

К. Ю. Молодыко

КРИТИКА КОНЦЕПЦИИ ДОГОВОРА БАНКОВСКОГО СЧЕТА КАК САМОСТОЯТЕЛЬНОГО ВИДА ГРАЖДАНСКИХ ДОГОВОРОВ

Юридические лица, которых государство принудительно обязало хранить принадлежащие им денежные средства на счетах в коммерческих банках, могут оказаться в ситуации коллапса их бизнеса при невозможности распорядиться деньгами на их счетах. Банки несправедливо получили право использовать денежные средства на счетах их клиентов. Невозможно одновременно использовать деньги на клиентских счетах и обеспечивать их возврат клиентам по первому требованию.

Автор критикует широко распространенную в доктрине точку зрения о том, что деньги на текущем счете якобы не являются собственностью владельца счета и не могут быть виндигированы им у банка и третьих лиц, которые неправомерно удерживают указанные деньги.

Современное значение термина «иррегулярная поклажа» (*depositum irregulare*) не тождественно римско-правовому, так как в Средневековье произошла трансформация конструкции договора хранения. Так, элементы договоров регулярной поклажи и иррегулярной поклажи («старой иррегулярной поклажи») трансформировались в новую правовую конструкцию — «новую иррегулярную поклажу».

Коммерческий банк является одним из видов товарных складов. Договор банковского счета не является отдельным видом гражданских договоров. Его следует классифицировать как договор хранения (поклажи) имущества на товарном складе («новая иррегулярная поклажа»).

Необходима реформа правового режима банковских счетов путем их разделения на: а) текущие счета в режиме хранения с полным запретом банкам использовать средства на них и платить за это проценты клиентам; б) депозитные счета в режиме заема с полным запретом досрочного возврата клиентам указанных денежных средств.

Стороны договора банковского счета могут использовать для защиты своих прав как виндикационный иск, так и иск из обязательств.

Между собственниками средств на текущих счетах в банке возникает «смешанная индивидуальная собственность».

Классификация гражданских договоров должна основываться на их окончательном ожиданием экономическом (иногда моральном) эффекте, а не на технических особенностях их исполнения, публично-правовых обязательствах сторон договора, иных подобных критериях.

Ключевые слова: банковский счет, депозит, иррегулярная поклажа, собственность, виндикация, хранение, товарный склад.

К. Yu. Molodyko

CRITICS OF CONCEPT OF CURRENT ACCOUNT BANKING CONTRACTS AS A SEPARATE TYPE OF CIVIL LAW CONTRACTS

Legal entities that are obliged by the state to deposit their money onto the accounts in commercial banks appear in the situation of collapse of their business when they cannot withdraw their money. The reason for that is as follows. Banks unfairly got the right to use money on client's current accounts. But it is impossible at the same time to use money of a client and provide him an opportunity to dispose the same money on first demand.

Молодыко Кирилл Юрьевич — кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник Международной лаборатории права и развития ВШЭ — Сколково, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Российская Федерация, 101000, Москва, ул. Мясницкая, 20; магистр государственного управления (Гарвард); kmolodyko@hse.ru

Molodyko Kirill Yurievich — candidate of legal sciences, senior fellow, International Laboratory of Law and Development at HSE-Skolovo, National Research University "Higher School of Economics", 20, Myasnitskaya street, Moscow, 101000, Russian Federation; Master of Public Administration (Harvard); kmolodyko@hse.ru

The author criticizes a widespread doctrinal position that money on current accounts are not the clients' property and could not be the object of vindication from the bank or from the third parties illegally holding this money.

Modern meaning of the term "irregular custody" (*depositum irregulare*) is different as compared with that in Roman law because in the Medieval times the custody contract was changed. The elements of Roman law contracts of regular custody and irregular custody ("old irregular custody") were joined to the new legal construction, that is "new irregular custody".

Commercial bank is a kind of a warehouse. The current account contracts are not a special type of civil law contracts. They are more akin to warehouse storage contracts. Proper money regime on current account should be as the storage in a warehouse (new irregular custody).

The reform of general legal regime of bank accounts is necessary to divide them into a) current accounts in the custody regime with general ban for the banks to use this money and pay interest to clients, b) deposit accounts in the loan regime with prohibition of their pre-schedule withdrawing by clients.

Both the vindication lawsuit and breach of contract lawsuit are able to protect the rights of parties of the current account contract.

It appears that there is "individual mixed property" between all owners of money on current accounts in a certain bank.

It is suggested that the classification of civil contracts should be based upon economic (sometimes moral) final expected effects, and upon technical aspects of their performance, as well as public law obligations of their parties etc.

Keywords: bank account, deposit, *depositum irregulare*, property, vindication, storage, warehouse.

Преобладающей в цивилистике в последние годы является концепция, которая признает договор банковского счета отдельным самостоятельным видом гражданских договоров (С. В. Сарбаш, присоединяясь к этой точке зрения, назвал ее «доминирующей»¹). Поскольку как в ГК РФ, так и в ГК Украины договор банковского счета выделен в отдельную главу, то в силу правил структурного построения данных кодексов (главы соответствуют отдельным видам договоров) можно утверждать, что такую концепцию воспринял и законодатель.

В обобщении С. В. Сарбаша указаны и основные точки зрения на правовую природу договора банковского счета.² В частности, одни ученые относили его к займу, другие считали его договором смешанного типа, сочетающим элементы договоров займа, поручения, комиссии. Также существовала точка зрения, согласно которой в указанном договоре есть два договора: об открытии счета и договор, определяющий условия работы. М. М. Агарков считал его договором иррегулярной поклажи.

В последнее время в цивилистической доктрине действительно стала доминировать точка зрения о самостоятельном характере данного договора. Высказана даже позиция, в соответствии с которой законодатель, выделив договор банковского счета в отдельную главу в ГК и предоставив ему тем самым статус самостоятельного, «положил конец длительной дискуссии, которую вели ученые-юристы».³

По нашему мнению, смешанным может быть только конкретный договор между двумя лицами А и Б, которые в определенной ситуации для взаимного удобства чисто технически решили объединить несколько своих разнородных взаимоотношений в одну сделку. К каждой отдельной части этого конкретного договора будет применяться гражданско-правовое регулирование соответствующего вида гражданских

¹ Сарбаш С. В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. М., 1999. С. 10.

² Там же. С. 6–10.

³ Панова Л. Договор банківського рахунку як самостійний вид зобов'язання // Прокуратура. Людина. Держава. 2005. № 2. С. 103.

договоров. Однако это вовсе не означает, что возник какой-то новый вид — «смешанный» вид гражданского договора.

Мы сомневаемся в существовании «смешанных договоров», «комплексных договоров» и т. п. Классификация гражданских договоров должна базироваться на объективном результате их исполнения, которого хотят достичь стороны. Им является полезный экономический эффект, а в договорах без такого имущественного эффекта (которых, правда, небольшой процент в общей массе гражданских договоров) — моральный эффект. Классификация не может быть определена и субъективными решениями законодателя, которые могут быть ошибочными. Поэтому, когда мы говорим о классификации гражданских договоров на виды, следует разграничивать их системы на: а) систему, которая должна быть исходя из сути договоров, и б) систему, формально установленную текущими нормативными актами. Эти две системы могут не совпадать. Тем более непонятно, почему определенные законодательные решения могут положить конец цивилистическим дискуссиям? Совсем наоборот: ученые должны бороться за отмену, изменение законодательных решений в тех случаях, когда могут доказать их ошибочность. Решения законодателя в отношении регулирования определенных договорных отношений — это не навечно установленная непререкаемая догма, а повод для размышления. Особенно это касается ситуаций, когда неправильные законодательные решения приводят к причинению людям реального вреда. Правовая природа договора банковского счета — это не абстрактный теоретический, а очень жизненный практический вопрос. Из-за его неправильного разрешения страдают физические и юридические лица, а сугубо частные долги банков перед гражданами перекладываются на других лиц и государство, что уже неоднократно происходило на практике.

Так, практика свидетельствует о том, что когда возникает проблема с определенным коммерческим банком, то для его клиентов становятся недоступными деньги не только с их депозитных счетов, но и с текущих. Автор никогда не слышал, чтобы в каком-либо проблемном банке депозитные вклады были бы заблокированы, а в то же время текущие счета беспрепятственно обслуживались. Всегда если в банке проблема, то проблемным является забрать деньги как с депозитных, так и с текущих счетов. В дальнейшем физическим лицам в определенных пределах возмещает средства Фонд гарантирования вкладов физических лиц, юридические же лица нередко вообще остаются без собственных денег. При этом если для физических лиц размещение своих денег на текущих счетах — это хотя бы дело добровольное, то для юридических лиц такой добровольности нет.

В чем причина возникновения подобных позорных ситуаций? Она заключается в том, что банк разбазарил деньги с текущих счетов клиентов для собственных операций и/либо операций других своих клиентов. Разрешает ли законодательство банкам тратить деньги с текущих клиентских счетов? Да, разрешает, это четко указано в ч. 2 ст. 845 ГК РФ⁴ (ч. 2 ст. 1066 ГК Украины,⁵ п. 3 ч. 3 ст. 47 Закона Украины «О банках и банковской деятельности»⁶). С нашей точки зрения, такое необоснованное

⁴ *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410 (с последующими изменениями).*

⁵ *Гражданский кодекс Украины от 16 мая 2003 г. № 435-IV // Офіційний вісник України. 2003. № 11. Ст. 461 (с последующими изменениями).*

⁶ *Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III // Відомості Верховної Ради України . 2001. № 5–6. Ст. 30.*

разрешение как раз и приводит к утрате клиентских денег, т. е. к ненадежности банковских счетов в аспекте сохранности клиентских денег. Причиной же соответствующего правового регулирования стало произошедшее в определенное время искажение понимания конструкции поклажи применительно к деньгам, передаваемым банкирам их клиентами.

Профессор Г. Ф. Шершеневич отмечал, что «современные вклады, как мы видели, резко отличаются от вкладов старого времени, по экономическому и юридическому своему значению. Первоначально вклад, который банк обязан был за особое вознаграждение хранить без права использовать его, представлял собой чистый договор поклажи (*depositum regulare*). Современный банк все получаемые вклады приобщает к своей кассе, признавая себя обязанным возвратить вкладчику по его требованию или в определенный срок определенную сумму денег. Какова же юридическая природа современных вкладов? Экономическое их назначение подсказывает признание их за договором займа: банк занимает, чтобы отдавать в заем, и потому-то он является посредником в кредите. Однако против такого взгляда на вклады делаются возражения. Так как, принимая вклад, банк оказывает услугу вкладчику, то в их отношении можно видеть *depositum irregulare*, но не заем. Отличие вклада от займа усматривают в том, что при займе срок возвращения капитала устанавливается в интересе должника, тогда как при банковом вкладе срок устанавливается в интересе кредитора, т. е. вкладчика. Замечательно, что юристы, при определении юридической природы вкладов, все свое внимание направляют на экономическую цель и совершенно игнорируют то юридически существенное сходство между займом и вкладом, которое состоит в том, что в обоих случаях должник приобретает право собственности на переданные ему заменимые вещи и что в обоих случаях обязанность должника сводится к возвращению эквивалента. Само понятие о *depositum irregulare* не имеет для настоящего времени того значения, какое оно имело в Риме; в сущности это мертвый член договорной классификации. При том сама экономическая цель вклада понимается неправильно: банк принимает вклады, чтобы ими распорядиться согласно своему плану. Ни о какой услуге в интересе вкладчика не может быть и речи, потому что банк смотрит на вклады с своей коммерческой точки зрения. Срок не составляет существенного момента в договоре займа, и если банку выгоднее срочные вклады, то из этого еще не вытекает, чтобы банку, при его умении комбинировать активные операции с пассивными, не были выгодны вклады бессрочные... кроме такого вклада, когда вкладчик передает заменимые вещи в собственность банка с правом требовать обратно эквивалента во всякое время или в условленный срок, практикуются вклады, когда вкладчик передает банку на хранение незаменимые вещи с правом требовать обратно те же вещи во всякое время или в условленный срок. Если вклады первого рода должны быть отнесены к займу, то вклады второго рода представляют собой договор поклажи. Предметом вкладов на хранение могут быть ценные бумаги, ценные вещи, слитки золота, деньги в ящиках или мешках. Вклады на хранение, в свою очередь, подразделяются на два вида. 1. Простые вклады на хранение имеют своей целью исключительно безопасность помещения. Вкладчик отдает банку вещи в поклажу, не ожидая от банка никакой иной услуги, кроме наблюдения за сохранностью...». Далее как второй вид вкладов на хранение ученый описывает еще вклады на управление, которые касались только ценных бумаг.⁷

⁷ Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2. Товар. Торговые сделки. М., 2003. С. 418–419.

Эти слова свидетельствуют о том, что в то время, когда трудился Г. Ф. Шершеневич (конец XIX — начало XX в.), банки были уже вправе распоряжаться всеми внесенными клиентами на счета деньгами. Поскольку на счет можно было внести только заменимую по своей сути вещь — деньги, соответственно, к денежным вкладам не относились положения о хранении незаменимых вещей.

Позже, уже в советское время профессор М. М. Агарков указал на то, что иррегулярная поклажа близка к займу по внешним признакам (обязанность вернуть аналогичное количество вещей, определенных родовыми признаками). При этом данный ученый полагал, что бессрочные вклады, в том числе вклады на текущие счета, следует рассматривать как иррегулярную поклажу, а на срочные счета — как заем. Различие он видел в том, что в случае займа целью сторон является помещение капитала, а целью иррегулярной поклажи — хранение одним лицом средств другого, с тем чтобы они всегда были в распоряжении поклажедателя. По мнению М. М. Агаркова, к поклажепринимателю, как и в займе, переходило право собственности на вещь, и он был вправе пользоваться переданными на хранение вещами. «Если целью иррегулярной поклажи является хранение средств одного лица другим, то это не значит, что поклажеприниматель не должен ими пользоваться. Наоборот, он нормально ими пользуется и имеет право это делать. Но его пользование этими средствами не должно ничем препятствовать вышеуказанной непосредственной цели сделки».⁸

Однако возразим, что такая конструкция «иррегулярной поклажи» по сути абсолютно ничем не отличается от займа с условием возврата предмета займа по первому требованию. Кроме того, наличие у хранителя возможности отчуждать вещь без одновременной ее замены аналогичной объективно несовместимо с целью обеспечения сохранности вещи, т. е. доступа к ней поклажедателя в любой момент. Ведь если хранитель использовал (пусть даже временно отдал в долг) вверенные ему деньги, то даже с точки зрения самой бытовой логики как же он их вернет по первому требованию поклажедателя, когда тот за ними придет? Возможно, хранитель захочет и сможет как-то срочно их заместить аналогичными, а что если не захочет и/или не сможет?

Профессор В. В. Витрянский указывает на то, что «в течение длительного исторического периода вплоть до того момента, когда банки стали привлекать денежные средства вкладчиков в целях последующего кредитования участников имущественного оборота, договор банковского вклада сохранял все черты договора иррегулярной поклажи (римского *depositum irregulare*), цель которого состояла скорее в удовлетворении интересов вкладчиков, состоявших в обеспечении безопасного хранения денег, нежели потребностей банков, выступавших в роли поклажепринимателей, оказывающих вкладчикам услугу по хранению денежных средств. Вместе с тем как только деятельность по кредитованию участников имущественного оборота стала неотъемлемой частью банковской деятельности, правовая природа договора банковского вклада существенным образом изменилась: указанный договор превратился в средство удовлетворения потребностей банков в наличных кредитных ресурсах, приобретаемых путем привлечения денежных средств вкладчиков. Бесспорным доказательством использования банком договора банковского вклада

⁸ Агарков М. М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. М., 2007. С. 65–66.

в названных целях служит придание этому договору возмездного характера: банки стали выплачивать вкладчикам проценты на вклады, стимулируя тем самым процесс привлечения денежных средств во вклады».⁹

Мы полагаем, что необходимо тщательно разобраться, почему банки начали использовать все вклады клиентов в собственных операциях? Ведь подобные изменения никогда не происходят абстрактно сами по себе, они всегда связаны с целями и деятельностью конкретных людей. Следует рассмотреть вопрос, что же такое римское *depositum irregulare*, и рассмотреть, действительно ли банковский вклад какое-то время сохранял его черты?

Прежде всего, нам сложно согласиться с позицией профессора В. В. Витрянского о том, что банки поначалу занимались только хранением ценностей без кредитования. Во всех хотя бы относительно развитых обществах банкиры (ростовщики, менялы) выдавали кредиты. Профессиональная деятельность по выдаче займов существовала и в Античном мире, и в западноевропейском раннем Средневековье (хотя христианская церковь одно время боролась против института займов под проценты), и в Киевской Руси. В частности, достаточно известным историческим фактом является призвание на княжение в город Киев Владимира Мономаха в 1113 г. по причине произошедшего в Киеве народного бунта, направленного против непомерных процентов, взыскиваемых ростовщиками с населения. Ключевой вопрос, к которому мы будем многократно возвращаться, — за счет чьих средств выдаются кредиты?

