие о том, что при назначении оператора этого раздела депонент может определить срок, ранее которого оператор этого раздела не сможет осуществлять по нему операции. Депозитарий не проверяет, что это за срок, однако предполагается, что такой срок может устанавливаться депонентом-залогодателем исходя из срока исполнения основного обязательства.

Представляется, что существующий правовой вакуум в целом ряде рассмотренных в настоящей главе вопросов может быть восполнен тщательностью проработки условий депозитарных договоров. Хотелось бы также еще раз оговориться, что в отношениях, возникших из депозитарных договоров, терминологически целесообразно не оперировать терминологией, используемой в залоговых отношениях. Это вызвано тем, что депозитарий не вмешивается в отношения между депонентом и его контрагентами по каким-либо договорам, в том числе договорам залога. Поэтому, например, и залогодатель и залогодержатель в депозитарных отношениях для депозитария будут выступать либо в качестве депонента счета депо, либо в качестве оператора раздела счета депо. Открывая разные разделы на счете депо, в том числе залоговые, депозитарий не обязан проверять действительные правоотношения сторон.

8. Обременения ценных бумаг вследствие осуществления государством функций государственного принуждения для защиты гражданских прав.

Выше мы рассмотрели обременения ценных бумаг, которые могут быть выделены в отдельную группу, которая условно может быть названа добровольный или гражданско-

правовой способ возникновения обременений ценных бумаг, заключающийся в обременении ценных бумаг гражданско-правовыми обязательствами. Вместе с тем совершенно самостоятельному рассмотрению должна подлежать проблема возникновения обременений ценных бумаг, вследствие принятия актов судебных или правоохранительных органов. Эти обременения могут быть выделены в другую группу, которая условно может быть определена как обременение ценных бумаг вследствие осуществления государством функций государственного принуждения для защиты гражданских прав. К числу этих обременений могут быть отнесены:

- арест имущества, применяемый как мера обеспечения иска в гражданском процессе (или обеспечения гражданского иска в уголовном процессе) или мера обеспечения исполнения судебных решения, с помощью которой осуществляется обращение взыскания на имущество должника, а также как мера предотвращения сокрытия имущества (в рамках уголовного процесса);
- изъятие имущества по актам правоохранительных органов в качестве вещественных доказательств (в уголовном процессе) и как мера исполнительного производства в гражданском процессе.

8.1. Проблемы применения законодательства об исполнительном производстве бумаги в практике депозитариев при наложении ареста на ценные бумаги

Наложение ареста на ценные бумаги в отличие от наложения ареста на денежные средства имеет свою специфику в аспекте субъекта, осуществляющего исполнение судебного акта. В соответствии со статьями 3 и 5 Федерального закона «Об исполнительном производстве» ни кредитные организации, ни депозитарии не являются органами принудительного исполнения судебных актов. Вместе с тем в соответствии со ст.5 указанного закона наложение ареста на денежные средства осуществляется непосредственно кредитными организациями, в которые поступают исполнительные документы. В отличие от этого, депозитарий не отнесен к числу лиц, на которые может быть возложено исполнение судебных актов. Таким образом, следуя общему правилу, установленному данным законом, лицом, осуществляющим наложение ареста, является судебный пристав - исполнитель. Таким образом, именно на них лежит основная тяжесть ответственности за правильность наложения ареста.

Например, в отличие от денежных средств, ценные бумаги, учитываемые на счетах депо, могут иметь разный режим учета, например, находиться в залоге. Поэтому с точки зрения практической реализации ареста, присутствие судебного пристава необходимо для принятия решения по наложению ареста, поскольку именно пристав должен определить правомерность наложения ареста на заложенные ценные бумаги после получения всей необходимой информации от депозитария. Необходимо отметить, что на практике наложение ареста на заложенные ценные бумаги представляет самостоятельную проблему. В Федеральном законе «Об исполнительном производстве», а до его принятия и в Гражданском процессуальном кодексе был закреплена норма, направленная на защиту прав залогового кредитора, имеющего преимущество по сравнению с другими кредиторами должника. В соответствии со ст.49 Федерального закона «Об исполнительном производстве» на заложенное имущество может быть обращено взыскание при недостаточности у должника иного имущества для полного удовлетворения предъявленных ему требований, не обеспеченных залогом. Арест, как правило, может предшествовать обращению взыскания на заложенное имущество. Более того, в соответствии с п. 1 ст. 45, п. 1 ст. 46 указанного закона обращение взыскания осуществляется путем наложения ареста на имущество и его реализации. Таким образом, требование ст. 49 этого закона должно учитываться при применении в качестве меры принудительного исполнения обращения взыскания на имущество должника. Тем не менее на практике в судебных актах не отражается эта специфика и при наложении ареста

необходимо решать вопрос о том, подлежат ли аресту ценные бумаги, находящиеся в залоге. К сожалению на практике, депозитарии под страхом возможной ответственности в связи с неисполнением судебных актов вынуждены подстраховываться и налагать арест в том числе на ценные бумаги в залоге, извещая затем орган, принявший акт о наложении ареста, хотя это и противоречит указанной выше норме. Формально ситуация упрощается, очевидно в тех случаях, когда арест применяется как самостоятельная мера обеспечения иска, предусмотренная Арбитражным процессуальным кодексом, хотя впоследствии на это имущество может быть обращено взыскание, при применении которого должна учитываться указанная выше статья 49 ФЗ «Об исполнительном производстве».

