Вишневский Александр Александрович. Современные тенденции развития структурообразующих институтов банковского права: сравнительно-правовое исследование: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.03 / Вишневский Александр Александрович;[Место защиты: Национальный исследовательский университет].- Москва, 2014.- 467 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава 1. Оборот недвижимости как система: общая характеристика правовой модели 19**

1.1. Сущность гражданского оборота: определение, структура, условия 19

1.2. Понятие и структура механизма оборота недвижимости. Юридическая процедура перехода прав (их возникновения, прекращения) на объекты недвижимости как основа механизма оборота недвижимого имущества: взаимосвязь вещно-правовой и обязательственно-правовой составляющей 55

1.3. Дефиниция правовой модели системы оборота недвижимости 65

**Глава 2. Отдельные элементы правовой модели системы оборота недвижимости 88**

2.1. Граждане, юридические лица, публично-правовые образования как субъекты оборота недвижимости: вопросы систематизации 88

2.2. Система субъектов оборота недвижимости как фактор его существования и стабильности 110

2.3. Правовой режим объектов недвижимости. Особенности правового режима земельных участков, нежилых помещений 132

2.4. Вещные права в статике как элемент правовой модели системы оборота недвижимости 179

2.5. Динамика вещных прав как отдельный элемент правовой модели системы оборота недвижимости. Вещные договоры 224

**Глава 3. Защита прав на недвижимость как самостоятельный (обеспечительный) элемент правовой модели системы оборота недвижимости 249**

3.1. Общая характеристика обеспечительного элемента правовой модели системы оборота недвижимости 249

3.2. Формы и способы защиты в механизме реализации субъективного гражданского права на защиту в сфере оборота недвижимости 280

3.3. Применение виндикационного, негаторного исков, иска о признании права в сфере оборота недвижимости 311

3.4. Применение отдельных обязательственно-правовых способов защиты прав участников оборота недвижимости 338

3.5. Применение самозащиты в области оборота недвижимости 358

Заключение 374

Список литературы 384

## Понятие и структура механизма оборота недвижимости. Юридическая процедура перехода прав (их возникновения, прекращения) на объекты недвижимости как основа механизма оборота недвижимого имущества: взаимосвязь вещно-правовой и обязательственно-правовой составляющей

Институты, осуществляющие банковскую деятельность (оказывающие банковские услуги), традиционно отличались разнообразием – как правило, в каждой стране существовали различные виды таких институтов, отличающиеся друг от друга по своей организации, характеру выполняемых операций, а порой и по преследуемым социальным функциям11. Их различие выражалось, главным образом, в специализации – каждый из них ориентировался на определенный спектр банковских услуг или их потребителей. При этом в каждой стране существовал институт, характеризующийся универсальностью оказываемых услуг, но при этом терминологически такие институты могли называться в банковском праве по-разному – наряду с наиболее распространенным термином «банк» для их наименования использовались такие термины, как «депозитный институт», «национальный банк», «банковская ассоциация». Банковское право ЕС впоследствии стало оперировать термином «кредитный институт» для обозначения такого a priori универсального субъекта.

В настоящей диссертации мы чаще всего используем термин «кредитный институт» для обозначения статусного института современного банковского права, который осуществляет весь спектр традиционных банковских операций (оказывает весь спектр традиционных банковских услуг). Мы при этом абстрагируемся как от терминологического разнообразия различных правовых систем, так и от рассмотрения более специализированных банковских (кредитных) организаций, которые оказывают ограниченный набор банковских услуг, и которые находятся вне сферы исследования настоящей диссертации. Абстрагирование от этих двух аспектов вполне оправданно в свете целей, поставленных в настоящей работе. Также оговоримся, что с учетом целей настоящей диссертации термины «кредитный институт», «кредитная организация» и «банк» употребляются, в основном, в качестве синонимов – различие между этими терминами не имеет принципиального значения для целей, поставленных в настоящей работе.

В современном банковском праве можно констатировать принципиально сходное понимание кредитного института в различных правовых традициях. Это сходство проявляется в содержательном понимании банка как коммерсанта, осуществляющего традиционную «триаду» деятельности коммерческого банка – прием депозитов, размещение привлеченных средств в качестве кредитов, ведение счетов и осуществление расчетов, но при этом отличающегося от традиционного коммерсанта выполнением ряда публичных функций (ниже будет рассмотрена природа данного феномена).