В отношении средневековых банков профессор Г. Ф. Шершеневич пишет, что «банки хранили вверенные им денежные суммы, не решаясь использовать их для активных операций из опасения, что возможен одновременный запрос вкладов. Однако скопление значительных сумм в одном месте не могло не обратить на себя внимание правительств, всегда нуждающихся в деньгах и затрачивающих немало энергии на розыски свободных средств. Предложение оказать кредит за высокий процент встретилось, конечно, с традиционным опасением распорядиться вкладами. Но сильное давление и большой соблазн оказали свое действие. Заем совершался обыкновенно тайно от вкладчиков. Но первый опыт убедил в неосновательности опасений: вклады сразу никогда не затребовались, и даже подмечена была известная правильность прилива и отлива. Деньги стали отдаваться под проценты и частным лицам. А чтобы приобрести для этого большие средства, банки стали сами платить проценты по вкладам. С этого момента банки из чисто депозитного и кассового учреждения превратились в кредитные установления. Это превращение произошло главным образом в голландский период развития банковского дела, который открылся учреждением Амстердамского Банка в 1609 году».¹⁰

Приводимая Г. Ф. Шершеневичем информация о соответствующих недобросовестных действиях ряда банкиров до учреждения Амстердамского банка соответствует действительности. Однако он ошибочно отделил Амстердамский банк и его последователей от их недобросовестных предшественников. Вкладчики вовсе не уполномочивали Амстердамский банк использовать их вклады и даже не подозревали о таких мошеннических операциях банка с их деньгами: они передавали свои

⁹ Витрянский В. В. Договоры банковского вклада, банковского счета и банковские расчеты. М., 2006. С. 6–7.

¹⁰ Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. С. 423.

деньги банку только на хранение. Амстердамский банк сначала не раздавал деньги вкладчиков в займы, но потом втихомолку точно так же, как и недобросовестные банки более ранних времен, нелегально начал это делать. А чтобы не быть изобличенным в указанных операциях, засекретил от общественности все сведения о своем текущем капитале. Указанные недобросовестные операции с вверенными на хранение вкладчиками деньгами и предопределили скандальный и бесславный конец Амстердамского банка.¹¹

Также не можем согласиться и с позицией профессора Г. Ф. Шершеневича о том, что якобы подтвердилась «необоснованность опасений» в отношении последствий заимствования банкирами клиентских денег. Ведь ни одного доказательства, подтверждающего этот тезис, им не приведено. А опровергается данный тезис очень просто: когда банк неплатежеспособен, а случаев неплатежеспособности банков полно в любом столетии (в том числе и в России второй половины XIX в.), то клиентам не выдаются деньги с разных видов счетов, а не только с некоторых.

По нашему убеждению, чтобы разобраться с тем, в каком режиме современные банкиры а) должны получать и б) фактически получают деньги от клиентов, необходимо вернуться к историческим истокам. Сначала разобраться с тем, что же все-таки такое «иррегулярная поклажа», а также всегда ли этот термин имел одинаковое значение?

Так, профессор С. А. Муромцев, описывая соответствующие операции в Древнем Риме, указал, что «в ссуде вещь передается для пользования, в поклаже — для сохранения. Но при поклаже денег возникает исключительное положение. Для поклажедателя обыкновенно нет никакого интереса в том, чтобы получить назад те же самые монеты, которые он отдал на сохранение; он заинтересован лишь в сохранности суммы, отданной на хранение. Поэтому в таких случаях на поклажедателя переносится право собственности на принятую им сумму; он обязывается возвратить не те монеты, которые получил, но лишь ту сумму, которая была ему передана. Тем не менее такая сделка не есть заем. В займе дающий деньги одолжает заемщика; в настоящем же случае одолжение оказывается со стороны принимающего деньги: лицо состоятельное или вообще заслуживающее доверия принимает в свою пользу деньги, которые не находят для себя безопасного места у своего хозяина. Римские юристы проводили различие между займом и такою поклажею, обсуждая эту последнюю именно по правилам договора поклажи. Если новейшие законодательства отступают нередко от этого порядка, то основание к этому состоит в желании противодействовать заключению действительных займов под видом поклажи».¹² Последнее замечание профессора С. А. Муромцева связано с тем, что в процедурах банкротства Российской Империи конца XIX — начала XX в. сданные в поклажу вещи не входили в конкурсную массу в отличие от заемного письма, векселя. Соответственно обязательства из поклажи удовлетворялись в более привилегированном порядке по сравнению с обязательствами из займа.¹³

Испанский ученый Мануэль Хесус Гарсия Гарридо пишет, что «особым случаем хранения считалось то, при котором на хранение передавалось некоторое количество денег либо неиндивидуализированных заменяемых вещей, которыми хранитель

¹¹ Уэрта С. Х., де. Деньги, банковский кредит и экономические циклы. Челябинск, 2008. С. 78–84.

¹² Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. С. 297.

¹³ Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 497.

вправе был распоряжаться, но обязан был возвратить поклажедателю вещи того же рода и качества. В действительности речь шла о займе, при котором вещь передавалась не в держание, а в собственность. Без сомнения юристы позднеклассического периода отличали такое хранение от займа и считали его более подходящим, поскольку природа иска доброй совести позволяла истребовать даже проценты, которые не были оговорены соглашением сторон. Несмотря на это вместо иска о хранении юристы склонялись к использованию кондикции (*condictio*) из договора займа». Также М. Гарридо отметил, что Юстиниан рассматривал это как случай договора хранения, из которого в любом случае возникает возможность предъявления *actio depositum*.¹⁴

Другой ученый — профессор Д. В. Дождев отмечает, что в римском праве, если объектом поклажи были опечатанные деньги и поклажедатель впал в просрочку, на капитал начислялись проценты. Если же собственник дозволит поклажедателю пользоваться деньгами, отношение переходит в заем, как только депонент воспользуется и тем самым овладеет ими (Дигесты XII.I.9 § 9, XII.I.10, Coll. X). Эту ситуацию интерпретаторы называли *depositum irregulare*. Как заем отношения рассматривались и в том случае, если собственник, когда депозитарий впал в просрочку или воспользовался принятыми на хранение деньгами, предпочтет начислить и взыскать с него проценты (XVI.III.7 § 2) вместо того, чтобы прибегнуть к иску из договора поклажи и штрафному иску из воровства (XVI.III.29).¹⁵

Уточним здесь, что в XVI.III.7 § 2 Дигестов Юстиниана¹⁶ идет речь, выражаясь современным языком, об очередности удовлетворения требований кредиторов в процедуре банкротства банкира. Смысл положений Дигеста в том, что обязательства из поклажи удовлетворялись раньше тех, за которые банкир платил поклажедателю какие-либо проценты. Все, кто получал проценты от банкира, фактически объявлены для целей процедуры банкротства «отказавшимися от хранения». В свою очередь в XVI.III.29 Дигестов говорится о разграничении двух следующих фактических ситуаций: если поклажедатель разрешил использование денег, то у него есть право получать проценты, а если не разрешил — право на иск из хранения и из совершения воровства. Направленность же Титула X *Mosaicarum et romanarum legum collatio* (общепринятое сокращение этого памятника римского права — Coll) — общие вопросы распределения риска кражи и гибели вещи в зависимости от того, передана вещь в поклажу либо же заем, а также производные от этих вопросов правомочия на предъявление тех или иных исков к различным лицам. В частности, в Титуле указывается, что при хранении возможна оплата поклажедателем соответствующих услуг хранителя, а удовлетворение иска из хранения позорит хранителя. В свою очередь, заемщик (в Титуле он именуется «заемщик для использования»), по смыслу Титула, был вправе взыскать с контрагента, предоставившего вещь в заем, только непредвиденные расходы, связанные с невозможностью использовать вещь по ее прямому назначению.¹⁷

¹⁴ Гарридо М. Х. Г. Римское частное право: казусы, иски, институты. М., 2005. С. 563–564.

¹⁵ Дождев Д. В. Римское частное право. Учебник для вузов. М., 2003. С. 559.

¹⁶ Дигесты Юстиниана — *Digesta Iustiniani*. В 8 т. / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2002–2006.

¹⁷ *Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio* with introduction, facsimile and transcription of the Berlin Codex, translation, notes and appendices / by rev. M. Hyamson. Henry Forwde Oxford University press, 1913. P. 104–111.

По утверждению профессора Ч. Франчози, при иррегулярной поклаже депозитарий (обычно банкир — *argentarius*) мог использовать эти вещи или деньги и, как и в случае с займом, вернуть их в том же количестве того же качества.¹⁸

Профессор Д. Д. Гримм указал на то, что при иррегулярной поклаже депозитарий становился собственником полученного и вместе с тем нес *periculum*, но в остальном такая сделка рассматривалась как *depositum* (хранение), а не как заем.¹⁹

Профессор Ч. Санфилиппо полагал, что иррегулярная поклажа применялась к сумме денег, отданной на хранение с той оговоркой, что депозитарий может ими воспользоваться (их потребив) и вернуть *tandundem* (например, банковский депозит). В сущности, это заем, и таким он виделся классическим юристам. Отнесение этой фигуры к поклаже восходит к Юстиниану.²⁰

Профессор И. Б. Новицкий, ссылаясь на Дигесты XVI.III.25.1, XVI.III.26 § 1, XVI.III.28, XVI.III.29 § 1, писал, что при иррегулярной поклаже необходимо было вернуть такое же количество вещей такого же рода, какие были получены. И при иррегулярной поклаже, и при займе происходила передача права собственности на вещь. Но при этом цель договора займа в Древнем Риме заключалась в том, чтобы удовлетворить хозяйственную потребность заемщика, т. е. лица, получающего деньги или иные заменимые вещи. При иррегулярной поклаже хозяйственное назначение и цель договора прямо противоположны: услугу оказывает принимающий деньги или иные заменимые вещи. В отличие от займа проценты устанавливались не в форме стипуляции, а неформальным соглашением, проценты за просрочку могли взыскиваться только при иррегулярной поклаже, но не при займе.²¹

По утверждению М. М. Рассолова и М. А. Горбунова, при иррегулярной поклаже к хранителям, которыми обычно выступали менялы или банкиры, переходило право собственности на товары, определенные родовыми признаками. При этом они получали возможность использовать вещи по своему усмотрению, а если при передаче вещи соглашением сторон обуславливались проценты — то платить их.²²

Прежде всего, нужно отметить, что термина *depositum irregulare* (иррегулярная поклажа) в самом Древнем Риме не существовало. Так, несложно убедиться в том, что ни в латинском тексте Дигестов Юстиниана, ни в латинском тексте упоминаемых профессором Д. В. Дождевым *Mosaicarum et romanarum legum collatio* термина *depositum irregulare* нет. Нам неизвестны и какие-либо иные первоисточники римского права, в которых содержался бы указанный термин. В исторической литературе отмечается, что термин *depositum irregulare* впервые появился аж в XV в., автором указанного термина является итальянский юрист конца XV — начала XVI в. Жасон де Майно.²³

Вместе с тем из вышеизложенного вполне понятно, что именно ученые более позднего времени имеют в виду под римской «иррегулярной поклажей». На наш взгляд, это не что иное, как «квазизаем» под проценты, использовавшийся, путем формального употребления слова «поклажа», для взимания процентов по займу,

¹⁸ Франчози Ч. Институционный курс Римского права. М., 2004. С. 368.

¹⁹ Гримм Д. Д. Лекции по догме Римского права. М., 2003. С. 375.

²⁰ Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. М., 2000. С. 244.

²¹ Римское частное право. Учебник / под ред. И. Новицкого, И. Перетерского. М., 2005. С. 339–340.

²² Рассолов М. М., Горбунов М. А. Римское право. Учебник. М., 2010. С. 376–377.

²³ Уэрта С. Х., де. Деньги, банковский кредит и экономические циклы. С. 29.

т. е. для «обхода» римской конструкции займа (*mutuum*), которая в традиционном варианте была беспроцентной. Во всех случаях упоминания подобных сделок в Дигестах речь идет об очень крупных денежных суммах (XVI.III.26 § 1 (Павел), XVI.III.28 (Сцевола). Идеологически это похоже на особые сделки для богатых клиентов, очень напоминающие современное доверительное управление банками активами VIP-клиентов. О большой редкости таких сделок иррегулярного хранения свидетельствуют и слова Папиниана (Дигесты XVI.III.24): «Если же было заключено соглашение, что должно быть уплачено столько же, то это дело выходит за пределы наиболее известных случаев договора хранения...».

И даже само слово «иррегулярная» (пусть такая характеристика указанной сделки появилась уже в Средневековье) лексически свидетельствует о ее необычности, нестандартности.

Весьма похоже, что просто очень богатые граждане в отношениях между собой путем нехитрой лексической уловки маскировали один вид сделки другим. И все смотрели на это сквозь пальцы, но только пока банкир был платежеспособен. В случае банкротства банкира такой «обход займа путем формального наименования его поклажей» уже не действовал. Ведь никто же особо не заблуждался в отношении того, что фактически был заем под проценты. Поэтому при банкротстве уже не обращали никакого внимания на формальное название сделки, а оценивали ее по сути правоотношений. Как мы уже отметили, все получавшие от банкира проценты становились в современном понимании кредиторами более поздней очереди, чем передавшие ему вещь в обычное хранение и процентов не получавшие. Вот как об этом пишет Ульпиан.

Дигесты XVI.III.7 § 2 (Ульпиан): «Всякий раз, как менялы объявляются несостоятельными, следует прежде всего уделять внимание тем, кто сдал менялам на хранение, то есть тем, кто имел данные на хранение деньги, а не тем, кто находившиеся у менял деньги давал под проценты или совместно с менялами, или сам по себе. Итак, если имущество (менялы) продается, то раньше привилегий следует уделять внимание тем, кто сдал деньги на хранение; но не должно быть уделяемо внимание тем, кто впоследствии получил проценты, ибо эти лица как бы отказались от хранения».

Дигесты II.IV.24 § 2 (Ульпиан): «Признано, что при распродаже имущества банкира после (обладателей) преимущественных прав предпочтением пользуются те, кто положил деньги в банк, доверившись публичному кредиту. Но, конечно, те, кто, положив деньги, получил от банкиров проценты, не отличаются от остальных кредиторов, и справедливо: ведь одно дело давать в долг, другое — положить (на хранение). Однако если наличные деньги имеются, то, по моему мнению, они могут быть истребованы вкладчиками, и тот, кто предъявляет требования, будет предпочтен (обладателю) преимущественных прав».

Привлекательность иррегулярной поклажи для поклажедателя по сравнению с займом заключалась не только в процентах. И. Б. Новицкий указывает, что при иррегулярной поклаже бесчестье (*infamia*) кредитора возникало при невыполнении обязательств по поклаже (и регулярной, и иррегулярной); однако при невыполнении обязательств *по mutuum* (заем) возникало только стипуляционное обязательство уплатить третью часть суммы займа, как бы в виде неустойки, а бесчестья не было.²⁴

²⁴ Римское частное право. Учебник / под ред. И. Новицкого, И. Перетерского. С. 339–340.

Этот факт подтверждается первоисточниками. Как мы уже упоминали, в Титуле X *Mosaicarum et romanarum legum collatio* указывается, что удовлетворение именно иска из хранения позорит хранителя. Также и Ульпиан пишет (Дигесты III.2.6 § 6) о том, что «иногда бывает осужден и потому становится опозоренным и наследник (в результате предъявления иска к нему лично), если поступил плохо при исполнении договора хранения или поручения».

Положениями Дигестов, которые касались именно той римской поклажи, которая намного позже, в Средневековье, была названа «иррегулярной», были следующие.

XVI.III.1 § 34 (Ульпиан): «Если деньги вверены тебе с самого начала на хранение таким образом, что если ты захочешь, то можешь пользоваться ими, то, прежде чем ты воспользуешься ими, ты отвечаешь по иску, вытекающему из хранения».

XVI.III.24 (Папиниан): «Если же было заключено соглашение, что должно быть уплачено столько же, то это дело выходит за пределы наиболее известных случаев договора хранения. Если нет иска из хранения в тех случаях, когда было (такое) соглашение, что должно быть возвращено столько же, а не то же самое, то едва ли можно сказать, что имеются основания для (начисления) процентов. И хотя установлено, что по искам, основанным на доброй совести, усмотрение судьи в отношении процентов имеет такое же значение, как стипуляция, но идет вразрез с добросовестностью и природой хранения требование, предъявленное до наступления просрочки, об уплате процентов тем, кто оказал благодеяние, приняв деньги (на хранение). Если, однако, вначале было соглашение о процентах, подлежащих уплате, то должно быть соблюдено содержание договора».