Особо пристального внимания в настоящее время требует проблема наложения ареста на ценные бумаги, права на которые учитываются в депозитарии или у реестродержателя. Во исполнение норм Федерального закона «Об исполнительном производстве» Правительством Российской Федерации было принято постановление от 12.08.98 г. № 934 «Об утверждении порядка наложения ареста на ценные бумаги» (далее: Постановление). Автору настоящей статьи пришлось принять участие в рассмотрении проекта указанного постановления. В окончательно принятом варианте, к сожалению учтены не все моменты, связанные со спецификой фиксации прав на ценные бумаги, права на которые учитываются в депозитарии или у реестродержателя, хотя в целом нельзя не отметить положительное значение этого Постановления. Представляется, что его можно рассматривать как основу для дальнейшей работы над этим постановлением после того, как на практике будут выявлены «острые углы», препятствующие его адекватному применению.

8.2. Проблема определения места наложения ареста на ценные бумаги

Авторами Постановления не учтена специфика обращения ценных бумаг документарной формы выпуска, помещенных на хранение и/или учет в депозитарий, поскольку установлено, что арест налагается по месту их нахождения, в отличие от бездокументарных ценных бумаг, арест на которые налагается по месту учета прав владельцев ценных бумаг (п. 2 Порядка наложения ареста на ценные бумаги), то есть фактически по месту нахождения реестродержателя или депозитария. В данном случае, вероятно, было сочтено, что любая ценная бумага, учитываемая реестродержателем или депозитарием, является бездокументарной, хотя в Федеральном законе «О рынке ценных бумаг» факт помещения ценных бумаг на хранение и учет в депозитарий не влечет за собой признание ценной бумаги бездокументарной. В данном случае, очевидно, в качестве базовой использовалась ст. 149 ГК РФ, которая, к сожалению, практически не дает представления о системе учета ценных бумаг в депозитариях или у реестродержателей, хотя и допускает такую возможность. Однако из практических проблем определения места наложения ареста по месту нахождения документарной ценной бумаги заключается в том, что местонахождение сертификата ценной бумаги и место учета ценной бумаги может не совпадать. Такая ситуация, как известно, может возникать по различным причинам. Например, в случае выпуска ценных бумаг в документарной форме с обязательным централизованным хранением (ГКО, ОФЗ, ОБР) глобальный сертификат хранится в головном депозитарии. Депозитарии, имеющие междепозитарные отношения с головным депозитарием, и ведущие, в свою очередь, счета депо владельцев, вообще не могут хранить сертификаты ценных бумаг. В системе депозитарного учета других ценных бумаг, построенной на соответствующих договорных отношениях, также возможно хранение сертификата ценной бумаги не по месту ее учета, то есть по месту открытия и ведения счета.

Вообще следует отметить, что основываясь на нормах Федерального закона “О рынке ценных бумаг”, устанавливающего способы фиксации прав на ценные бумаги (ст.ст. 2, 16, 28. 29), местонахождение документарной ценной бумаги, находящейся в депозитарии должно определяться, также как и для бездокументарных ценных бумаг, местом открытия и ведения счета, поскольку в период нахождения документарной ценной бумаги в депозитарии способом фиксации прав на ценную бумагу является не сертификат, а запись по счету депо.

Выше была рассмотрена проблема определения места нахождения документарной ценной бумаги. Помимо рассмотренной, на наш взгляд, есть определенная проблема и с наложением ареста на ценные бумаги, находящиеся у владельца. В случае нахождения ценной бумаги на руках у владельца подтверждением прав на ценную бумагу является непосредственно сертификат ценной бумаги (ст.ст. 2, 28 ФЗ «О рынке ценных бумаг»). Реестродержатель в данном случае не осуществляет учет прав на ценную бумагу. Вместе с тем, реестродержатель все равно обеспечивает поддержание системы ведения реестра, хотя записи по счетам в системе ведения реестра в данном случае носят информационный характер. Представляется, что в данном случае было бы целесообразным в случае наложения ареста на документарные ценные бумаги, находящиеся у владельца, уведомлять об этом реестродержателя. Передача такой информации представляется важной, поскольку суть ареста заключается в запрете на распоряжение имуществом (ст. 51 ФЗ «Об исполнительном производстве»). При обращении документарных ценных бумаг в наличной форме реестродержатель, не учитывая права на ценные бумаги (поскольку способом фиксации прав является сертификат), тем не менее участвует в процессе обращения и по сути завершает процесс передачи ценных бумаг, реализуя вторую часть известного принципа: «право из ценной бумаги следует за правом на ценную бумагу». Кроме того, именно реестродержатель должен обеспечивать замену сертификата в связи с изменением имени владельца. Поэтому, например, уведомление реестродержателя судебным приставом о факте наложения ареста на ценные бумаги может, на наш взгляд, являться основанием для первого для отказа от внесения изменений в систему ведения реестра, если каким-либо образом владельцем ценных бумаг будет передано передаточное распоряжение в отношении арестованных ценных бумаг.