XVI.III.25 § 1 (Папиниан): «Тот, кто использовал к своей выгоде деньги, данные ему на хранение в незапечатанном виде, чтобы он их вернул в том же количестве, будет принужден по иску из хранения вернуть их и проценты по ним за время просрочки возвращения».

Когда лицо, получившее неопечатанные деньги, само по собственной инициативе уведомяло приславшего деньги, что будет пользоваться ими и платить проценты за пользование, далее оно было обязано к их выплате (XVI.III. 26 § 1 (Павел) и XVI.III.28 (Сцевола)) (в последнем случае указано, что проценты должны быть уплачены на основании иска из доброй совести даже независимо от фактического использования денег). Обязательство уплатить проценты также возникало из добросовестности при использовании с разрешения поклажедателя денег, внесенных на хранение (XVI.III.29 § 1 (Павел)).

Обычная же (регулярная) поклада предусматривала хранение вещи (в том числе и денег) опечатанными под замком. Ее суть, насколько можно судить из Дигестов, была такова.

XIII.VI. 5 § 2 (Ульпиан): «Вещь, сданная на хранение, не приносит никакой пользы принявшему ее на хранение».

XVI.III.17 § 1 (Флорентин): «Собственность на вещь, сданную на хранение, остается у сдавшего».

XVI.III.29 (Павел): «Если я внесу на хранение кошелек и опечатанное серебро и тот, кому это внесено на хранение, присвоит это вопреки моей воле, то мне принадлежит против него и иск, вытекающий из договора хранения, и иск, вытекающий из совершения воровства».

XXXVI.IV § 10. (Ульпиан): «Если вещь была отдана умершему на хранение или в качестве ссуды, то здесь не будет иметь место ввод во владение, так как такие вещи не являются наследственными».

III.V.2 § 1 (Юлиан): «Тот, кому вещь передана на хранение или в ссуду, не может ради получения выгоды приобрести (право собственности) по давности владения в качестве наследника».

Испанским профессором Хесусом Уэрта де Сото по результатам обобщения огромного объема исторического материала обоснована концепция, согласно которой в Средневековье, как и в Античности, в подавляющем большинстве своем вкладчики банков желали исключительно хранения денежных средств без передачи банкам права их использования. Банковские же счета были просто способом учета денег, внесенных как вклады, по сути, в обычную поклажу. Банкиры опасались тихонько «временно заимствовать» вклады клиентов, так как подобное классифицировалось как кража. Не было ничего нелегального в чисто физическом отчуждении монет как родового товара при условии одновременной замены их аналогичными, поскольку вкладчикам было безразлично, вернут им из хранения именно те же монеты или аналогичные. Но связка «отчуждение — одновременная замена» была нерушимой! Общий суммарный объем монет, принятый в поклажу, в учете должен был всегда соответствовать их фактическим остаткам. Поэтому, как уже упоминалось выше, даже самый крупный в Европе XVII–XVIII вв. Амстердамский банк, со временем скандально обанкротившийся, использовал деньги вкладчиков для кредитования нелегально и в тайном режиме.

Целью банкиров стало добиться максимального расширения использования ими вкладов клиентов в собственных операциях, чтобы это стало иметь вид законности и легальности. Поэтому средневековые банкиры начали длительную лоббистскую борьбу за право использования всех клиентских денег в собственных операциях путем псевдоюридических и псевдолексических махинаций по искусственному искажению конструкции поклажи. При этом активно использовались постоянная неплатежеспособность средневековых правителей, их нужда в банковских займах, за которыми они обращались к этим же банкирам. Со временем банкиры вышли победителями в этой борьбе. В плане всех денег, внесенных на банковские счета, банкирам удалось добиться стирания различия между передачей денег в хранение и в заем, а именно юридического разрешения использовать все деньги клиентов в своих операциях. А чтобы закамуфлировать искажение и нивелирование традиционной конструкции поклажи, они придумали хитрую уловку: начать выплачивать небольшие проценты по всем вкладам. Это позволило хитроумным банкирам выдвинуть аргумент: мол, какое хранение? Мы же проценты платим.²⁵

Мы в целом согласны с концепцией профессора де Сото, но с существенными оговорками в аспекте ее аргументации. По сути, профессор де Сото утверждает, что средневековые банки пролоббировали искажение римской конструкции иррегулярной поклажи. Это утверждение очень спорно. Критика концепции профессора де Сото со стороны ее оппонентов — последователей кейнсианства — указывает на отсутствие достаточных доказательств того, что римская поклажа, названная средневековыми исследователями «иррегулярной», действительно была беспроцентной.²⁶

²⁵ Уэрта С. Х., де. Деньги, банковский кредит и экономические циклы. С. 9–122.

²⁶ *Chapter 1. Of Huerta de Soto's Money, Bank Credit and Economic Cycles: a Critique* (2012). http://socialdemocracy21stcentury.blogspot.co.nz/2012_08_01_archive.html Huerta de Soto on Banking on

Мы же, исходя из описанных профессором де Сото реальных правоотношений между средневековыми банками и их вкладчиками, полагаем, что в Средневековье возникла новая конструкция поклажи, отличная от римских — как регулярной, так и иррегулярной. Средневековый банковский вклад, соответствующий волеизъявлению вкладчиков на совершение сделки, — вовсе не римская иррегулярная или регулярная поклажа. Это совершенно новая конструкция на базе модификации древнеримских регулярной поклажи, займа и иррегулярной поклажи. Из регулярной поклажи были заимствованы сохранение права собственности за поклажедателем и недопустимость использования денег банкиром в собственных операциях и операциях третьих лиц; из иррегулярной поклажи и займа — обезличивание и смешивание вещей, т. е. возможность чисто технической замены вещи поклажедателя аналогичными.

Однако затем банки действительно пролоббировали право использования вкладов, используя ссылки на такой чисто внешний признак римской иррегулярной поклажи, как возможность замещения денег аналогичными, умалчивая при этом, что в основной массе античные вкладчики, как и средневековые, желали только хранения банками денег без их использования.

Вполне возможно, что само введение в оборот на рубеже XV и XVI вв. нового термина *depositum irregulare* было неслучайным и являлось элементом лоббистской стратегии банкиров по «легализации доступа» к средствам их клиентов!

Вместе с тем следует отметить, что люди заинтересованы в массовой передаче денег банкам в заем тогда, когда в государстве высокая инфляция, так как в этих условиях населению нужно спасти деньги от обесценивания (другое дело, что реальная доходность по банковским вкладам нередко бывает и минусовой). Если цены долгосрочно стабильны, то передача денег банкам в заем обычно не так уж привлекательна. В этих условиях проценты при передаче банкам денег в заем мизерны, а для населения вполне достаточно обеспечить физическую сохранность своих денег путем хранения. Даже для желающих получать инвестиционный доход в условиях низкой инфляции банковский вклад — непривлекательный источник для инвестирования. Это также объясняет мотивацию банков использовать для своих операций все деньги клиентов, попавшие в их руки.

Насколько можно судить из представленного профессором де Сото обширного исторического материала, вкладчики средневековых банков рассматривали банк прежде всего как надежный склад для своих денег. При этом они не желали ни перехода права собственности к хранителю — банкиру, ни возникновения у последнего права распоряжаться товаром в собственных операциях. Следовательно, вкладчики не желали возникновения «иррегулярной поклажи» в том ее понимании по своей сути процентного займа, в котором она сейчас описывается в книгах по римскому праву. Вместе с тем средневековые вкладчики были и не против того, чтобы хранение денег чисто технически осуществлялось с обезличиванием и смешиванием. В условиях родового характера вещи вкладчикам было безразлично, вернут им те же самые монеты либо аналогичные, что имело внешнюю схожесть с римской иррегулярной поклажей.

Ancient Rome: A Critique (2012). <http://socialdemocracy21stcentury.blogspot.co.nz/2012/09/huerta-de-soto-on-banking-in-ancient.html>.

Поэтому мы не можем не согласиться с уже приведенными выше словами профессора Г. Ф. Шершеневича о том, что «само понятие о *depositum irregulare* (иррегулярной поклаже) не имеет для настоящего времени того значения, какое оно имело в Риме; в сущности, это мертвый член договорной классификации». Мы согласны с тем, что именно римская иррегулярная поклажа «умерла», а новое современное значение термина «иррегулярная поклажа» совсем иное, к чему мы вернемся чуть ниже.

К сожалению, описанная профессором де Сото банкирская уловка — выплачивать всем небольшие проценты, чтобы пользоваться всеми деньгами вкладчиков, — удалась. Правда, сохранилась поклажа наличных денег (технически в настоящее время она осуществляется в банковских депозитарных ячейках). Но только для физических лиц. Государство запретило юридическим лицам такое регулярное хранение денег в наличной форме в ячейках или в собственных кассах, принудив их к вящей радости банкиров вносить почти все принадлежащие им деньги на банковские счета. Более того, государство в порыве «этангистско-банкирского слияния» даже уполномочивало частные банки правом указывать своим клиентам — точно таким же частным юридическим лицам, сколько те могут оставлять наличных в своей кассе. Более того, государство даже технически заблокировало для организаций возможность забрать все собственные деньги из банка наличными, не напечатав и не отчеканив наличных на всю сумму эмиссии денег.

Вместе с тем нормальная новая концепция поклажи, выработанная в раннем Средневековье и существовавшая в денежном обращении до ее искажения банкирами и государством, на самом деле никуда не исчезла: в хранении на товарных складах товаров, определенных родовыми признаками, она и по сегодняшний день живет и процветает. И именуется «иррегулярной поклажей». Но в новом, не древнеримском понимании этого термина! Мы бы даже назвали ее «новой иррегулярной поклажей», а отмерший древнеримский институт — «старой иррегулярной поклажей».

Из положений ст. 890, 892, 918 ГК РФ следует четкий вывод, что при хранении на товарном складе (даже когда поклажедатель разрешил смешивание и обезличивание товара) пределы полномочий хранителя определяются поклажедателем; в частности, в случае если последний предоставляет складу право распоряжаться товаром, то далее это уже правоотношения займа, а не хранения. При этом только к вопросам о времени и месте возврата товара на отсылочной основе применяются положения ГК о хранении (последнее удобно с точки зрения законодательной техники, чтобы специально не дублировать эти положения в главе о займе). В аналогичной по содержанию норме ст. 958 ГК Украины также есть прямое указание на то, что данная норма применяется к вещам, определенным родовыми признаками.

Товарный склад вправе замещать неиндивидуализированный неопечатанный родовой товар, переданный ему в поклажу, на аналогичный. Использование складом этого товара без его замещения невозможно. Ведь склад не знает, когда к нему придут с требованием на товар, а он должен вернуть товар по первому требованию. Поэтому добросовестные товарные склады всегда постоянно поддерживают 100-процентный объем переданного им на хранение. И никому даже в голову не приходит, что товарный склад может быть обязан платить какие-либо проценты поклажедателю за хранение.

И только в отношении одного товара, определенного родовыми признаками — денег на текущем счете, правовое регулирование «вдруг» изменилось и стало

совершенно иным: там возникли и неограниченное право банка пользоваться чужим имуществом, и искусственные проценты. Это стало следствием произведенного чисто искусственного антиправового отрыва договора банковского счета от договора поклада, выдумывания псевдоконструкции «банковский вклад как объединение несовместимых по идеологии договоров хранения и займа», а позже — ее переименования в псевдоконструкцию «самостоятельный договор банковского счета».

Реально ли совместить хранение имущества не под замком и возможность его замещения на аналогичное и сохранение у вкладателя права собственности на вещь? Да, реально. Владение вещью и возможность совершать с ней некоторые юридически значимые действия (как с индивидуально определенной, так и с родовой) само по себе вовсе не означает перехода права собственности на вещь. Хранитель родовой вещи вполне может быть уполномочен замещать вещь на аналогичную (особенно если со временем вещь физически портится), но не более того! Даже в системе государственного резерва по мере приближения истечения сроков хранения продуктов на складах их запасы «освежаются», т. е. более старые замещаются аналогичными более новыми. Но никто же при этом не считает, что госрезерв вправе распродать созданные запасы продовольствия без их одновременного возмещения, т. е. замещения на новые аналогичные товары.

Почему выработанная в Средневековье конструкция «новой иррегулярной поклада» лучше современной банковской лоббистской псевдоконструкции «самостоятельный договор банковского счета»? Потому что в отличие от банков:

— товарные склады, не имеющие права использовать имущества клиентуры в собственных целях, относятся к нему намного более бережно, в частности, не считают себя вправе тратить его на собственные нужды хозяина склада;

— товарные склады не сотрясают постоянные скандалы; через товарные склады не происходит массовых хищений имущества государства, физических и юридических лиц;

— любые недостатки чужого имущества на товарных складах очевидны;

— даже если склад неправоммерно передал кому-то чужое имущество, не так уж сложно определить, кому именно;

— товарные склады не считают, что проблемы их коммерческой несостоятельности должны решаться принудительными взносами в публичные фонды гарантирования, а также налогоплательщиками;

— государству технически намного сложнее «экспроприировать» у собственников имущество на товарных складах, чем в коммерческих банках в условиях искусственного перевода на последние права собственности на деньги.

Итак, банкиры добились отмены четкого деления вкладов на: рисковые для клиента (режим займа и выплата процентов клиенту как залогодателю) и безрисковые (режим «нового иррегулярного хранения» в новом средневековом понимании этого термина с оплатой только вкладчиком банку услуг по их хранению, перемещению и выдаче денег). «Временное использование» банкирами денег с безрисковых по идеологии вкладов (в современной терминологии — текущих счетов) юридически перестало считаться кражей. Еще несколько позже возмещение растраченных банками денег физических лиц, в том числе с их текущих счетов, возложили на так называемые фонды гарантирования вкладов, а в ситуациях, когда их денег не хватает, — на государство, т. е. на налогоплательщиков. Деньги же юридических лиц

в аналогичных ситуациях просто пропадают. (Или же иногда бывает добрая воля государства тоже возместить их из кармана налогоплательщиков.)

Чисто искусственное лоббистское смещение в Средневековье четких римских конструкций поклажи и займа в псевдоконструкцию единого «банковского вклада» повлекло и еще одно крайне неприятное побочное последствие: искажилась не только конструкция банковского счета (поклажи), но и конструкция банковского депозита как займа. В гражданском законодательстве проявилась экономически безграмотная идея о том, что, мол, и все банковские депозиты физических лиц могут быть затребованы у банка в любой момент (ч. 2 ст. 837 ГК РФ, ч. 2 ст. 1060 ГК Украины). Но это противоречит сути займа, предоставляемого субъекту предпринимательской деятельности и предполагающего временное использование предмета займа последним в коммерческих целях. Как же возможно возвращать досрочно по первому требованию физическим лицам все займы, если они отданы банками в кредиты, не подлежащие возврату по первому требованию? Ведь никто же при этом не предлагает возвращать все кредиты по первому требованию банка. Если банки будут резервировать очень большой процент от депозитов физических лиц, подлежащих возврату по первому требованию (допустим, 50 %), то либо депозитно-кредитные операции станут для них в целом убыточными, либо процентные ставки по кредитам взлетят до небес. А если резервирование таких депозитов физических лиц будет небольшим, то малейшее увеличение требований таких вкладчиков о досрочном истребовании денег будет ставить под угрозу платежеспособность банка в целом.

На самом деле резервирование под текущие счета должно быть стопроцентным, так как банки вообще не должны использовать эти средства в собственных операциях. А источником средств для кредитования должны быть только средства с депозитных вкладов, по которым резервные требования должны быть незначительными. Конечно, принципиально депозиты — это рискованные для клиента операции, о чем необходимо честно сообщать клиентам. Важно правдиво объяснять населению, что в банковских депозитах есть элемент риска. Ведь в условиях рыночной конкурентной экономики государство просто не может и не должно покрывать инвестиционные риски частных субъектов.

Но вернемся к товарным складам. Как ни странно, в отношении хранения на товарных складах в определенный момент тоже возникла идея о якобы переходе к складу права собственности на имущество. Отметим, что у нас в целом вызывают крайне серьезную тревогу идеи юридически признавать хранителей (как денег, так и всех других видов имущества) их собственниками — ведь это какой-то общий искусственный передел собственности в пользу хранителей тогда получается!

В дореволюционное время профессор Г. Ф. Шершеневич, как уже отмечено выше, считал банк собственником денег на всех банковских счетах клиентов, с чем мы совершенно не согласны. При этом он утверждал, что собственником определенного родовыми признаками товара, переданного на хранение на товарный склад, является поклажедатель: «Здесь нет займа, а покладчик — не кредитор товарного склада. Ему принадлежит не обязательственное право, а право собственности. Дело в том, что между вещами, отдаваемыми со стороны нескольких лиц товарному складу, образуется смешение, которое служит новым основанием права собственности на них».²⁷ В другой

²⁷ Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. С. 502–503.

своей работе он пишет, что, «если принятые на хранение товары должны быть возвращены только *in genere*, мы подходим к известному уже в римском праве отклонению от чистого типа поклажи — *depositum irregulare*. И, однако, операция не переходит в договор займа, потому что товарный склад не приобретает права собственности на поступившие к нему заменимые вещи. А если это так, то право собственности, очевидно, сохраняется за товарохранителями. Но так как сданные ими на хранение товары подверглись смешению, так что хозяева уже не в состоянии различить принадлежащих каждому вещей, то между ними установилась общая собственность на товары, находящиеся в товарном складе».²⁸

С позицией профессора Г. Ф. Шершеневича о том, что товар на товарном складе не переходит в собственность склада, мы совершенно согласны. Вместе с тем он противоречиво утверждал в пределах одной работы, с одной стороны, что современное ему хранение на товарном складе — это римская *depositum irregulare*,²⁹ т. е. что таковая существует; с другой стороны, что римская конструкция *depositum irregulare* умерла и является мертвым членом договорной классификации.³⁰ На наш взгляд, как мы уже указывали выше, римская конструкция *depositum irregulare* (иррегулярная поклажа) действительно умерла, но возникла «новая иррегулярная поклажа» с иным содержанием термина. И эта «новая иррегулярная поклажа» одинакова в случаях обезличенного хранения родового товара как на банковском счете, так и на любом ином товарном складе. Никаких оснований классифицировать режим имущества на банковском счете как-то иначе, чем вещи на товарном складе, по нашему убеждению, нет.

Правда, в советское время в отношении того, кто является собственником родового товара на товарном складе, возникли и доктринальная, и законодательная путаница. Согласно ст. 432 ГК РСФСР 1964 г.,³¹ если нет соглашения об ином, собственниками являются все поклажедатели, сдавшие на товарный склад соответствующий товар, которые обладают в отношении общей массы смешанного товара правом общей долевой собственности. Статья 423 ГК Украинской ССР 1963 г.³² предусматривала иной принцип: если нет соглашения об ином, то собственник товара на складе — хранитель. Указанные положения и ГК РСФСР, и ГК Украины, на наш взгляд, были ошибочными. Диспозитивность тут неуместна, так как собственником всегда является поклажедатель. Если же последний желает временно передать товар в собственность складу — нет проблем, пожалуйста, заключайте обычный договор займа. Ведь в отличие от Древнего Рима никакой практической необходимости камуфлировать заем под поклажу нет. С сожалением отметим, что в новых современных гражданских кодексах и РФ, и Украины, как это ни поразительно, вообще нет никаких положений о том, кто же собственник товара, сданного на товарный склад!

Профессор О. С. Иоффе, считавший, что при передаче товара в иррегулярное хранение товарному складу к последнему переходит право собственности, обобщил

²⁸ Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 2. С. 293.

²⁹ Там же.

³⁰ Там же. С. 418–419.

³¹ Гражданский кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1964. № 24. Ст. 406 (с последующими изменениями).

³² Цивільний кодекс Української Радянської Соціалістичної Республіки від 18.07.1963 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. 1963. № 30. Ст. 463 (с последующими изменениями).

с целью опровержения аргументы тех, кто по разным основаниям придерживался противоположного мнения о сохранении права собственности за поклажедателем (С. Н. Ландкоф, К. А. Граве, М. В. Зимелева).³³ Мы воспользуемся материалами этого обобщения и дискуссии.

Так, профессор С. Н. Ландкоф полагал, что в данном случае будет возникать общая собственность поклажедателей.

К. А. Граве возразила против этого, указав, что здесь нет правомочий участников общей собственности: они не осуществляют общего управления имуществом, не распределяют расходы по его содержанию, не имеют права преимущественной покупки, а с требованием о выдаче соответствующего количества вещей обращаются к поклажедателю на основании договора хранения, но не к другим поклажедателям в порядке раздела общей собственности.

Мы только частично согласны с аргументами К. А. Граве. В частности, возможны ситуации возникновения у поклажедателя права на иски как к складу, так и к другому поклажедателю. Например, доказано, что поклажедатель А и Б передали на хранение на склад по 5 тонн сахара каждый, а склад потом выдал все 10 тонн поклажедателю Б. Плату поклажедателей хранителю можно признать оплатой ими расходов на содержание и сохранение имущества. Вместе с тем позиция профессоров Г. Ф. Шершеневича и С. Н. Ландкофа о возникновении общей собственности, конечно, тоже вовсе не голословна: она имеет под собой почву в оценке в римском праве ситуаций возникновения смесей из имущества нескольких лиц как общей собственности, о чем подробнее ниже. Но все же современная конструкция общей собственности уж слишком изменилась. Так, К. А. Граве права в том, что здесь нет такого общепринятого признака современной концепции общей собственности, как совместное принятие решений сособственниками о судьбе общей вещи. Совершенно абсурдным на практике было бы и каждый раз предоставлять сособственникам право преимущественной покупки части в смеси.

Сама К. А. Граве считала, что поклажедатель не теряет права собственности на вещи, но при возврате ему складом аналогичной вещи склад приобретает право собственности именно на ту вещь, которую он сдал. Профессор О. С. Иоффе обоснованно критиковал эту позицию, указывая, что ведь в отношении последней вещи тогда будут точно так же возникать аналогичные права других поклажедателей. Поэтому фактически в конструкции К. А. Граве право собственности «раздваивалось» на двух собственников одновременно — склад и поклажедателя, чего быть, разумеется, не может и не должно.

М. В. Зимелева (позиция которой представляется нам наиболее близкой к истине) указала на то, что в данном случае у поклажедателя будет право собственности не на индивидуальный предмет, а на соответствующее количество вещей в составе хранимого на складе имущества. О. С. Иоффе возразил против этого аргументами М. В. Зимелевой так: если есть обязанность вернуть не тот же самый предмет, а эквивалент, то тогда возникает обязательственное право требования, но не право собственности. И, кроме того, в любом случае у поклажедателя будет возникать к хранителю именно обязательственное право требования.³⁴

³³ Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. С. 497–499.

³⁴ Там же. С. 497–499.

Оценивая указанную позицию профессора О. С. Иоффе, с которой мы не согласны, прежде всего хотелось бы отметить, что в данном случае фактически есть альтернативное обязательство выдать «ту же или аналогичную (эквивалентную) вещь», а не обязательство выдать исключительно «эквивалент». Ведь поклажедателя одинаково удовлетворит как та же вещь, так и аналогичная. Поэтому некорректно говорить о том, что ему нужна исключительно «замена», «эквивалент». В противоположном случае, если доказано, что склад вернул именно ту вещь, которая сдавалась (например, в тот же период на данном складе вообще не было на хранении аналогичных вещей), то склад следовало бы считать исполнившим обязательство ненадлежащим образом, что абсурдно. Вполне возможно, что склады на практике в части ситуаций даже и возвращают поклажедателям именно то имущество, которое они и сдавали на хранение. Поклажедателю нужна та вещь, которую он сдавал, но альтернативно он согласен и на аналогичную. Здесь имеет место альтернативное обязательство.

В гражданском обороте возможны аналогичные ситуации с альтернативными обязательствами и с индивидуально определенными вещами. Например, лицо передало на хранение или в аренду автомобиль и договорилось с хранителем (арендатором), что если последний по любой причине не сможет его вернуть в исправном состоянии, то должен будет вместо него передать в собственность поклажедателя (арендодателя) аналогичный исправный автомобиль, забрав в собственность неисправный. Произойдет ли переход автомобиля в собственность хранителя (арендатора), пока он не передал поклажедателю (арендодателю) аналог? Нет. Будет ли исполнено обязательство хранителя (арендатора) передачей поклажедателю (арендодателю) хоть его же автомобиля, хоть аналогичного? Да. Поэтому если существует право должника в обязательстве заменить вещь эквивалентом, то это само по себе не свидетельствует о переходе к нему от кредитора права собственности на вещь.

По большому счету, даже при виндикации вещи, определенной индивидуальными признаками, ведь тоже фактически существует альтернатива: или возврат вещи в натуре, или выплата деньгами стоимости вещи, виндикация которой невозможна. Вообще, не стоит преувеличивать значение возврата кредитору именно той же вещи в натуре, даже в отношении индивидуально определенных вещей. Основная масса вещей важна для человека с точки зрения их потребительских качеств, а следовательно, заменима аналогичными или же денежной компенсацией. Виндикация той же вещи именно в натуре имеет для кредитора существенное значение в отношении, может, 2–3 % вещей. Это ситуации или совершенно уникальных коллекционных вещей, или вещей, которые имеют для кредитора прежде всего особое моральное неимущественное значение, например, родительского дома или наследственной семейной фотографии (может быть, даже ничтожно дешевой по рыночным ценам). В отношении же 97–98 % индивидуально определенных вещей кредитора вполне удовлетворят вместо возврата вещи в натуре — как передача ему должником в собственность аналогичной вещи, так и денежная компенсация.

Приведем пример с еще одним товаром, определенным уже родовыми признаками. В подземные хранилища природного газа закачивается в правовом режиме «хранения» газ разных собственников, после чего он там фактически смешивается. Неужели же хранитель приобретает на весь указанный газ право собственности и может далее распоряжаться им как собственным?

Перейдем теперь к видам гражданских исков. На наш взгляд, вообще не нужно воздвигать искусственных стен между вещами, определяемыми индивидуальными и родовыми признаками, равно как и между вещными и обязательственными исками. Принципиально гражданский оборот индивидуальных и родовых вещей происходит по одинаковым правилам. Ненужное и необоснованное противопоставление вещных и обязательственных исков в отношении вещи иногда только бессмысленно запутывает и участников гражданских правоотношений, и судей. Это разграничение действительно имеет реальное значение в правоотношениях между лицами, не находящимися между собой в договорных отношениях, где возможен только вещный иск. При наличии же договора право на иск из обязательства само по себе не исключает права на вещный иск из права собственности. Например, если лицу по окончании срока аренды арендатор не возвратил его автомобиль, то возможно подать к арендатору как обязательственный иск из договора, так и вещный (виндикационный) иск. То же самое касается и вещей, определяемых родовыми признаками. В случае родовой вещи у должника есть право замены вещи аналогичной (если он не может этого сделать — будет выплата ее стоимости деньгами), а индивидуальная определенная вещь по закону «заменяется» выплатой денег. На наш взгляд, нет никаких препятствий унифицировать правила замены вещей, разрешив замену вещей, определенных индивидуальными признаками, аналогичными. В ситуациях же невозможности замены предмета виндикации — индивидуальной вещи, которая действительно имеет для кредитора какое-то уникальное моральное значение (но такое значение кредитор в обязательстве еще должен доказать!), — основным способом защиты, при невозможности виндикации, должно являться возмещение стоимости вещи и морального вреда.

Важно, что в римском праве вовсе не считалось, что наличие договорных обязательственных отношений исключает возможность вещного иска.

Так, Ульпиан указал на возможность виндикации вещи собственником у лица, физически завладевшего вещью в силу хранения, ссуды, найма, со следующим обоснованием (Дигесты VI.I.9): «Обязанность судьи при разбирательстве данного иска заключается в том, чтобы рассмотреть, является ли ответчик владельцем. Не относится к делу вопрос о том, по какой причине он владеет; когда я доказал, что вещь моя, то владельцу будет необходимо отдать вещь, если он не противопоставит какой-либо эксцепции. Однако некоторые, как, например, Пегас, считали, что этим иском объемлется лишь такое владение, которое имеется при интердиктах *uti possidetis* и *utrubi*. Наконец, он говорит, что нельзя виндцировать от того, кому вещь сдана на хранение, или предоставлена в ссуду, или сдана внаем, или кто вступил во владение для исполнения легатов или вследствие предоставления приданого либо для охраны (интересов) ребенка, находящегося во чреве, или от того, кому не предоставлено обеспечения вследствие угрожающего ему вреда, так как все эти лица не владеют. Я же думаю, что можно требовать (вещь) от всех, кто держит вещь и имеет возможность ее отдать».

Ульпиан также писал (Дигесты XII.I.9) о том, что «личный иск об истребовании чего-либо определенного имеет место из всякого основания, из всякого обязательства, из которых требуется что-либо определенное, и не важно при этом, истребуется ли на основании определенного договора или нет. Мы можем предъявлять личный иск об истребовании определенной вещи на основании любого договора, лишь

бы наличествовало само обязательство. Впрочем, если у обязательства наличествует срок или условие, до наступления этого срока или условия я не могу предъявить иск».³⁵

Чтобы окончательно доказать, что при иррегулярной поклаже в современном ее понимании вообще и к товарному складу в частности право собственности не переходит, рассмотрим более детально вопрос, что же вообще происходит при перемешивании вещей?

Вопрос о правах собственников при смешивании их вещей тоже совсем не новый. Так, Ульпиан описал ситуацию, когда серебро двух лиц было соединено в единый слиток. При этом он ссылается на позицию Помпония о том, что слиток становится общим и каждый вправе виндицировать его лишь в части (Дигесты VI.I.3). Павел добавил, что в данном случае «можно будет даже судиться иском о разделе общего (имущества)... по виндикационному иску или иску о разделе общего (имущества) получит больше тот, чье серебро было более дорогим» (Дигесты VI.I.4).

Ульпиан отмечает, что Помпоний также пишет следующее: «Если зерно, принадлежащее двум лицам, смешано не по их воле, то каждому принадлежит вещный иск на это (на смешанное зерно), насколько зерно каждого оказывается имеющимся в общей массе; если же смешение произведено по их воле, то зерно считается общим и имеется иск о разделе общего имущества» (Дигесты VI.I.5).

Можно подать виндикационный иск в отношении даже неопределенной части вещи, если к этому есть справедливое основание (Дигесты VI.I.76)!

Следовательно, с точки зрения Павла, в подобных случаях не было принципиальной разницы между виндикационным иском и иском о разделе общего имущества. Помпоний предлагал все же их разграничить по признаку добровольности возникновения смеси в случае с зерном; при этом он однозначно склонялся к виндикации части в случае с серебряным слитком.

Таким образом, мы видим, что виндицировать вполне можно и родовое имущество (подробнее об этом ниже).

Мы являемся противниками искусственного разделения и противопоставления исков о виндикации и о разделе общей собственности в современных условиях. Не так уж сложно представить практические ситуации, когда могут быть поданы эти два иска вместе либо только какой-то один из них. Однако мы полагаем, что в современности в ситуациях иррегулярного хранения все же не будет возникать общей собственности поклажедателей в современном ее понимании. Иначе для вещей в иррегулярном хранении пришлось бы делать исключения едва ли не из всего сложившегося законодательного регулирования общей собственности. Так, общая собственность в современном законодательстве, как общеизвестно, подразделяется на общую совместную и общую долевую. Ясно, что иррегулярное хранение явно несовместимо с общей совместной собственностью, так как в последней нет даже долей сособственников. Налицо некоторая схожесть иррегулярного хранения с общей долевой собственностью: есть некий консолидированный массив имущества, в котором у каждого из нескольких лиц есть часть. Однако при общей долевой собственности имущество управляется общими решениями сособственников (т. е. каждый собственник единолично решений не принимает), есть право преимущественной

³⁵ Дигесты Юстиниана = Digesta Iustiniani.

покупки у собственников (или же нужно каждый раз выставлять вещь на публичные торги), существует особый порядок выдела части по требованию кредиторов и еще ряд особенностей. Также очень важно, что идеологически объект общей собственности достаточно стабилен во времени, его постоянные непрерывные колебания в объеме не предполагаются. Доли собственников абстрактны в том смысле, что они не могут быть в любой момент свободно сопоставлены с конкретным имуществом. Раздел же его предполагается как крайне редкое одноразовое явление: либо если кто-то из собственников хочет полностью выйти из общей совместной собственности, либо если кредиторы обращают взыскание на долю соответствующего собственника в общей собственности по его долгам.

Поэтому, на наш взгляд, в случаях смеси имущества нескольких лиц, скорее, следует вести речь не об общей собственности, а о выделении, наряду с общей собственностью, еще и индивидуальной смешанной собственности со следующими особенностями:

— объект права собственности является легкоделимой смесью имущества нескольких лиц, хранящейся у третьего лица — независимого хранителя в режиме ирегулярного хранения;

— любой собственник вправе в любой момент: а) увеличить свою долю в смеси; б) уменьшить свою долю в смеси, изъяв из нее любую часть в пределах ранее внесенного в смесь; в) дать указание хранителю смеси перевести соответствующее право собственности на другое лицо; г) дать указание хранителю смеси переместить соответствующую часть смеси на товарный склад, обслуживающий нового ее собственника;

— при неправомерном отказе хранителя выдать товар каждый собственник имеет право альтернативно по своему выбору подать к хранителю (в пределах переданного хранителю объема) виндикационный иск или иск из обязательства;

— каждый собственник имеет право на виндикационный иск ко всем другим поклажедателям смеси, которые неправомерно завладели товаром, например, получили со склада больший объем аналогичного товара, чем вносили.