Помимо изложенной проблемы, необходимо также остановиться на нормах Порядка наложения ареста на ценные бумаги, регламентирующих вопросы хранения арестованного имущества. В пунктах 4, 7 Порядка наложения ареста на ценные бумаги также не учтена специфика документарных ценных бумаг, находящихся в депозитарии.. В пункте 6 Порядка только для бездокументарных ценных бумаг установлено, что их изъятие не производится. В соответствии с пунктом 4 Порядка после наложения ареста на ценные бумаги судебный пристав-исполнитель обязан принять решение о передаче их на хранение владельцу ценных бумаг или об изъятии ценных бумаг с передачей их на хранение специализированной организации. Имеющей соответствующую лицензию. Из указанные выше формулировок не прямо не следует, что пристав не может изъять ценную бумагу из одного депозитария и. Например, поместить ее в другой депозитарий. Вместе с тем в отношении документарных ценных бумаг, права на которые учитываются в депозитарии, не должно, на наш взгляд, происходить передачи указанных ценных бумаг на хранение другим лицам. Депозитарий по характеру своей деятельности осуществляет хранение сертификатов ценных бумаг. Существующие технологии депозитарного учета позволяют учитывать арестованные ценные бумаги в блокированном режиме отдельно от других ценных бумаг. Это способствует предотвращению возникновения спорных ситуаций, связанных с изъятием ценных бумаг из депозитариев, поскольку в данном случае речь идет не о фактическом хранении имущества - ценных бумаг, а о том, что в

период нахождения документарной ценной бумаги в депозитарии способом фиксации прав на нее является не сертификат, а запись по счету депо.

8.3. Специфика наложения ареста на государственные ценные бумаги - ГКО и ОФЗ в нефункционирующих структурах .

Наложение ареста на ценные бумаги по местонахождению депозитария, ведущего счет депо в связи кризисным положением в банковской системе, на практике связано с проблемой исполнения судебных актов в банках, у которых отозвана банковская лицензия и лицензия профессионального участника рынка ценных бумаг, и, фактически, отсутствуют какие-либо сотрудники. Особенно актуальной эта проблема стала в связи с процессом реструктуризации обязательств по государственным ценным бумагам - ГКО и ОФЗ. Вместе с тем система учета указанных ценных бумаг, будучи двухуровневой, отличается специфическими признаками от других многоуровневых систем тем, что головной депозитарий имеет доступ на техническом уровне не только к счетам своих депонентов - субдепозитариев, но и к счетам депо клиентов последних и выступает в качестве Центра технического обеспечения субдепозитариев Дилеров. При этом Головной депозитарий не имеет договорных отношений с клиентами своих депонентов - инвесторами рынка ГКО-ОФЗ и, с юридической точки зрения, не ведет их счета депо. Таким образом, учитывая вышеизложенное, его местонахождение не является местонахождением указанных ценных бумаг. Представляется однако, что применительно к данной ситуации и к данной системе учета допустимым может являться наложение ареста не только по местонахождению депозитария, ведущего счет депо, но и по месту нахождения лица, связанного с указанным депозитарием договором, обеспечивающим доступ этого лица ко всем счетам депо, ведущимся данным депозитарием. Необходимо помнить, что арест на ценные бумаги налагается не депозитарием, а судебным приставом - исполнителем, поэтому в данном случае хотя Головной депозитарий с юридической точки зрения не является лицом, осуществляющим депозитарный учет, тем не менее именно он является единственным лицом, которое может технически обеспечить осуществление судебным исполнителем действий, связанных с наложением ареста на ценные бумаги. Использование рассмотренной возможности будет зависеть от судебной практики и от решений конкретных приставов - исполнителей.

8.4. Некоторые вопросы осуществления прав по арестованным ценным бумагам

Вместе с тем нельзя не отметить в качестве положительного момента норму п.5 Порядка наложения ареста на ценные бумаги, которая допускает погашение арестованных ценных бумаг эмитентом., поскольку до ее принятия на практике возможность погашения арестованных ценных бумаг ставилась под сомнение. Значение этой нормы важно и с теоретической точки зрения, поскольку факт наложения ареста на ценные бумаги какого-либо лица не должен препятствовать исполнению своих обязательств по указанным ценным бумагам эмитентом. Запрет на распоряжение имуществом, составляющий суть ареста, касается только сферы обращения ценных бумаг и не затрагивает существо обязательства, выраженного ценной бумагой. Запрет может касаться, например, денежных сумм, поступающих в собственность владельца ценной бумаги в результате исполнения обязательства по ценной бумаге. Однако, представляется, что если эмитент надлежащим образом не извещен судом (арбитражным судом) или органами принудительного исполнения, например, о порядке перечисления денежных средств, он должен исполнять обязательства в обычном порядке. С этой точки зрения представляется, что практическая реализация пункта 10 Порядка наложения ареста на ценные бумаги, предусматривающего зачисление эмитентом доходов по арестованным ценным бумагам на депозитный счет соответствующего подразделения службы судебных приставов, возможна только при

соответствующем извещении эмитента. При этом представляется, что переложение обязанности уведомления эмитента в данном случае, например, на депозитарии. Недопустимо, поскольку именно судебный пристав - исполнитель обязан осуществлять контроль за исполнением принятых мер в отношении имущества должника.