Что же является объектом права собственности поклажедателя по договору ирегулярной поклажи? Таковым, как обоснованно утверждала М. В. Зимелева, является соответствующее количество вещей в составе хранимого на складе имущества.

По нашему мнению, собственник уполномочивает хранителя исключительно хранить товар и заменять аналогичным. Товары, находящиеся в собственности разных поклажедателей, смешиваются, но это просто техническая специфика их хранения. Есть товары, которые в силу их технической специфики хранятся отдельно, а есть товары, которые удобнее хранить в смешанном виде. Какая же именно часть смеси является собственностью конкретного поклажедателя, скажем, А.? Любая, которую он выберет и на которую укажет, в пределах сданного им на склад. Каждый поклажедатель вправе объявить своей собственностью любую часть смеси, соответствующую переданному им на хранение, и изъять эту часть из смеси. Самое главное, чтобы общая сумма переданного складу на хранение строго соответствовала бы фактическим остаткам на складе в каждый момент.

Принципиально то же самое происходит и при хранении денег в банке на текущем счете. Есть общий перемешанный массив клиентских денег на корреспондентских счетах и в кассах банка. Строго говоря, на практике средства клиентов еще

и перемешаны с собственными деньгами банка, но это уже недостаток банковского законодательства, который давно уже пора исправить: не так уж сложно заставить банки технически развести деньги, полученные по разнородным основаниям, по различным корреспондентским счетам, а наличные — по разным кассам. Если еще более точно, коммерческий банк далее передает все безналичные деньги (и собственные, и клиентские) на хранение в Центробанк уже лично от своего имени. Ведь все безналичные деньги прямо или опосредованно (через банки-корреспонденты), в конечном счете, находятся на корреспондентских счетах в центральном банке — эмитенте соответствующей валюты. Поэтому, например, при отсутствии прямых корреспондентских отношений между банками плательщика и получателя (либо общего коммерческого банка-корреспондента, ведущего расчеты между ними) при платеже клиента одного банка клиенту другого происходит «по цепочке» также и передача товара в учете Центробанка от одного вкладчика (банка плательщика) к другому (банку получателя). Конечно, это изменение происходит на основе клиринга, т. е. не по каждой отдельной сделке, а в отношении их консолидированного результата за определенный период.

Признав правоотношения по договору банковского счета самым обычным иррегулярным хранением, несложно разрешить и давно дискутируемый вопрос о правовой природе безналичных денег и безналичных расчетов. В обобщенном виде с аргументами части участников этой дискуссии можно ознакомиться в работах С. В. Сарбаша,³⁶ В. В. Витрянского,³⁷ Е. А. Алисова,³⁸ О. П. Подцерковного.³⁹ Усматривается, что никто из дискуссионщиков не рассматривал безналичные платежи как движение товара в системе товарных складов. Но ведь банк — это просто специфический лицензированный товарный склад. Технологически возможной формой хранения денег (а для юридических лиц — и обязательной) является их хранение в банке с открытием счета для учета соответствующих операций.

Учитывая, что по вопросу о правовом режиме денег на текущем счете появляются новые работы, мы считаем целесообразным хронологически выделить первую волну дискуссии (попадающую на 1996 г.), а затем перейти к оценкам, высказанным впоследствии.

Так, Л. А. Новоселова, признавая вещами лишь наличные деньги, полагала, что безналичные деньги могут являться объектом только обязательственных прав, но не вещных. По ее мнению, при безналичных расчетах не происходит перемещения материальных объектов, как при расчетах наличными, происходит лишь передача требований к банку.⁴⁰

Профессор Е. А. Суханов также отрицал отношения хранения, в том числе иррегулярного, в отношении денег на банковском счете, так как в большинстве случаев

³⁶ Сарбаш С. В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. С. 25–31.

³⁷ Витрянский В. В. Договоры банковского вклада, банковского счета и банковские расчеты. С. 192–207.

³⁸ Алисов Е. О. Гроші і грошовий обіг: теоретичні засади та стан правового регулювання в Україні. Харків, 2004. С. 277–289.

³⁹ Подцерковний О. П. Грошові зобов'язання господарського характеру: проблеми теорії і практики. Київ, 2007. С. 166–175.

⁴⁰ Новоселова Л. А. О правовой природе средств на банковских счетах // Хозяйство и право. 1996. № 7. С. 84–85.

нет передачи банку его клиентом наличных. Банки не «хранят» купюры в буквальном смысле (даже с обезличением купюр), а используют их в своей деятельности, не говоря уже о физической невозможности «хранения» безналичных денег. Банковский вклад представляет собой не денежную сумму, а обязательственное право требования. На вклад не может существовать вещного права, в том числе права собственности вкладчика или банка, ибо нельзя физически обладать, например, безналичными денежными средствами. Объектом вещного права является вещь, а не притязание на известное поведение обязанного лица. А вопрос о том, кто является собственником денежных средств, находящихся на счете, является «бесмысленным и юридически некорректным».⁴¹

С. Чубаров утверждал, что «денежные средства, находящиеся на счетах, существуют не в натуральном (физическом) виде, а в форме специальных учетных записей о производимых зачислениях и платежах по счету. Денежная сумма, числящаяся на счете, не может рассматриваться как собственность клиента, поскольку счет является лишь бухгалтерским оформлением наличия у клиента права требования к банку. Поэтому банк в принципе не может хранить денежные средства на счетах и, кроме того, при подобной конструкции договора банковского счета исключалась бы всякая самостоятельность банка в использовании этих средств».⁴²

К. Нам, считал, что деньги на счете находятся в собственности банка в режиме займа и трагятся банком как собственные, а у клиента есть только обязательственное право требования к банку, и даже призывал «сломать стереотипы о праве собственности клиента на деньги, переданные им банку на основании договора банковского счета».⁴³

Возражая против приведенных выше позиций Л. А. Новоселовой, Е. А. Суханова, С. Чубарова, К. Нама, начнем со следующего.

Для передачи права собственности вовсе не обязательно физически перемещать объект права собственности. Например, не составляет вообще никакой сложности передача права собственности на товар на складе путем составления и передачи соответствующих товарораспорядительных документов, без перемещения самого товара. А право требования к складу всегда вторично, производно от права собственности, оно следует за правом собственности: кто собственник, тот и вправе требовать вещь у склада. Если лицо сможет доказать, что оно приобрело право собственности на товар, сданный на склад предыдущим собственником, то склад (в том числе и банк) никуда не денется. В итоге он все равно выдаст товар новому собственнику (пусть даже через суд по виндикационному иску нового собственника), несмотря на то, что обязательственные отношения у склада возникли только с предыдущим собственником.

Не можем согласиться и с общей трактовкой вещных прав профессором Е. А. Сухановым. Объектом вещного права являются и вещь, и притязание на известное поведение обязанного лица, потому что собственнику необходимо, чтобы лицо, у которого находится вещь, ее вернуло. Кроме того, в концепции профессора Суханова если деньги на текущих счетах организаций не принадлежат ни банку, ни клиенту, то, по сути, они или вообще не являются имуществом, или являются

⁴¹ Суханов Е. А. Заем и кредит. Финансирование под уступку денежного требования. Банковский вклад. Банковский счет // *Хозяйство и право*. 1996. № 7. С. 16–18, 22.

⁴² Чубаров С. Договор банковского счета // Там же. 1996. № 12. С. 95–96.

⁴³ Нам К. Правовая природа договора банковского счета // Там же. 1996. № 7. С. 110.

бесхозным имуществом. Интересно, знают ли сами руководители и собственники самих организаций, что все деньги на их банковских счетах — это не их собственность, а вопрос о том, кто же собственник этих денег, — «бессмысленный и юридически некорректный»?

С нашей же точки зрения, вопрос о том, кто собственник каждого имущества, включая деньги (и наличные, и безналичные), в тот или иной момент, — это вообще самый главный вопрос в гражданском праве, как минимум в его имущественной части.

Если на полном серьезе начать признавать собственником всех средств на текущих счетах организаций коммерческие банки, то это, по сути, означало бы, что государство изъяло у организаций практически все их средства (ведь наличных в их кассах в пределах соответствующих лимитов совсем немного) и перераспределило их в пользу банков. Аналогично, догадываются ли руководители и собственники самих организаций, что все заработанные ними деньги — это теперь вовсе не их собственность, а собственность их банков?

В настоящее время также очень распространена выплата заработной платы работникам на их текущие банковские счета, привязанные к платежным карточкам. Знают ли получатели заработной платы, что перечисленная им работодателем зарплата — это не их собственность, а собственность банка?

Представим также, что некий вор украл купюры или безналичные деньги путем вмешательства в работу платежных систем и разместил их на своем текущем счете. Неужели же и тут не будет виндикации у вора краденого?

Подобная неопределенность (даже иногда безразличие) в вопросе, кто собственник, имеет, к сожалению, и серьезные побочные последствия в других областях правового регулирования. Например, до конца неясно, кто же собственник накопительной части пенсионных активов граждан? А ведь от того, кто собственник, зависят базовые параметры законодательного регулирования этой чрезвычайно важной и социально чувствительной области жизни.

Перейдем теперь к взглядам на характер средств на банковских счетах, высказанным после первой волны дискуссии по данному вопросу.

Так, часть авторов поддерживают чисто обязательно-правовую природу денежных средств на текущих счетах, т. е. вообще отрицают отнесение таких средств к вещам и, соответственно, возникновение на них права собственности как на вещь (В. В. Витрянский,⁴⁴ С. В. Сарбаш,⁴⁵ Г. Н. Ушкин,⁴⁶ Р. З. Загиров,⁴⁷ А. В. Кушнир,⁴⁸ О. В. Белоцерковец,⁴⁹ Д. О. Гетманцев⁵⁰).

⁴⁴ *Витрянский В. В.* Договоры банковского вклада, банковского счета и банковские расчеты. С. 182–196.

⁴⁵ *Сарбаш С. В.* Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. С. 25–31.

⁴⁶ *Ушкин Г. Н.* Проблемы договора банковского счета. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 57–58.

⁴⁷ *Загиров Р. З.* Договор банковского счета: проблемы правовой квалификации и регулирования. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 122–130.

⁴⁸ *Кушнир А. В.* Договор банковского счета и роль органов внутренних дел в его исполнении. Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2003. С. 37.

⁴⁹ *Белоцерковец О. В.* Цивільно-правові правовідносини, що виникають при безготівкових розрахунках // Вісник Національного університету внутрішніх справ. 2002. Вип. 18. С. 329–331.

⁵⁰ *Гетманцев Д. О.* До питання про правову природу грошей на банківському рахунку // Підприємство, господарство і право. 2006. № 9. С. 80.

Другая часть исследователей (И. Н. Житников,⁵¹ Т. Р. Петраченко⁵²) поддержали точку зрения о том, что собственником средств на текущем счете клиента является банк.

О. П. Подцерковный утверждал, что собственником указанных средств является де-факто банк, но при этом реальные правомочности собственника осуществляет и центральный банк.⁵³

А. В. Попов полагал, что собственник средств, внесенных на текущий счет в наличной форме, — клиент, а в безналичной — банк.⁵⁴

По мнению А. Я. Курбатова, при внесении денег на текущий счет наличными их собственником становится банк, в отношении же денег, внесенных в безналичной форме, права собственности вообще ни у кого не возникает — ни у банка, ни у клиента.⁵⁵

Наконец, последняя группа исследователей — Т. А. Бацанова,⁵⁶ С. Б. Мороз,⁵⁷ А. А. Кальгина⁵⁸ утверждали, что собственник денег на текущем счете — клиент банка. Вместе с тем никто из них троих не придерживался позиции о том, что деньги находятся у банка в правовом режиме хранения, все они считали договор банковского счета самостоятельным видом гражданских договоров. Более того, С. Б. Мороз прямо указала, что в данном случае никакого иррегулярного хранения нет, а Т. А. Бацанова исключает возможность предъявления клиентом виндикационного иска к банку из договора банковского счета.

О. М. Олейник, считая деньги на текущем счете собственностью клиента, указал на «близость по правовому содержанию» этих правоотношений с иррегулярным хранением зерна на элеваторах.⁵⁹ К сожалению, ученый не развил эту мысль дальше. Ведь «близость» не означает «тождественность», в чем же разница между ними? Может, никакой разницы на самом деле нет? При этом О. М. Олейник вовсе не считает договор банковского счета договором хранения. Он оценил договор банковского счета как консенсуальный и указал, что «как правовой институт он представляет собой комплексную совокупность правовых норм, относящихся к различным отраслям права, но в приложении в данному объекту регулирования приобретающих новое содержание».⁶⁰ Иными словами, фактически О. М. Олейник тоже считал этот

⁵¹ Житников И. Н. Договор банковского счета. Дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 1999. С. 96, 104, 131–132.

⁵² Петраченко Т. Р. Особенности правового регулирования договора банковского счета. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 23, 30–31.

⁵³ Подцерковный О. П. Грошові зобов'язання господарського характеру: проблеми теорії і практики. С. 167–173.

⁵⁴ Попов А. В. Теоретические проблемы правового положения банков и обязательств, возникающих из договоров банковского счета и банковского вклада. Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1998. С. 116.

⁵⁵ Курбатов А. Я. Банковские счета в российском праве: понятие, виды, правовые режимы. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 46–48.

⁵⁶ Бацанова Т. А. Договор банковского счета в законодательстве Российской Федерации. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 8–9, 31–35, 43–44, 58–59, 63–65.

⁵⁷ Мороз С. Б. Банк как сторона в договоре банковского счета с юридическими лицами и предпринимателями, осуществляющими деятельность без образования юридического лица. Дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2005. С. 26, 29, 47–49.

⁵⁸ Кальгина А. А. Правовой режим банковского счета. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 38, 140.

⁵⁹ Олейник О. М. Основы банковского дела. Курс лекций. М., 1997. С. 265–266.

⁶⁰ Там же. С. 245–249.

договор самостоятельным видом договора. Кроме того, к сожалению, вместо того чтобы очистить цивилистическую конструкцию договора банковского счета от административно-правовой шелухи, О. М. Олейник, наоборот, придал административно-правовым аспектам договора настолько колоссальную значимость, что при чтении его работы вообще возникает сомнение в том, что он описывает гражданский, а не административный договор.

С. В. Сарбаш отрицал возможность отнесения безналичных денег к вещам и их виндикации, так как: а) безналичные деньги — вещь, определенная родовыми признаками, а «вещное право может возникнуть лишь в отношении индивидуально определенной вещи», и б) безналичные деньги не могут существовать вне обязательственных отношений с банком, в то же время право собственности на вещь существует и вне обязательственных отношений.⁶¹

Однако нет никаких объективных правовых препятствий для виндикации вещей, определяемых родовыми признаками, право собственности на которые доказано. А если есть право виндикации, то, значит, право собственности на имущество не перешло и осталось у того лица, у которого и было ранее.

Только один ранний римский юрист — Альфен фактически расценивал любую передачу товаров, определенных родовыми признаками (зерна, непересчитанных и неупакованных денег), как их передачу в собственность хранителю на условиях займа. Но этот ученый вообще имел очень радикальные, практически безразмерные взгляды на институт займа, которых больше никто не придерживался. Он считал займом даже предоставление серебра и золота мастеру для их переработки в серебряные сосуды и золотые кольца соответственно (Дигесты XIX.П.31). Наверное, не будет большим преувеличением утверждать, что Альфен действительно считал возможным передачу родовых товаров только в собственность. Отголоски этих взглядов Альфена — мнение отдельных современных цивилистов (по нашему убеждению, совершенно ошибочное) о том, что передача одним лицом другому вещей, определенных родовыми признаками, всегда означает их передачу в собственность.⁶²

Однако в Дигестах есть достаточно много примеров, опровергающих точку зрения Альфена, когда предметом вещных исков были: стадо животных в целом, включая приобретенных ненадлежащим собственником новых животных взамен выбывших во время владения им стадом, и даже только новые приобретенные животные (Ульпиан VI.1.1 § 3 со ссылкой на Помпония, он же VI.1.3 со ссылкой на Марцела); часть в смеси зерна, в которой перемешано зерно нескольких собственников (Ульпиан VI.1.5 со ссылкой на Помпония). Также Павел со ссылкой на Октавена указывал, что истец по вещному иску должен указать меру, «если вещь определяется мерой» (VI.1.6).

Возможность виндикации, по нашему убеждению, зависит вовсе не от того, обладает ли определенный вид вещей родовыми признаками или нет. Главное — доказать, что во владении ответчика находится без надлежащего правового титула имущество истца.

⁶¹ Сарбаш С. В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. С. 25–31.

⁶² Подцерковний О. П., Рябко Л. Г. Правова природа договору банківського рахунку // Право України. 1999. № 7. С. 47–48.

Возвращаясь к деньгам на современных текущих счетах, отметим, что объектом права собственности в данном случае являются не «безналичные деньги», как полагает С. В. Сарбаш, а просто «деньги». Последние вполне могут существовать вне обязательственных отношений с банками. Просто государство обязало организации передать свои деньги на хранение в банки. Кроме того, повторимся, государство даже и чисто технически заблокировало для организаций возможность забрать все собственные деньги из банка наличными, не напечатав банкнот и не отчеканив монет на всю сумму эмиссии денег.

Техническая специфика существования денег (наличная и безналичная форма) тоже никак не влияют на квалификацию отношений по банковскому счету как иррегулярной поклажи (в современном понимании этого термина). В настоящее время наличные деньги составляют только небольшой процент от денег в обороте, но исключительно потому, что государство приняло решение выпускать большую часть денег в оборот только в безналичной форме и возможность их обмена на наличные заблокировало. Обоснованность такого решения государства — предмет отдельного очень серьезного разговора...

Исторически, в условиях нормально организованного денежного обращения, купюра были по сути просто складскими свидетельствами, удостоверяющими депонирование в банке-эмитенте определенного объема драгоценного металла. Иными словами, купюра никогда не была более чем складским документом, удостоверяющим обязательственные отношения хранения металла между владельцем купюры и банком-эмитентом.

В настоящее же время ценность денег как товара — и наличных, и безналичных (исключая нумизматические редкости, но их на текущие счета никто не вносит) — определяется их способностью участвовать в экономическом обмене, а не физической формой. В этом плане наличные и безналичные деньги равны, поскольку участвуют в обмене одинаково. Не имеет значения, что безналичные деньги нельзя ощутить в руках, — есть довольно большое количество товаров, которые невозможно потрогать. Субъекты хозяйствования не виноваты же в том, что государство решило «оторвать» деньги от их металлической сути, эмитировать большую часть денег только в безналичной форме и принудительно загнало юридические лица в обязательную систему счетов в банках и безналичных расчетов.

«Наличная» и «безналичная» формы существования, кстати, касаются и некоторых видов ценных бумаг, скажем, акций и облигаций, выпуски которых могут иметь документарную или бездокументарную форму. Если ценная бумага документарная, ее в ряде случаев возможно передать хранителю (обездвижить), что, по сути, аналогично внесению денег на текущий счет, а потом перечислить на текущий счет контрагента или вернуть в документарную форму (материализовать). Но есть выпуски аналогичных ценных бумаг в бездокументарной форме, материализовать которые невозможно. Эти бумаги точно так же перечисляются между счетами в депозитарной системе, как и обездвиженные документарные ценные бумаги. Бывает даже, что у одного эмитента одни эмиссии ценных бумаг в документарной форме, а другие эмиссии совершенно аналогичных ценных бумаг — в бездокументарной форме. Тем не менее как ценные бумаги они совершенно равны.

И наличные, и безналичные деньги на самом деле имеют одинаковый эмиссионный характер, их выпуск ничем не обеспечен, а статус как товара и законного

платежного средства установлен предписаниями государства. Искусственно противопоставлять наличные и безналичные деньги по чисто формальным признакам не следует. Они различаются формой, но не реальным содержанием. В целях платежей государство обязывает принимать их абсолютно одинаково — по номиналу. Поэтому в плане «хранения» не будет никакой разницы, поступили в банк деньги в наличной форме или в безналичной. И в том, и в другом случае деньги будут одинаково приняты на хранение и учтены по счету соответствующего клиента. Просто в одних случаях товар поступает на хранение в виде купюр и монет, в другом — в виде указания участника платежной системы о зачислении товара на счет соответствующего клиента.

Физическому лицу банк, конечно, потом выдаст все деньги со счета в наличной форме, если последний этого потребует; юридическому же лицу — очень ограниченно в пределах, которые банк считает соответствующим лимитом использования наличных. Однако банк по общему правилу не может блокировать передачи товара-денег в безналичной форме организацией своим контрагентам (о блокировании счетов на основании арестов, правил финансового мониторинга и т. п. здесь говорить не будем, это не предмет нашего исследования).

Если мы признаем банковский счет просто технической формой иррегулярного хранения товара, определенного родовыми признаками, то становится очевидным, что безналичный платеж — просто передача товара от одного хранителя товара другому. Если же плательщик и получатель платежа обслуживаются одним банком, это просто передача товара от одного поклажедателя другому в учете товарного склада — изменение поклажедателя. Кассовые же операции с наличными являются самым обычным приемом товара на хранение и выдачей с хранения. Просто государство запретило юридическим лицам полностью изымать большую часть товара из системы товарных складов, разрешив им использование товара только в форме отдачи распоряжений: или о движении товара в системе товарных складов, или о выдаче товара наличными в установленных государством пределах.

По нашему убеждению, текущий банковский счет нужен клиенту банка ровно для двух вещей: надежного хранения денег и платежей. А что такое безналичный платеж с одного текущего счета на другой? Это передача денег товарным складом плательщика товарному складу получателя или (когда плательщик и получатель средств совпадают) между складами плательщика. А если плательщик и получатель средств разные, но обслуживаются одним банком, то происходит просто передача товара в учете одного склада от одного поклажедателя другому. Да, могут по-разному формально называться товарораспорядительные документы: где-то платежные поручения, платежные требования и т. д., а где-то складские свидетельства, двойные складские свидетельства и т. д. — и что с того? Формальные названия применяемых первичных документов никак на суть правоотношений не влияют. При платежах происходит самая обычная передача товара с товарного склада плательщика товарному складу получателя средств, только товарные склады, хранящие деньги, имеют специальную лицензию и именуются «банками». Аналогично собственник любого товара, определенного родовыми признаками, например, поклажедатель — продавец сахара может приказать товарному складу передать сахар другому товарному складу, который обслуживает товарополучателя. Если покупатель и продавец обслуживаются одним товарным складом, то продавец просто дает указание складу

изменить поклажедателя, за которым в дальнейшем будет учитываться соответствующий сахар. В безналичных платежах принципиально все происходит точно так же.

Бывает и такое, что клиент больше не хочет пользоваться услугами банка и «обнуляет счет». Это делается в форме перечисления денег на свой же текущий счет в другом банке — это тоже просто передача своего товара другому хранителю. Физические лица, пока что еще не связанные настолько же строго публично-правовыми ограничениями по обороту наличных, могут снять деньги и наличными, просто отказавшись от их хранения у данного конкретного банка-хранителя.

Разумеется, не все платежи имеют коммерческий характер. Есть и некоммерческие безналичные платежи, не связанные с расчетами с контрагентами за товары, работы, услуги, например, оказание благотворительной помощи, передача физическими лицами средств своим родственникам и т. п. В таких случаях точно так же получатель средств будет их новым поклажедателем.

А встречные платежи между клиентом и банком при безналичных валютнообменных операциях следует классифицировать как обычную мену товара на складе, при которой склад одновременно принимает новый товар на хранение.

Небезынтересно также отметить, что дореволюционный Государственный банк Российской империи администрировал и зернохранилища. И действительно, между хранением денег и зерна никакой принципиальной юридической разницы нет.

Проанализируем аргументацию ряда ученых о том, почему договор банковского счета якобы является отдельным самостоятельным видом гражданских договоров. Это поможет выйти и на более глобальный вопрос об общих критериях разграничения гражданских договоров на виды.

Целесообразно начать с рассмотрения аргументов профессора В. В. Витрянского (всего их пять) в поддержку концепции договора банковского счета как самостоятельного вида гражданского договора. При этом следует учитывать, что прежде всего его аргументы были направлены на отграничение договора банковского вклада от договоров займа и банковского вклада. Мы согласны с профессором В. В. Витрянским в том, что договор банковского счета — не договор займа и не договор банковского вклада. Однако, на наш взгляд, из этого автоматически еще не следует, что договор банковского счета — самостоятельный вид договора. Ведь чтобы доказать или опровергнуть самостоятельный характер договора банковского счета, нужно установить, отличается ли он принципиально от всех иных видов гражданских договоров, а не только от договоров банковского вклада и займа. Аргументы профессора В. В. Витрянского следующие.⁶³

I. Договор банковского счета является консенсуальным, а договоры банковского вклада и займа — реальные.

Однако консенсуальный или реальный характер договора сам по себе не является в гражданском праве критерием для разграничения видов договоров.

Так, на консенсуальном характере договора банковского счета настаивает профессор И. А. Безклубый, обосновывая, что права и обязанности сторон возникают с момента достижения соглашения по всем существенным условиям, при этом открытие счета и зачисление на него денежных средств по времени могут не совпадать

⁶³ Витрянский В. В. Договоры банковского вклада, банковского счета и банковские расчеты. С. 179–187.

с указанным моментом.⁶⁴ Консенсуальным этот договор является также по мнению О. Иоффе⁶⁵ и С. В. Сарбаша.⁶⁶

В целом позиция о консенсуальном характере данного договора является доминирующей. Нам известна единственная позиция о реальном характере указанного договора, высказанная В. А. Беловым. Однако с его аргументацией мы совершенно не согласны. Единственный аргумент В. А. Белова заключается в том, что без открытия счета договор невозможно исполнять каждой из его сторон, а обязательство «не может иметь своим предметом невозможное».⁶⁷ При этом он является сторонником «обязательственной» концепции денег на текущем счету, т. е. не признает их вещью, принадлежащей клиенту банка. В. А. Белов так же, как и упомянутые выше И. Н. Житников и Т. Р. Петраченко, считает собственником средств на текущем счете банк.⁶⁸

В концепциях банковского счета В. А. Белова, И. Н. Житникова и Т. Р. Петраченко удивительнейшим образом сочетаются право собственности банка на деньги на текущем счете и право клиента в любой момент немедленно распорядиться этими же деньгами, т. е., в соответствии с их концепцией, — чужой собственностью. Мы никогда в жизни не слышали о гражданских правах на столь вольное распоряжение «чужой» собственностью.

Договор банковского счета, по нашему мнению, действительно реальный, но по совершенно другой причине, чем та, на которую ссылается В. А. Белов. На наш взгляд, открытие счета как таковое вообще является чисто вспомогательным техническим элементом, по которому характер договора оценивать вообще нельзя. Решающее значение имеет тут момент передачи денег в хранение. Даже если счет уже открыт, но никаких денег банку для зачисления на счет еще не передано, то договорных отношений еще не возникло. Договор банковского счета необходимо рассматривать как реальный договор, момент возникновения прав и обязанностей сторон по которому возникает с момента передачи банку денег (как наличных, так и безналичных) для зачисления на счет клиента, по следующим причинам.

Подготовительные организационные действия сторон (а открытие счета является именно таковым) никак не влияют на квалификацию гражданских договоров как реальных или консенсуальных.

Исходить нужно из оценки главной цели договора, ради которой он заключается, а не из второстепенных вспомогательных подготовительных действий его сторон, которые никакого самостоятельного значения не имеют и направлены чисто на техническое обслуживание основной цели. Да, действительно, стороны после заключения договора банковского счета совершают некоторые подготовительные организационные действия, необходимые для технологического исполнения главного обязательства по договору (например, клиент оформляет карточку образцов подписей, банк физически открывает счет). Однако подобные подготовительные действия сторон совершаются во многих реальных договорах, и договоры от этого консенсуальными не становятся. Суть договора банковского счета, определяющая

⁶⁴ *Безклубий І. А.* Банківські правочини. Київ, 2007. С. 179.

⁶⁵ *Иоффе О.* Обязательственное право. С. 704.

⁶⁶ *Сарбаш С. В.* Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. С. 12–13.

⁶⁷ *Белов В. А.* Банковское право России. Теория, законодательство, практика. М., 2000. С. 302–303.

⁶⁸ Там же. С. 305; *Белов В. А.* Гражданское право. Особенная часть. Учебник. М., 2004. С. 420–421.

его суть, — хранение денег и осуществление платежей. Ни для чего большего этот договор контрагенту банка не нужен. А обязанности банка и по хранению денег, и по осуществлению платежей возникают только после того, когда ему соответствующие деньги переданы для зачисления на счет самим клиентом либо каким-то третьим лицом. При этом клиент вовсе не обязан передавать банку какие-либо деньги. Если клиент передумал передавать банку деньги — нет и никаких обязательств сторон! О возникновении основных обязательств сторон по договору, определяющих его суть, можно говорить только с момента передачи банку денег. Так почему же это консенсуальный договор?

Действительно, банки на практике требуют от клиента комиссию за открытие счета, причем, бывает, даже на стадии еще до открытия счета. Но такая комиссия вообще неправомерна по той же самой причине, по которой неправомерна комиссия за открытие ссудного счета при кредитовании: в этом нет никакой самостоятельной услуги клиенту, это просто технология. Просто суды уже более или менее разобрались с банковскими комиссиями в кредитовании, а до комиссий в расчетно-кассовом обслуживании пока еще не дошли руки...

Соответственно, так как договор банковского счета реальный, то и банк со своей стороны вправе передумать открывать текущий счет клиенту. Обязать открыть текущий счет с чисто цивилистической точки зрения невозможно. Точно так же цивилистически невозможно обязать банк открыть депозитный счет, если банк передумал, даже после того как подписан депозитный договор. Поскольку в любом реальном договоре обязательства возникают с момента передачи соответствующей вещи, каждая сторона до указанного момента вправе передумать и отказаться дать старт договорным правоотношениям.

Если даже признавать договор банковского счета публичным в смысле наличия общей обязанности банка открывать текущие счета всем обратившимся при наличии такой возможности и отсутствии прямого запрета в отношении отдельных лиц, то такая публичность — чисто административное предписание, к цивилистике никакого отношения не имеющее. Вероятно, в таком решении государства присутствует определенная логика, учитывая наличие отдаленных районов, в которых есть только 1–2 банковских отделения. В этих условиях нежелание их руководства по каким-то субъективным причинам, например, из личной неприязни, обслуживать какого-то клиента могло бы привести к полному его лишению возможности осуществлять платежи, что недопустимо. В крупных городах в условиях острой конкуренции большого количества банков за клиентов без этой публичности вполне можно было бы обойтись. Однако объявить договор публичным только в отдельных местностях нереально — пришлось бы объявлять его таковым везде. И в целом, на наш взгляд, объявление любого договора публичным всегда имеет административно-правовой характер (пусть даже технически осуществляется через ГК, но в ГК полно публично-правовых норм!). Характеризовать договор с цивилистической точки оно никак не может.

Известно также мнение Л. А. Новоселовой о том, что договор банковского счета объединяет два соглашения: предварительный договор об открытии счета и договор, определяющий условия работы по счету.⁶⁹ Даже если условно согласиться с этой

⁶⁹ Новоселова Л. А. Банковские сделки в Гражданском кодексе РФ 1996 года // Правовое регулирование банковской деятельности. Сб. / под ред. Е. А. Суханова. М., 1997. С. 143.

позицией (исключив из нее слово «предварительный», так как никаких признаков предварительного договора в первом соглашении явно нет), признав, что обязанность банка открыть счет имеет некий самостоятельный характер и ее можно «отрывать» от последующего обслуживания счета, то даже в этом случае были бы два самостоятельных договора, пусть даже формально они и были бы объединены в один документ. Первый — консенсуальный «об открытии счета» и второй — «об условиях работы по счету», являющийся реальным договором хранения. Однако мы не видим достаточных оснований таким способом искусственно «отрывать» организационную стадию реального договора хранения, придавая этой чисто технологической стадии какое-то самостоятельное юридическое значение.

II. Договор банковского счета — двухсторонний, а также возмездный в отношении обеих сторон, что не присуще договорам банковского вклада и займа.

Мы согласны с тем, что этот аргумент демонстрирует различие именно между указанными видами договоров. Однако, как уже было сказано выше, из этого еще вовсе не следует, что договор банковского счета — самостоятельный вид договора. Кроме того, возмездность договора банковского счета со стороны банка, как указывалось выше, имеет чисто искусственный лоббистский характер и должна быть законодательно устранена.

III. В договоре банковского счета цель — расчеты с контрагентами, а при банковском вкладе — получение прироста (процентов) не излишний и не используемый капитал (этот аргумент высказан и С. В. Сарбашем).⁷⁰

Мы снова согласны с тем, что данный аргумент демонстрирует различие именно между указанными видами договоров, но не более того. Можно даже добавить, что целью договора банковского счета является прежде всего хранение (обеспечение сохранности) средств клиента, что также не присуще банковскому вкладу, но присуще договору хранения. Конечно, платежи важны, но самое главное — чтобы деньги не пропали. Если по причине сбоя не прошел какой-то платеж со счета, то это неприятно, иногда грозит плательщику некоторыми штрафными санкциями со стороны контрагента, но некритично. А вот если банк истратил деньги клиента в собственных операциях и операциях других клиентов, ситуация для клиента намного-намного хуже, часто просто критическая. И кроме того, раз уж целью вкладчика в договоре банковского счета не является прирост капитала в форме процентов, то тем более выплачивать их незачем.