В отношении осуществления иных прав, удостоверенных арестованными ценными бумагами необходимо отметить следующее. Если рассматривать право собственности с позиций реализации “триады правомочий собственника”, то право на получение плодов и доходов связано с правомочием использования имущества, а не с правом распоряжения им. В Гражданском кодексе РФ прямо указано на получение плодов и доходов от использования имущества. Получение дохода по ценным бумагам путем реализации удостоверенных (закрепленных) ею прав не связано с отчуждением или иным распоряжением ценной бумагой. Поэтому запрет на распоряжение имуществом, составляющий существо ареста, не может влечь за собой запрет на получение доходов по ценным бумагам. Аналогичного мнения придерживаются, в частности, И.Редькин и В.Ярков: “Правовые последствия наложения ареста на ценную бумагу заключаются в том, что должник лишается возможности распоряжаться ею. Это приводит к парализации права “на ценную бумагу”. Что касается прав “из ценной бумаги”, то наложение ограничений на эти права может привести к уменьшению доходов по ценной бумаге, что не соответствует цели исполнительного производства”.⁹⁷ Представляется, что для ограничения прав, удостоверенных ценными бумагами, не может быть применена и такая мера обеспечения иска, как запрет на совершение определенных действий. (в данном случае действий собственника по реализации принадлежащих ему прав). В соответствии с гражданским законодательством права собственника могут быть ограничены только законом. Поэтому представляется, что указанная мера не может применяться как ограничение правомочий собственника, поскольку такая возможность прямо не предусмотрена. На наш взгляд, судам (арбитражным судам) необходимо учитывать это при решении вопроса о наложении ареста на ценные бумаги. Изложенное выше может быть актуально для решения вопроса о возможности осуществления такого права, как право на участие в управлении делами акционерного общества. На наш взгляд, не может быть установлен запрет на осуществление этого права на основании наложения ареста на акции. Как отмечалось выше, наложение ареста касается правомочий собственника имущества и не затрагивает существо правоотношений с эмитентом ценных бумаг.

К сожалению рассмотренные вероятные ограничения прав собственника ценных бумаг, на которые наложен арест, являются не единственными. Арест, как правило, может являться мерой, предвещающей принудительное обращение взыскания на эти ценные бумаги. С этой точки зрения специфика обращения ценных бумаг, существующих в виде записей по счетам депо в депозитариях или лицевым счетам в системе ведения реестра не должна приводить к изменению существа применяемой меры. Например, принятие решения об обращении взыскания на ранее арестованные и учитываемые на счете депо ценные бумаги не должно сводиться на уровне исполнения такого решения к переводу ценных бумаг со счета должника на счет кредитора, поскольку в данном случае просто происходит смена собственника ценных бумаг. Это противоречит природе указанной меры, предполагающей в соответствии с Федеральным законом “Об исполнительном производстве” реализацию имущества, на которое обращено взыскание.

8.5. Проблемы соотношения ареста в гражданском и уголовном процессе, а также изъятия ценных бумаг в уголовном и гражданском процессе.

⁹⁷ И.Редькин, В.Ярков “Обращение взыскания на ценные бумаги”, “Рынок ценных бумаг”, 1998 г., № 2 стр62.

Как правило, в рамках гражданского процесса вопрос о принадлежности ценных бумаг лицу, на имущество которого налагается арест, не возникает, поскольку при рассмотрении дел в рамках гражданского процесса речь может идти обычно об исках о неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств, а не об исках, например, об установлении фактов, имеющих юридическое значение. Вопрос о применении ст. 302 ГК РФ, устанавливающей правило о неприменении виндикации (истребования имущества из чужого незаконного владения) по отношению к добросовестному приобретателю ценных бумаг на предъявителя в данном случае также не возникает, поскольку это правило возникло в основном из необходимости определения позиции законодателя по вопросу о лице, которому надлежит отдавать приоритет в защите прав на имущество: собственнику, из чьего владения имущество выбыло помимо его воли, или добросовестному приобретателю этого имущества, которое, приобретая такое имущество не знало и не могло знать о его недобросовестном приобретении отчуждателем этого имущества. Правило о неприменении виндикации к добросовестному приобретателю не связано с вопросом о наложении ареста на имущество этого лица по его обязательствам перед другими лицами.

Учитывая изложенное, представляется, что, применяя указанную меру, суды не должны рассматривать вопрос о праве собственности на имущество, на которое налагается арест. Добросовестность лица у которого (на счете депо которого) находятся ценные бумаги при соблюдении установленных процедур фиксации прав на эти ценные бумаги, презюмируется. Поскольку законодательство допускает наложение ареста как на предъявительские, так и на именные ценные бумаги, указанное касается в равной степени как предъявительских, так и именных ценных бумаг, хотя проблема “добросовестного владельца”, безусловно, более актуальна для предъявительских ценных бумаг в силу упрощенных требований к передаче прав по этим ценным бумагам.