IV. Договор банковского счета не ограничивается услугами банка по открытию и ведению счета, принятию и зачислению на него поступающих на имя клиента банка денежных средств и выдаче средств со счета (как это происходит по депозитному счету вкладчика по договору банковского вклада). Напротив, основным элементом предмета договора банковского счета являются предопределяемые целью этого договора действия банка по выполнению распоряжений (поручений) владельца счета о перечислении денежных сумм со счета и проведении иных банковских операций с денежными суммами, находящимися на счете.

Этот аргумент по сути ничем не отличается от предыдущего, только что рассмотренного, просто изложен он в более «технологизированной» форме, с описанием способов проведения соответствующих банковских операций. В порядке дополнения наших возражений на предыдущий аргумент отметим следующее.

⁷⁰ Сарбаш С. В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. С. 22.

Если начать разграничивать гражданские договоры по сугубо технологическим особенностям их заключения и выполнения (а такая тенденция уже есть), то можно чрезвычайно далеко зайти в опытах по «препарированию» каждого договора на массу чисто технических процедур его исполнения и искусственному приданию каждой такой процедуре юридического значения. Распространение такой тенденции может привести к тому, что количество видов гражданских договоров разбухнет в космических масштабах, их классификация еще больше запутается, а сами договорные конструкции размоются. При таком подходе при каждом технологическом изменении в процедурах исполнения договора (а технологии в современном мире изменяются очень быстро) будет возникать якобы новый вид гражданского договора.

Внутри некоторых видов договоров действительно бывают очень разные по технологии подвиды. Не вызывает сомнения, что технологически, например, перевозка людей очень отличается от перевозки груза. Между перевозками воздушным, автомобильным, железнодорожным, морским транспортом также есть масса технологических отличий. Однако справедливо говорится, что это все — перевозка. Почему так? Потому что во всех этих случаях в принципе нужно просто доставить человека или вещь из точки А в точку Б. И это и есть именно тот полезный экономический эффект, который отличает настоящий договор от любых других. Точно так же хранением является все то, где основная цель — обеспечивать на профессиональной основе временную сохранность вещей, их возврат либо передачу по указаниям собственников третьим лицам — неважно, деньги, зерно, автомобили, ценные бумаги и т. п.

На наш взгляд, при оценке договора банковского счета важно сосредоточиться на его юридических гражданско-правовых аспектах. Технические же производны от юридических. В связи с этим не можем отрицать наличие разумного зерна в следующей позиции профессора В. А. Белова, касающейся банковских счетов: «Имеющиеся нормы представляют собой скорее технические правила, диктуемые практикой и текущим моментом, но не относящиеся к гражданскому праву».⁷¹ К этому нам хотелось бы добавить, что, к сожалению, и многие ученые, исследующие банковские счета, углубились в «препарирование» чисто технических правил. В ущерб цивилистике.

V. Банк выплачивает проценты по договору банковского счета. Этот аргумент уже рассмотрен нами выше.

В украинской науке к проблематике правовой природы договора банковского счета обращались профессор О. П. Подцерковный и Л. Г. Рябко.

Указанные авторы, с одной стороны, разграничивают депозитные правоотношения как имеющие цель передать деньги взаем банку от правоотношений по договору банковского счета, которые не имеют такой цели. Они отмечают, что «тот факт, что банковское учреждение использует для собственной цели денежные средства клиента, внесенные на текущий счет, не значит, что такой банковский интерес отвечает волеизъявлению клиента при заключении договора на расчетно-кассовое обслуживание. Более того, такое использование осуществляется на грани вреда интересам клиента, который противостоит порождаемому таким фактическим состоянием риску, имея предпосылкой исключительность собственной возможности решать судьбу денежных средств, находящихся на текущем банковском счете. Анализ совпадающих по объему элементов направленности волеизъявлений банковского

⁷¹ Белов В. А. Гражданское право. Особенная часть. Учебник. С. 421.

учреждения и клиента при заключении договора на расчетно-кассовое обслуживание фокусирует только такое содержание их взаимодействия, как кауза хранения средств на выделенном счете под условием беспрекословного неотложного исполнения банком требования такого лица (а в случаях, предусмотренных законодательством, — требований других лиц) по осуществлению платежей со счета в пределах имеющихся на нем средств. Кауза хранения не является передачей денег в собственность, такое последствие возникает факультативно. Кауза этого соглашения — обеспечение сохранности средств и выполнения поручений клиента по их использованию».

Хотя О. П. Подцерковный и Л. Г. Рябко и почувствовали что-то потенциально опасное в использовании клиентских средств банком в собственных нуждах, но при этом не предложили ничего конкретного для устранения такой опасности. Более того, указанные авторы считают вполне возможным обеспечить сохранность денег на счете в условиях перехода к банку права собственности на них. В частности, они полагают, что любая передача вещей, определенных родовыми признаками, означает передачу вещи в собственность; деньги находятся на текущем счете в режиме иррегулярного хранения (но в старом римском понимании этого термина, т. е. с переходом права собственности к банку).⁷² Выше мы уже обосновали то, почему это римское понимание иррегулярной поклажи неприменимо в современных условиях.

По изложенным нами раньше основаниям считаем совершенно неверным вывод указанных авторов о том, что в данной ситуации возникает «иррегулярная поклажа» в римском ее понимании. Исходя из более новой средневековой концепции «иррегулярной поклажи» у банка — хранителя должны возникать только правомочия владения и крайне ограниченного распоряжения вещью — исключительно в форме замены вещи на аналогичную (мы не рассматриваем здесь общие для всех видов хранения специфические правомочия хранителя наподобие права передачи вещи другому хранителю при возникновении реальной опасности ее сохранности — это и так ясно). Право собственности на вещь при иррегулярном хранении остается у поклажедателя. Это следует из того, что право собственности не может «раздваиваться», т. е. не может существовать одновременного права собственности на одни и те же деньги и у банка, и у его клиента. Собственником любого определенного родовыми признаками товара, который он вверил товарному складу, остается, разумеется, поклажедатель. А так как собственник денег на текущем счете — клиент, то никакого права собственности на данные деньги у банка возникать не может.

Мы уже писали выше и о необоснованности позиции о невозможности передачи вещей, определенных родовыми признаками, одним лицом другому иначе как в собственность. В римском праве так вовсе не считалось. В положениях действующих ГК РФ, ГК Украины тоже ни слова не говорится о переходе в собственность хранителей переданного на хранение. Действительно, в силу того, что вещи, определенные родовыми признаками, обладают признаком заменимости, у их владельца (в том числе и у хранителя, но также и у иных видов владельцев, получивших эти вещи по другим гражданско-правовым основаниям) по общему правилу есть правомочие заменять их аналогичными. Однако из этого никак не следует перехода к ним права собственности на вещь.

⁷² Подцерковний О. П., Рябко Л. Г. Правова природа договору банківського рахунку. С. 47–49.

Можно привести и другие наглядные примеры, когда передача вещи, определенной родовыми признаками, с правом замены на аналогичную не означает перехода права собственности. Например, сотрудник, получивший под отчет наличные от своей организации для закупки у населения зерна, может заменить их на другие купюры и монеты в той же сумме. Если приобретаемое им зерно вдруг окажется недоброкачественным, он полномочен осуществить его замену у продавца на аналогичное качественное. Однако это вовсе не свидетельствует о переходе к сотруднику права собственности ни на деньги, ни на приобретенное на них зерно, хотя они ему вполне легально переданы. Сотрудник обладает только правом владения и частичного распоряжения вещью, но только одним способом — замены ее аналогичной. Если бы право собственности переходило к сотруднику, то он даже мог бы совершенно безнаказанно растратить деньги или зерно на собственные нужды, так как хищение своего собственного имущества юридически невозможно.

Поэтому невозможно согласиться с позицией профессора О. П. Подцерковного о том, что деньги (наличные и безналичные) не могут находиться у их фактического собственника иначе, чем на праве собственности (хозяйственного ведения или оперативного управления).⁷³ В другой своей (совместной с Л. Г. Рябко) работе О. П. Подцерковный высказал даже еще более узкую позицию о том, что владение вещами, определенное родовыми признаками, в том числе деньгами, возможно только на праве собственности, и в отношении их не может быть даже права полного хозяйственного ведения или оперативного управления.⁷⁴

Если следовать этой странной логике, то любой товарный склад мог бы в любой момент беспрепятственно и безнаказанно продать или подарить третьим лицам все вверенное ему поклажедателями имущество, ссылаясь на то, что он же распоряжается своей собственностью!

По нашему убеждению, точно так же и любой поверенный по договору поручения, комиссионер, агент и т. п., легально получивший во владение от собственника вещь, определенную родовыми признаками, чтобы произвести с ней юридические действия в интересах собственника, никакого права собственности на нее не приобретает. И в целом в правилах перехода права собственности между имуществом, определяемым индивидуальными признаками, и имуществом, определяемым родовыми признаками, никакой принципиальной разницы существовать не должно.

Проблематикой договора банковского счета занималась также украинский ученый Н. В. Агафонова.⁷⁵ Частично ее аргументация совпадает с уже проанализированными выше аргументами профессора В. В. Витрянского, поэтому во избежание дублирования рассмотрим ее аргументацию только в несовпадающей части. Она также сосредоточилась на том, чтобы доказать, что договор банковского счета — это не договор займа. Однако из ее аргументов также неясно, почему же договор банковского счета — пускай не договор займа, но именно отдельный вид договора? Аргументы Н. В. Агафоновой следующие.

⁷³ Подцерковний О. П. Грошові зобов'язання господарського характеру: проблеми теорії і практики. С. 169–170.

⁷⁴ Подцерковний О. П., Рябко Л. Г. Правова природа договору банківського рахунку. С. 46–49.

⁷⁵ Агафонова Н. В. Правова природа рахунку особи в банку і розрахункових відносин // Держава і право. Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Вип 9. Київ, 2000. С. 282–289.

I. Предметом договора займа являются лишь деньги или другие вещи, которые имеют родовые признаки; предметом договора банковского счета являются только деньги, которые выступают в форме безналичных денег.

Однако то, что предметом договора займа необязательно являются деньги, никак не опровергает возможности пребывания именно в режиме займа денег на определенном счете (кстати, в случаях депозитных вкладов именно это и происходит). И какое имеет значение, что что-то еще может быть предметом займа, кроме денег, в условиях, когда мы признаем, что деньги могут быть предметом займа? Этот аргумент не объясняет даже отграничения договора банковского счета от договора займа.

II. Договор займа является односторонним, так как не создает обязанностей для займодателя. Договор же банковского счета является двусторонним, ведь расчеты хозяйствующих субъектов должны осуществляться, как правило, в безналичном порядке, т. е. обязанность этих лиц хранить свои средства в банке прямо вытекает из закона. Кроме того, клиент, который заключил договор банковского счета, обязан подчиняться не только законодательству о банках, но и специальным внутренним правилам ведения банковских операций. Следовательно, договор банковского счета является двусторонним.

Однако норма об обязательности расчетов организаций через банки — норма чисто публичного права (даже если и содержится в ГК), которая к гражданско-правовым отношениям, правам и законным интересам сторон никакого отношения не имеет. Как справедливо отмечает С. В. Сарбаш, обязанность организаций осуществлять расчеты в безналичной форме носит публично-правовой (фискальный) характер, не является фактором, определяющим гражданско-правовые обязательства, не входит в содержание договора банковского счета и не является его существенным условием.⁷⁶

Как обоснованно отметил О. Васьковский, даже если допустить, что законодательные положения относительно необходимости организациям открывать банковские счета отменены, организации все равно не перестали бы открывать их, ведь это отвечало бы экономическим интересам организаций — быстро осуществлять расчеты.⁷⁷ Мы бы только уточнили, что организации открывали бы указанные текущие счета только в тех случаях и объемах, в которых считали бы это экономически выгодным для себя. Они, в зависимости от того, как это удобнее для них в отдельных ситуациях, в одних случаях совершали бы расчеты через банки, в других — нет.

Конституционность обязанности юридических лиц хранить средства в банках вообще вызывает огромные сомнения. Ведь по сути она означает, что все частные юридические лица обязываются верить все свои средства государству (вложив в государственные банки) и/или частным банкам, за сохранность средств в которых никто не отвечает.

Публично-правовые обязательства, связанные с отдельными видами гражданских договоров, по нашему убеждению, вообще не могут являться критерием для разграничения видов гражданских договоров, поскольку они характеризуют только взаимоотношения сторон (или определенной стороны) договора с государством в публично-правовых отношениях. Если бы в основу деления гражданских

⁷⁶ Сарбаш С. В. Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. С. 12.

⁷⁷ Васьковський О. В. Правові аспекти відкриття банківського рахунку // Держава і право. Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Вип. 11. Київ, 2001. С. 313.

договоров на виды могли быть положены публично-правовые обязательства их сторон, то тогда каждый раз при изменении государством соответствующих публичных обязательств в отношении какого-либо договора происходило бы и изменение общей системы гражданских договоров, что является нонсенсом.

Другая часть аргумента Н. В. Агафоновой — об обязательном подчинении клиента банковским правилам — содержалась еще в очень часто цитируемой в современных научных работах статье З. И. Шкундина 1950 г.,⁷⁸ когда, разумеется, никаких частных банков в СССР не было, а банковские правила исходили от государства и имели административно-правовой характер. Соответственно, и договор банковского счета фактически имел административно-правовой характер. К применению описываемых советскими учеными его особенностей при характеристике современного договора банковского счета вообще нужно подходить осторожно. Хотя мы и не исключаем из анализа аргументы ученых советского времени, полагаем, что ближайший современный аналог «банковского счета» в советском его понимании — это не гражданско-правовой договор банковского счета, а современные публично-правовые отношения между государственными организациями в системе государственного казначейства. Н. В. Агафонова механически перенесла «банковские правила» в их советском административно-правовом понимании на имеющие иную правовую природу современные правоотношения, чего делать не следовало.

В современных условиях рыночной экономики контрагент банка подчиняется не всем внутренним банковским правилам, а лишь тем, которые он добровольно согласился выполнять, иными словами, когда эти банковские правила «переходят» в согласованные сторонами условия гражданского договора. Действительно, на практике банки в некоторых случаях начинают применять с обратным действием во времени свои новые внутренние правила к уже заключенным договорам, в том числе в виде увеличения платежей с клиентов, однако такая практика является неправомерной. Если даже государство связано конституционным требованием недопустимости обратной силы своих решений, то уж тем более этот принцип распространяется на коммерческие банки.

К слову, в этой же работе З. И. Шкундин выдвигал еще один аргумент разграничения договора банковского счета от договора займа: погашение долга прекращает договор займа, но отсутствие средств на счете клиента не тянет за собой прекращения договора банковского счета. Как уже сказано, в советское время режим банковских счетов организаций регулировался актами административного права, поэтому и случаи открытия/закрытия счетов организаций императивно установило государство исходя из своих представлений. Подавляющее большинство организаций, которым открывались счета, тоже были государственными. А так как банков было всего несколько и все они были государственными со своей специализацией, то закрыть счет часто было невозможно и по причине физической невозможности перейти на обслуживание в другой банк.

В отличие от советской ситуации сейчас у организаций (как минимум у основанных на частной собственности и у государственных предприятий — в вопросы казначейского обслуживания государственных учреждений углубляться не будем)

⁷⁸ Шкундин З. И. О юридической природе расчетного счета // Советское государство и право. 1950. № 5. С. 33–45.

есть гражданское право свободно открывать/закрывать банковские счета. Кроме того, в современных условиях банк вправе самостоятельно на диспозитивных гражданско-правовых началах принимать или не принимать решения о закрытии счета клиента на основании отсутствия в течение определенного времени на счете минимального установленного остатка (в различных ситуациях с предварительным предупреждением клиента или без такового — ст. 859 ГК РФ, ст. 1075 ГК Украины). При этом минимальный остаток — предмет свободной договоренности между банком и клиентом. Даже когда этот минимальный остаток установлен банковскими правилами как единый для всех счетов в данном банке, право клиента — или акцептировать этот размер остатка, или отказаться от открытия счета, или ставить вопрос об установлении ему индивидуального размера минимального остатка.

III. Договор займа является как срочным, так и бессрочным. Договор банковского счета, как правило, бессрочный.

Однако договор банковского счета можно заключить на определенный срок, а договор займа — как бессрочный с обязательством вернуть средства по первому требованию. Просто на практике заем чаще связан с передачей одного транша денег (хотя и бывают случаи, когда потом «дозанимают» еще денег у того же заимодавца), а договор банковского счета обычно заключают под серию траншей (хотя тоже бывает, что для получения только единовременной суммы денег). Поэтому чисто технически чаще договор займа и заключают на определенный срок, а банковского счета — как бессрочный. Но на суть обязательств сторон по указанным видам договоров это принципиально никак не влияет.

Профессор О. И. Иоффе писал, что, «по мнению З. И. Шкундина, банковский счет является самостоятельным договором, а отдельные операции по внесению вкладов, производству расчетов и т. п. представляют собой конкретные способы его исполнения. Приведенную концепцию и следует признать единственно правильной. Советскому гражданскому законодательству известен ряд договоров, которые исполняются путем совершения новых сделок... Договор банковского счета также исполняется посредством совершения ряда сделок следующих основных видов: а) сдача денег клиентом в банк (договоры займа и хранения); б) выдача клиенту денег наличными по его требованию (исполнение банком как заемщиком и хранителем своей обязанности перед клиентом как заимодавцем и поклажедателем); в) перечисление денег со счета клиента на счет другой указанной им организации (исполнение договора поручения, заключенного с клиентом не в момент открытия банковского счета, а в тот момент, когда он сдал соответствующие платежные документы банку); г) перечисление денег на счет клиента по поручению какой-либо другой организации (исполнение договора поручения, заключенного банком с этой организацией, и обязанности банка по договору банковского счета зачислять поступающие для клиента денежные суммы на его счет). Таким образом, во исполнение договора банковского счета совершаются и исполняются договоры займа, хранения и поручения».⁷⁹

Хотя мы согласны с тем, что отдельные операции по внесению вкладов, производству расчетов и т. п. представляют собой конкретные способы исполнения договора, а не какие-либо новые договоры, с концепцией О. С. Иоффе в целом мы не согласны. Мы полагаем, что вообще некорректно смешивать совершенно разные по

⁷⁹ Иоффе О. С. Обязательственное право. С. 702–703.

идеологии, целям сторон, механизмам сбалансирования интересов сторон договоры займа, поручения и хранения, объявляя результат смеси «новым видом договора». Почему в соответствующих правоотношениях нет займа, а есть просто технические элементы оборота родового товара в гражданско-правовом режиме хранения на товарном складе, уже обосновано нами выше. Правоотношений из договора поручения там также нет по следующей причине.

Договор поручения (как, кстати, и комиссии, агентский договор) является конструкцией «общего назначения». Ведь любым договорам о предоставлении услуг присуще предоставление указаний заказчиком исполнителю о совершении определенных действий. Поэтому договор о предоставлении услуги классифицируется как поручение, комиссия или агентский договор (разницу между ними здесь раскрывать не будем) лишь тогда, когда выполнение указания заказчика (клиента) исполнителем не является обычной технической составляющей выполнения другого, «более специального» вида гражданского договора. В противоположном случае все договоры о предоставлении услуг надо было бы квалифицировать как договор поручения, или комиссии, или агентский договор. К счастью, такого не происходит.

Профессор И. А. Безклубый указывает на то, что договор банковского счета «является самодостаточным. Если элементы других договоров имеют место в договоре банковского счета, то это еще не означает, что он относится к категории смешанного договора. Договор является смешанным, если он опосредует несколько разнородных отношений и объединяет условия, объективно необходимые для формирования обязательств разных типов. В своем правовом взаимодействии элементы договора банковского счета четко определены. В современных условиях реформирования гражданского законодательства и развития обычаев банковского дела нормативное закрепление и применение конструкции договора банковского счета имеет обособленный индивидуальный характер, что дает основания определять этот договор как самостоятельный».⁸⁰

Однако нам неизвестно, что такое «самодостаточный гражданский договор», каковы критерии самодостаточности договоров в гражданском праве. Мы согласны с тем, что договор банковского счета — это не смешанный договор, поскольку, как уже отмечали выше, вообще не верим в существование в гражданском праве «смешанных» договоров как видов договоров, равно как и «комплексных договоров». Вместе с тем профессор И. А. Безклубый сосредоточился на анализе правовой природы договора банковского вклада.⁸¹ Аналогичного по степени глубины анализа договора банковского счета, четкого разграничения его с другими видами гражданских договоров в его монографии, к сожалению, нет.

О. С. Близнюк возражает против признания договора банковского счета договором хранения по следующим причинам.⁸²

Аргумент 1. Цель договора для банка — привлечь средства клиента.

Но для чего банку нужны эти средства? Из того, что когда-то в Средневековье было удовлетворено желание банков использовать клиентские средства в собственном обороте (а потом это право без анализа его обоснованности переходило

⁸⁰ Безклубый И. А. Банківські правочини. С. 182.

⁸¹ Там же. С. 222–226.

⁸² Близнюк О. С. Правова природа договору банківського рахунку // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. Науковий часопис. 2002. № 2. С. 177.

и в последующие во времени законодательства), ничего позитивного не вышло. Это как раз тот случай, когда необходимо отказать в удовлетворении необоснованных желаний банков и исходить из интересов их клиентов. Для последних важнейшим является то, чтобы деньги не исчезли и могли бы быть в любой момент переданы в соответствии с их указаниями. Поэтому если законодатель в будущем предпишет банкам хранить средства клиентов и проводить платежи, не используя средства в собственных операциях, то коммерческой целью банков совершенно обоснованно снова станет получение платы за хранение и проведение платежей. А так как плата за хранение всегда зависит от объема поклажи и количества текущих операций с ней, то у банков будет коммерческий интерес привлекать больше денег клиентов. Ведь любой товарный склад заинтересован в увеличении объемов хранения и передач товара между контрагентами, так как чем больше эти объемы, тем больше он получает платы за свои услуги.

Для тех же клиентов, кто хочет вступать с банком в более рискованные, но и более доходные отношения, существует договор банковского вклада (депозита), имеющий характер займа. Это просто вопрос выбора между надежностью и доходностью различных альтернативных гражданских договоров. Есть виды гражданских договоров, направленные на большую надежность, есть более рискованные, но потенциально и более высокодоходные. Ничего плохого в существовании такой альтернативы нет: каждому свое.

Аргумент 2. В договоре хранения интересом вкладателя является обеспечение максимальной сохранности средств.

А разве это же не является главным интересом собственника денег в договоре банковского счета?

Аргументы 3 (Организации обязаны осуществлять расчеты через банки) и **4** (договор банковского счета предусматривает по поручению клиента осуществление банком и иных операций, кроме хранения) нами уже рассмотрены.

Известна также точка зрения Л. Г. Ефимовой о том, что договор банковского счета следует рассматривать как самостоятельный договор, в основе которого лежит совокупность двух видов отношений: а) по поводу совершения в будущем расчетных операций (разновидность предварительного договора); б) по поводу остатка счета (самостоятельный вид отношений, не сводимых ни к займу, ни к хранению).⁸³ Аргументы против такого понимания конструкции договора уже высказаны нами выше. Вместе с тем следует уделить внимание еще одному тезису указанного автора о том, что договор банковского счета представляет собой разновидность родовой конструкции договора счета, характеризуемой тем, что есть обязанность одной стороны «вести учет постоянно меняющихся долгов или имущества другой стороны с целью осуществления безналичных расчетов. Учет долгов или имущества происходит в форме особого документа — счета. Необходимость в его ведении возникает всякий раз, когда в ходе развития правоотношения возникает “текучесть” долга или требования».⁸⁴

С этими утверждениями согласиться невозможно, так как в любом гражданском договоре стороны ведут учет взаимных обязательств, сверяют их. Никаких

⁸³ Ефимова Л. Г. Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражной практики. М., 2000. С. 68–69.

⁸⁴ Там же. С. 69–70.

отдельных договоров «счета» не существует, поскольку счета — это просто установленная чисто техническая форма учета некоторых гражданских обязательств. Невозможно понять, почему отношения по учету и сверке гражданских обязательств являются какими-то отдельными гражданскими обязательствами? Например, граждане имеют индивидуальные лицевые счета в учете предприятий, оказывающих им жилищно-коммунальные услуги, услуги по электроснабжению квартир, стационарной и мобильной телефонной связи, интернета. Неужели там везде есть некие отдельные гражданско-правовые «договоры счета»? Поверить в такое невозможно.

Соответственно, нет и никаких отдельных правоотношений по «остатку счета» либо по его учету применительно к банковским текущим счетам. Банк с оговоренной периодичностью выдает клиенту выписку об остатке на его счете и проведенных операциях по нему (в настоящее время многие банки уже предоставляют даже круглосуточный доступ к таким выпискам через интернет). Если окажется, что остаток неправомерно занижен, клиент вправе требовать в суде взыскания с банка разницы и штрафных санкций. Но это будут вовсе не учетные правоотношения, а, по сути, правоотношения, связанные с законностью проведенных банком операций по счету.

Конечно, в обиходе говорят: «деньги на текущем счете», «зачислить на счет», «снять со счета», «положить на счет». Однако это все лексические условности, правда, ставшие привычными и в силу этого иногда даже переносимые в законодательство. На самом деле есть деньги на хранении в банке, а счет — это всего лишь технический способ организации: а) учета денег, б) сверки взаимных обязательств вкладчика и хранителя, в) передачи денег между их собственниками. Говорят также: «владелец счета», «собственник счета», но это такая же лексическая условность. Право собственности «на счет» как таковое никому не нужно — реально существует право собственности на денежные средства на хранении в банке, объем которого технически фиксируется записями по счету клиента.

Если же рассматривать договор банковского счета как предварительный, то какой же тогда основной стороны обязываются заключить в будущем? И почему после заключения «предварительного договора» стороны на практике им же и руководствуются при реализации взаимных прав и обязанностей по сути, не заключая потом никакого нового «основного договора»?

О. С. Близнюк также утверждал, что договор банковского счета нельзя отождествлять с договором поручения.⁸⁵ С этим выводом мы согласны, соответствующая наша аргументация приведена выше. Однако с тем же, как О. С. Близнюк аргументирует свой тезис, мы согласиться не можем. Ученый, в частности, утверждает, что разграничение в данном случае нужно проводить по субъектному составу, характеру осуществляемых по поручению сделок, направленных на перемещение средств по счетам, специальному порядку выдачи, принятия и исполнения таких поручений.

С нашей точки зрения, такие аргументы ошибочны. Субъектный состав не может быть основанием для деления гражданских договоров на виды. Ведь с частноправовой точки зрения все право- и дееспособные лица могут заключать любые договоры. Разумеется, есть виды договоров, которые заключаются только между физическими лицами (например, брачный контракт), однако это связано с тем, что

⁸⁵ Близнюк О. С. Правовая природа договору банківського рахунку. С. 177–178.

юридические лица по своей сути просто физически не могут вступить в соответствующие брачные правоотношения.

Кроме того, государство по причинам публично-правового характера (иногда обоснованно, иногда необоснованно) ограничивает право на заключение некоторых видов гражданских договоров требованием о специальной правосубъектности одной или нескольких сторон договора. По сути, в случае заключения договора иными субъектами государство просто не признает за договорами юридической силы, отказывает в их защите средствами государственного принуждения. Однако это чисто публично-правовые ограничения, которые никак не влияют на гражданско-правовую классификацию видов договоров. В противоположном случае каждый раз, когда государство решало бы, что право заключения того или иного вида гражданского договора нужно ограничить специальным субъектом (или, наоборот, что нужно отказаться от такого ограничения), следовало бы говорить о возникновении нового вида гражданского договора, что абсурдно.

Выводы

Выработанная в Средневековье конструкция «иррегулярной поклажи» является новой, не тождественной по содержанию той, которая описывается в источниках по римскому праву.

Договор банковского счета необходимо классифицировать как реальный договор хранения вещей, определенных родовыми признаками, на товарном складе — договор иррегулярной поклажи в новом современном значении этого термина. Нет никаких объективных оснований для признания договора банковского счета отдельным самостоятельным видом гражданского договора и его классификации как консенсуального договора.

При иррегулярной поклаже не происходит перехода права собственности на товар от поклажедателя к хранителю — у последнего есть исключительно правомочия владеть товаром, замещать на аналогичный, исполнять за плату указания поклажедателя.

Деньги на текущем счете являются вещью, право собственности на которую имеет владелец счета. В условиях иррегулярного хранения денег на текущем банковском счете перехода права собственности на деньги к банку не происходит. В условиях принудительного obligations юридических лиц хранить почти все деньги на текущих счетах в коммерческих банках признание перехода права собственности на все эти деньги к банкам фактически означало бы изъятие государством денежных средств юридических лиц страны в собственность банкиров.

Недопустимо начисление процентов на остаток на текущем банковском счете, так как плата хранителя поклажедатель за хранение вещи противоречит сути хранения. Исключительно поклажедатель — владелец счета — должен платить банку за хранение денег и их перемещение (платежи, кассовые операции). Для отграничения договора банковского счета от договора банковского вклада, реального обеспечения надежности хранения денег на банковских счетах необходимо ввести полный законодательный запрет банкам: а) использовать деньги на текущих счетах клиента в собственных операциях и б) начислять проценты на остатки по текущим счетам.

Необходимо законодательно обязать коммерческие банки разграничить и учитывать на обособленных корреспондентских счетах и в отдельных кассах:

собственные деньги уставного капитала; деньги, привлеченные в заем, в том числе по договорам банковского вклада; деньги клиентов на текущих счетах, переданные банку в хранение; деньги, полученные в заем от государства (в частности, кредиты рефинансирования).

В отличие от договора банковского счета договор банковского вклада является разновидностью (подвидом) договора займа.

Безналичные платежи по своей сути являются перемещениями товара в системе одного или нескольких товарных складов — банков между его старым и новым владельцем (когда плательщик и получатель средств разнятся) — либо сменой товарного склада (когда плательщик переводит свои средства на свой же текущий счет в другой банк). Наличные кассовые операции являются принятием товарным складом товара на хранение и выдачей с хранения.

Гражданско-правовые правила перехода права собственности на вещи, определенные индивидуальными признаками и определенные родовыми признаками, следует считать аналогичными.

Не следует искусственно противопоставлять вещные и обязательственные права, а также вещные и обязательственные иски. Римской правовой традиции соответствует наличие возможности одновременного существования вещных и обязательственных отношений, исков между одними лицами в отношении одной вещи. Из договора банковского счета возможно возникновение права обеих сторон договора как на вещные, так и на обязательственные иски к другой стороне договора, а также к третьим лицам.

Кроме общей собственности, следует также выделять индивидуальную смешанную собственность (деньги на текущих счетах, иное родовое имущество на товарных складах), характеризующуюся следующими признаками:

— объект права собственности является легко делимой смесью имущества нескольких лиц, хранящейся у третьего лица — независимого хранителя в режиме ирегулярного хранения;

— любой собственник вправе в любой момент: а) увеличить свою долю в смеси; б) уменьшить свою долю в смеси, изъяв из нее любую часть в пределах ранее внесенного в смесь; в) дать указание хранителю смеси перевести соответствующее право собственности на другое лицо; г) дать указание хранителю смеси переместить соответствующую часть смеси на товарный склад, обслуживающий нового ее собственника;

— при неправомерном отказе хранителя выдать товар каждый собственник имеет альтернативное право подать к хранителю (в пределах переданного хранителю объема) виндикационный иск или иск из обязательства;

— каждый собственник имеет право на виндикационный иск ко всем другим поклажедателям смеси, которые неправомерно завладели товаром, например, получили со склада больший объем аналогичного товара, чем вносили.

Нельзя смешивать критерии разграничения договоров на виды с критериями отнесения договоров к тем или иным группам договоров (реальный/консенсуальный, с общим субъектом/со специальным субъектом, и т. п.). Последние не определяют построения системы гражданских договоров, что не отменяет важности изучения «групповых» критериев в целях уяснения особенностей исполнения договоров.

Узко-технологические особенности процедур заключения, подготовки к исполнению, исполнения гражданских договоров не влияют на их классификацию на виды.

Установленные государством публично-правовые обязательства сторон гражданских договоров не могут влиять на их классификацию на виды.

Классификация гражданских договоров на виды должна базироваться только на их объективном конечном результате (полезном экономическом эффекте, а в договорах без имущественного эффекта — моральном эффекте) их исполнения, которого хотят достичь стороны.

Искажения природной сути определенного вида гражданского договора путем ошибочного нормативно-правового регулирования не является основанием для квалификации такой искаженной конструкции в качестве нового вида гражданского договора. В частности, элементы нормативно-правового регулирования договора банковского вклада, которые привели к его искажению, не должны считаться основанием для признания договора банковского вклада отдельным самостоятельным видом гражданских договоров.

Статья поступила в редакцию 3 июня 2014 г.