В уголовно-процессуальных нормах также предусмотрена такая мера, как арест имущества, где она выполняет такую же обеспечительную функцию с поправками на специфику уголовного разбирательства. Помимо обеспечения предъявленного или возможного в будущем гражданского иска в уголовном процессе, в качестве основания для применения ареста указано производство предварительного следствия по уголовному делу о преступлении, за которое может быть применено наказание в виде конфискации имущества. Учитывая обеспечительную функцию ареста, в обоих случаях речь идет о наложении ареста на имущество, принадлежащее обвиняемому лицу. Представляется, таким образом, что изложенное выше относительно наложения ареста на ценные бумаги в рамках гражданского процесса, верно и в отношении ареста, налагаемого на ценные бумаги в рамках уголовного процесса.

Вместе с тем использование указанной меры в уголовном процессе сопряжено с необходимостью разграничения случаев применения указанной меры и такой меры, как изъятие имущества в качестве вещественных доказательств, например, по делам о хищении ценных бумаг.

Именно в связи с указанными делами в отношении Облигаций внутреннего государственного валютного облигационного займа 1993 года получила актуальное практическое значение проблема ареста и изъятия ценных бумаг, осуществляемых в рамках уголовного процесса. В отношении указанных ценных бумаг основная проблема была связана с действиями следователей, которые своеобразным способом пользовались установленной процессуальной мерой - арестом имущества, осуществляемой в рамках уголовного процесса. Чуть более года назад было принято Указание Генеральной прокуратуры Российской Федерации «Об изъятии и наложении ареста на облигации внутреннего государственного валютного облигационного займа» от 20.10.97 г. № 63/35, которое в определенной степени решает проблему изъятия предъявительских ценных

бумаг и наложении на них ареста. В частности, в Указании обращено внимание на необходимость строгого применения норм Уголовно-процессуального кодекса об аресте имущества при наличии указанных выше оснований для ареста в рамках уголовного процесса, а также на возможность наложения ареста при условии, что имущество принадлежит лицу на праве собственности. При этом прямо отмечено, что ценные бумаги на предъявителя, похищенные из собственности или правомерного владения физических или юридических лиц и перешедшие в незаконное владение и распоряжение преступника, не могут служить средством обеспечения исков или конфискации имущества по делам об их хищении и не подлежат аресту в порядке, установленном ст. 175 УПК РФ.

Упомянутое Указание, безусловно, имеет важное значение для определения законности и обоснованности действий правоохранительных органов по применению ареста в уголовном процессе. Однако, представляется, что проблема применения таких мер, как арест или изъятие ценных бумаг в качестве вещественных доказательств в рамках уголовного процесса гораздо более сложная, чем может показаться на первый взгляд. В связи с изложенным выше необходимо отметить, что в отличие от применения ареста в гражданском процессе, его применение в уголовном процессе может быть сопряжено с выяснением вопроса о принадлежности ценных бумаг обвиняемому лицу. В случае, если речь идет о нахождении у обвиняемого похищенных ценных бумаг, последние, как отмечено выше, не могут быть арестованы в том числе с целью возвращения их владельцу. Вместе с тем, установленные в законе нормы об изъятии имущества в качестве вещественного доказательства также не содержат исключений для так называемых добросовестных владельцев. Очевидно, это связано с тем, что правовая цель изъятия имущества, в том числе ценных бумаг, в качестве вещественных доказательств отличается от правовой цели применения такой меры, как рассмотренный выше арест имущества и, в отличие от последнего, не предполагает обращение взыскания на это имущество или передачу его третьим лицам. Вместе с тем в статье 85 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР регулируются вопросы возврата вещественных доказательств владельца, в числе которых могут быть и объекты преступного посягательства, например, похищенное имущество. По общему правилу вещественные доказательства в соответствии с указанной статьей могут быть возвращены их владельцам после вступления приговора в законную силу, а в отдельных случаях и раньше, если это возможно без ущерба для дела).

В целом же использование вещественных доказательств призвано помочь в установлении истины в уголовном процессе в том числе с целью вынесения справедливого и обоснованного приговора. В этих случаях значение имеет не их стоимость, а какие-либо признаки, в том числе позволяющие идентифицировать эти ценные бумаги как объект преступления. Поэтому представляется, что изложенное выше в указаниях Генеральной прокуратуры Российской Федерации в отношении неприменения ареста на ценные бумаги по делам об их хищении не решает полностью проблему защиты прав лица, у которого ценные бумаги изъяты в качестве вещественного доказательства, и которое может оказаться добросовестным владельцем ценных бумаг.

В связи с этим на первый план выходит проблема обеспечения осуществления прав лицом, которое может считаться, пока не доказано обратное, добросовестным приобретателем ценных бумаг, а также защиты прав лиц, обеспечивающих обращение ценных бумаг, то есть депозитариев.

К сожалению, действующая до настоящего времени Инструкция от 18 октября 1989 года № 34/15 “О порядке изъятия, учета, хранения и передачи вещественных доказательств по уголовным делам, ценностей и иного имущества органами предварительного следствия, дознания и судами” не решает проблему осуществления добросовестными владельцами прав, удостоверенных изъятиями в качестве вещественных доказательств ценными бумагами.

Применительно к Облигациям внутреннего государственного валютного облигационного займа 1993 года проблема возникла в связи с тем, что указанные ценные бумаги изымались из депозитариев в виде сертификатов, хотя, как отмечено выше, в период нахождения документарной ценной бумаги в депозитарии способом фиксации прав на нее является не сертификат, а запись по счету депо. Поэтому депозитарии оказались под огнем, с одной стороны, негодующих добросовестных владельцев предъявительских ценных бумаг, которые считали необоснованным изъятие принадлежащих им ценных бумаг, а с другой стороны, правоохранительных органов, чьи требования они были вынуждены исполнять. Изъятие же из депозитария сертификатов предъявительских ценных бумаг может привести к правовой коллизии между учетом депозитария и существованием учтенной в депозитарии ценной бумаги вне этого депозитария. Поэтому, как это рассматривалось выше в настоящей статье в отношении специфики наложения ареста на документарные ценные бумаги, последние не должны подлежать передаче на хранение какому-либо лицу. На случай изъятия сертификатов ценных бумаг из депозитария в качестве доказательства, а как было отмечено выше, такую возможность исключать нельзя, должно существовать детальное нормативное регулирование действий депозитария и правоохранительных органов в этих случаях, которое бы не приводило к искажению депозитарного учета и не порождало бы проблему ответственности депозитария перед клиентом. Как отмечалось выше в настоящей статье, теоретически, место хранения сертификатов ценных бумаг может отличаться от места учета при наличии соответствующих договорных отношений. В случае помещения сертификатов ценных бумаг, изъятых в качестве вещественных доказательств, в иное место хранения последнее, возможно, должно определяться по указанию органа или лица, которое произвело изъятие в строгом соответствии с установленными для этого правилами. Очевидно, что действующая нормативная база, на основании которой регулируется деятельность депозитариев, также может нуждаться в определенной доработке с целью регламентировать специфику депозитарного учета в рассмотренных случаях и взаимодействие депозитариев с правоохранительными органами.

Изъятие ценных бумаг применяется как в уголовном судопроизводстве так и в исполнительном производстве по гражданским делам. Представляется, что характер этой меры отличается в двух указанных случаях.

Как было отмечено выше, изъятие ценных бумаг в рамках уголовного процесса в качестве вещественных доказательств по своей правовой природе не преследует ни цели обременения имущества с возможным последующим обращением взыскания на него. Как указано выше, имущество, являющееся вещественным доказательством, может быть возвращено владельцу, однако, в статье 85 УПК РСФСР прямо указано, что в тех случаях, когда спор о праве на вещь подлежит разрешению в порядке гражданского судопроизводства, вещественные доказательства хранятся до вступления в законную силу решения суда. Возврат имущества в данном случае должен осуществляться по нормам гражданского судопроизводства, в том числе путем предъявления иска на основании статьи 302 ГК РФ (как рассматривалось выше, в отношении предъявительских ценных бумаг права добросовестного приобретателя имеют приоритет перед правами собственника, у которого была похищена ценная бумага). В частности оперативные действия правоохранительных органов, в том числе милиции “помогают установить незаконных фактических владельцев вещей, что является необходимой предпосылкой для предъявления виндикационного иска”.⁹⁸

⁹⁸ Применение норм гражданского права и процесса в деятельности органов внутренних дел”, отв. ред. Н.П. Волошин, учебно-практич. пособие, Москва, 1972 г., стр.44.

Изъятие имущества, в том числе ценных бумаг, в соответствии с Федеральным законом “Об исполнительном производстве” может являться самостоятельной мерой исполнительного производства, предусматривающей изъятие вещи у должника и передачу ее взыскателю (п. 4 ст. 45, ст.56 ФЗ «Об исполнительном производстве»). Вместе с тем изъятие ценных бумаг может сопровождать наложение ареста на имущество, как меры по обеспечению иска, или такой меры принудительного исполнения, как обращение взыскания на имущество должника путем наложения ареста на имущество и его реализации (ст. 51 ФЗ «Об исполнительном производстве»). Гражданский процесс призван урегулировать прежде всего имущественные отношения, связанные либо с исполнением обязательств, либо с определением принадлежности вещи. И, таким образом, в отличие от уголовного процесса, правовая цель применения этой меры, также как и ареста заключается либо в обращении взыскания на изъятую вещь, либо в непосредственной передаче этой вещи.

8.6. Проблемы принудительной реализации ценных бумаг

Проблема принудительной реализации ценных бумаг в равной степени актуальна в настоящее время как для реализации заложенных ценных бумаг, так и при обращении взыскания на ценные бумаги на основании актов судов или арбитражных судов.

Эта проблема заключается в отсутствии адекватного законодательного регулирования по этому вопросу. Нормы действующего, в определенной степени прогрессивного Гражданского кодекса РФ, очень сильно отстают от потребностей финансового рынка и практически не рассчитаны ни на специфику используемой на финансовых рынках инфраструктуры, ни на особенности объектов гражданского права, обращающихся на этих рынках.

Например, в соответствии со ст. 54 ФЗ “Об исполнительном производстве” реализация арестованного имущества независимо от оснований ареста и видов имущества производится путем его продажи в двухмесячный срок со дня наложения ареста, если иное не предусмотрено законом. Продажа имущества должника должна осуществляться специализированной организацией на комиссионных и иных договорных началах, предусмотренных федеральным законом. Акции открытых акционерных обществ подлежат реализации с торгов, в порядке, определенном в ст. 447-449 ГК РФ.⁹⁹

В соответствии с п. 1 ст. 350 ГК РФ реализация заложенного имущества производится путем продажи с публичных торгов в порядке, установленном процессуальным законодательством, если законом не установлен иной порядок. В настоящее время законом такой порядок не предусмотрен.

Порядок проведения публичных торгов в настоящее время предусмотрен в Гражданском кодексе Российской Федерации (статьи 447-449), однако, к сожалению, он практически не учитывает принципы организации торговли и расчетов по ценным бумагам, используемые не только в России, но и в мире.

Вместе с тем на рынке ценных бумаг созданы различные биржевые и небиржевые системы торговли ценными бумагами, причем в Россия, позже других стран приступившая к созданию инфраструктуры рынка ценных бумаг, ориентирована на электронную торговлю. Принципам организации торговли свойственна публичность отношений, хотя эти торги базируются на иных механизмах организации торговли, чем это закреплено в Гражданском кодексе РФ.

В этой ситуации необходимо чтобы “и волки были сыты, и овцы целы”, то есть речь идет о необходимости более широкой трактовки положений Гражданского кодекса РФ

⁹⁹ см статью И.Редькина и В.Яркова “Обращение взыскания на ценные бумаги”, “Рынок ценных бумаг”, 1998 г., № 2, стр. 63

при соблюдении минимума требований, устанавливающих основные принципы (но не детали) торгов, которые могут быть применимы на финансовых рынках. Конечно, любую ситуацию можно довести до абсурда. Если судебная практика не пойдет по пути признания в качестве публичных правил торговли, установленных в различных торговых системах, функционирующих на фондовом рынке, к числу которых относятся и фондовые биржи, и электронные системы торговли, не останется ничего другого кроме возможных аргументов о непротиворечивости правил торгов нормам Гражданского кодекса РФ. Причем спасти положение может не столько степень убедительности аргументов, сколько проблема их опровержения.

В связи с этим хотелось бы, пока исходя лишь из “спортивного интереса” попытаться сравнить основные элементы правил торгов в Торговой системе ММВБ и статей 447-449 ГК РФ.

- В соответствии с п. 2 ст. 447 ГК РФ в качестве организатора торгов может выступать собственник вещи или обладатель имущественного права либо специализированная организация. Специализированная организация действует на основании договора с собственником вещи или обладателем имущественного права и выступает от их имени или от своего имени.

На рынке ценных бумаг указанные выше организации, выполняющие функции Торговых систем, как правило являются организаторами торгов, устанавливающими правила заключения и исполнения сделок, и не выступают ни в одном из качеств указанных в ст. 447. Эти организации ни с кем не заключают сделок купли-продажи ценных бумаг, они лишь организуют рынок, сводя покупателей и продавцов.

По каким-то причинам ни в первом, ни во второй части Гражданского Кодекса не содержится регулирование посреднической деятельности, что и представляет собой деятельность “Торговых систем” в чистом виде. В данном случае остается лишь использовать понятие организатора торгов, содержащееся в Федеральном законе “О рынке ценных бумаг”.

Пункт. 2 ст. 447 ГК РФ можно трактовать в пользу специализированных организаций - посредников, указав, что такая организация действует от своего имени при организации торгов, поскольку из указанной выше нормы не следует напрямую, что она должна выступать от своего имени в сделках купли-продажи ценных бумаг.

б) нормы о торгах предполагают одно “победившее” лицо, с которым и заключается договор. На торгах по ценным бумагам, участники заключают сделки друг с другом и “победителем” является каждый, кому удалось заключить сделку (при этом в системах расчетов по сделкам с ценными бумагами, базирующихся на многостороннем неттинге (зачете) требований исполнение осуществляется “обезличенно”).

Напрямую в нормах ГК РФ не установлено императивно, что такое лицо должно быть единственным (хотя, “по духу” ГК РФ именно это и предполагается). Наличие нескольких “победителей” очевидно не противоречит ГК РФ.

в) сроки, установленные для распространения информации о проведении торгов, также неприменимы к рынку ценных бумаг.

Правила торговли ценными бумагами рассчитаны не на разовые операции, а постоянные операции. Время и форма, а также иные правила проведения торгов известны постоянно. Например требование п. 2 ст. 448 о том, что извещение о проведении торгов должно быть сделано организатором не менее чем за тридцать дней до их проведения, может считаться соблюденным для рынка ценных бумаг, поскольку установленные правила торговли рассчитаны на постоянную торговлю и позволяют за тридцать дней до очередной торговой сессии знать, что она будет проведена.

Таким образом, требования ст. 448 в отношении сроков можно считать соблюденными.

г) Пункт пятый ст. 448 предполагает заключение договора в письменной форме по результатам торгов путем подписания протокола о результатах торгов.

Торговля ценными бумагами, особенно электронная торговля осуществляется на несколько иных принципах, описанных выше.

Как отмечалось, победителем является лицо, чья заявка удовлетворяется, поскольку именно удовлетворение заявки в Торговой системе означает заключение сделки непосредственно в ходе торговой сессии (Далеко не всегда, особенно учитывая проведение расчетов на нетто-основе, в торговых системах за удовлетворением заявок следует подписание письменного договора между сторонами сделки).

Обычно по итогам торгов составляются отчетные документы торговой системы. При этом на факт заключения сделки может не влиять неподписание участником торгов итоговых документов, что также закрепляется в правилах торговли. Такое положение дел не противоречит законодательству, поскольку несоблюдение простой письменной формы не влечет недействительность сделок за исключением случаев, предусмотренных законом или договором. Для сделок купли-продажи ценных бумаг такого последствия законом не предусмотрено.

Если заняться казуистикой, то можно сказать, что это отличие торгов по ценным бумагам от Гражданского кодекса РФ не противоречит последнему, поскольку результат торгов по конкретной сделке известен в процессе торговой сессии. (Как отмечалось, по результатам могут рассчитываться лишь нетто-обязательства участников, необходимые для исполнения сделок).

Изложенное дает основание считать, что заключение договоров на торгах, урегулированное гражданским законодательством, и торги по ценным бумагам совпадают лишь терминологически, по сути речь идет о разных способах заключения договоров, хотя если вдруг возникнет необходимость представления доказательств “непротиворечивости” операций на рынке ценных бумаг Гражданскому кодексу, их все же можно представить.

Признание торгов, организованных профессиональными участниками рынка ценных бумаг - организаторами торговли, в том числе фондовыми биржами в качестве публичных, по крайней мере судебной практикой, значительно бы упростило решение изложенной проблемы. В литературе также высказываются мнения о возможности реализации ценных бумаг, для которых установлено требование об их продаже на публичных торгах, через организатора торговли.¹⁰⁰

Помимо изложенной существует также проблема определения ценовых условий реализации.

Выше была рассмотрена применимость норм ГК РФ о публичных торгах к правилам торговли ценными бумагами. В данном случае хотелось бы рассмотреть применимость требований ГК РФ к ценовым условиям реализации заложенного имущества, установленным ст. 350 ГК РФ.

К числу основных требований о ценовых условиях относятся определение начальной цены реализации заложенного имущества, а также условие о том, что заложенное имущество продается на торгах лицу, предложившему наивысшую цену.

¹⁰⁰ И.Редькин, В.Ярков, там же

Одной из целей, преследуемых при установлении такого правила, очевидно, являлась цель защиты от необоснованного занижения цены реализуемого имущества, не соответствующей его реальной стоимости.

Вместе с тем, по крайней мере на рынке ценных бумаг используется рыночный механизм ценнообразования, базирующийся на соотношении спроса и предложения. Такой механизм наиболее объективно отражает текущую стоимость ценной бумаги. Формирование рыночной цены по итогам дня может базироваться на средневзвешенной цене по итогам торгов.

Представляется, что, учитывая указанную цель, именно рыночная цена, если она формируется, может быть принята сторонами в качестве начальной цены реализации заложенных ценных бумаг (это же относится и к реализации ценных бумаг в случае обращения на них взыскания).

Требование о продаже имущества по наивысшей цене обычно в процессе торгов ценными бумагами соблюдается, поскольку при наличии встречных заявок поданная заявка удовлетворяется по наиболее выгодной цене. Теоретически, заключение сделки купли-продажи происходит и в том случае, когда поданная на реализацию заложенных ценных бумаг заявка и встречная заявка совпадут по ценовым условиям (при отсутствии других встречных заявок с более выгодными условиями).

Еще одна проблема, которую необходимо рассмотреть применительно к реализации заложенного имущества или имущества, на которое обращается взыскание, состоит в определении оснований признания торгов недействительными. В настоящее время этот вопрос по существу остается открытым, особенно применительно к финансовому товару, хотя имеет существенно значение, например, для реализации возможности приобретения заложенного имущества залогодержателем непосредственно у залогодателя.

Например, для признания торгов ценными бумагами недействительными могут быть неактуальны такие обстоятельства как неуплата в течение определенного срока покупной цены, поскольку торговля может базироваться на принципах стопроцентного депонирования денежных средств или иных способах управления рисками, возникающими при расчетах по сделкам с ценными бумагами.

Отсутствие “прибавки” к начальной цене реализации также не должно влиять на действительность торгов поскольку начальная цена реализации может представлять собой объективную, рыночную цену ценных бумаг, сложившуюся на момент реализации.

К числу обстоятельств, влияющих на действительность торгов ценными бумагами, можно отнести следующие.

- признание торгов недействительными или несостоявшимися в соответствии правилами торговли. Одной из основных причин в данном случае может быть технический сбой;

- невозможность реализации ценных бумаг в течение срока и на ценовых условиях (для заложенных ценных бумаг - оговоренных договором, для ценных бумаг, на которые обращается взыскание - установленных судом (арбитражным судом) и/или судебным приставом. Такие ситуации возможны, в частности, при резком падении цен на рынке.

Представляется, что до законодательного решения проблем основной значение будут иметь договоры, а также соответствующие акты судов (арбитражных судов) и органов принудительного исполнения.