Наиболее универсальным выражением понимания предпринимательского содержания кредитного института служит его определение в банковском праве ЕС, согласно которому кредитным институтом является «предприятие, чей бизнес состоит в приеме депозитов и иных средств с обязательством возврата от неопределенного круга лиц и предоставлении кредитов»12. Изначально в банковском праве ЕС возникло именно такое определение, а впоследствии оно было дополнено перечнем операций кредитных институтов, которые подпадали под принцип взаимного признания в банковском праве стран ЕС. В этот перечень вошли следующие операции: - прием депозитов и иных средств от неопределенного круга лиц с обязательством возврата, - предоставление займов (включая потребительские кредиты, ипотечные кредиты, факторинг и форфейтинг), - услуги по переводу денег, выпуск средств платежа (в т.ч. кредитных карт, дорожных чеков) и управление ими, а также ряд инвестиционных банковских услуг (поскольку инвестиционная банковская деятельность находится за пределами рассмотрения настоящей диссертации, мы не перечисляем их подробно)13. Тем самым в банковском праве ЕС сложилась (и была заимствована банковским законодательством большинства стран ЕС, равно как и банковским законодательством России) двухзвенная структура определения кредитного института, состоящая из общего определения и перечня операций, составляющих предмет его деятельности.

Наряду с таким сходным пониманием сущности банка в банковском праве стран Западной Европы проявилось и стилистическое различие в определении банка. Это различие проявилось в виде наличия двух подходов к определению банка - институционального и функционального подходов. При институциональном подходе определение банка осуществляется через определение института, вовлеченного в банковскую деятельность, в то время как при функциональном подходе внимание законодателя сосредоточено на деятельности, составляющей содержание банковской деятельности, и в сравнении с этим внимание к собственно определению института, осуществляющего такую деятельность, отходит на задний план.

Приведенный выше подход банковского права ЕС к определению банка (кредитного института) является примером институционального подхода. Этот же подход имеет место в большинстве стран Западной Европы. Приведем несколько примеров.

Денежный и финансовый кодекс Франции содержит следующее определение: «Кредитные институты – это юридические лица, чья обычная предпринимательская деятельность состоит в осуществлении банковских трансакций…»14. При этом перечень банковских трансакций кодекс определяет как «принятие средств от неопределенного круга лиц, кредитные трансакции и предоставление клиенту либо управление средствами платежа»15.

Закон ФРГ о банках и банковской деятельности понимает под кредитным институтом предприятие, «ведущее банковский бизнес в масштабе, который требует коммерчески организованного бизнес-предприятия»16, при этом банковский бизнес заключается в осуществлении перечисленных в законе операций, в числе которых прием денежных средств от других лиц в качестве депозитов или иных средств с безусловным обязательством возврата от неопределенного круга лиц (депозитный бизнес), предоставление кредитов в денежной форме и акцептных кредитов (кредитный бизнес), осуществление безналичных платежей и расчетных операций (жиро бизнес).

## Дефиниция правовой модели системы оборота недвижимости

На первый взгляд данный вопрос может показаться не относящимся к характеристике кредитного института, поскольку речь идет не о нем, а о его учредителях, и кредитный институт формально не в состоянии повлиять на своих собственников – решение о приобретении (отчуждении) акций (долей участия) принимается не им. Но реалии современного банковского права таковы, что несоответствие учредителей требованиям банковского права делает невозможным либо, по крайней мере, весьма затруднительным именно банковскую деятельность кредитного института. В силу этого соответствие учредителей (участников) кредитного института установленным в банковском праве критериям является условием возможности его существования и деятельности, а потому может рассматриваться в качестве одного из параметров, характеризующих кредитный институт как статусный институт современного банковского права. Что же касается отсутствия права регулятора осуществлять контроль и надзор за акционерами (участниками) кредитного института, то в силу отсутствия такого права «внедрение» требований к акционерам (участникам) в правовое положение банка как статусного института современного банковского права осуществляется через ряд правовых конструкций: - право лицензирующего органа отказать в выдаче лицензии на осуществление банковской деятельности на основании несоответствия учредителей банка установленным требованиям, - обязательность информирования и - при превышении установленного законодательством порога - получения предварительного согласия регулятора на приобретение акций (долей) банка, с правом регулятора отказать в таком приобретении при несоответствии приобретателей критериям, установленным в отношении акционеров (участников) банка, - оценивать финансовое состояние кредитного института, принимая во внимание консолидированную финансовую отчетность группы, в которую входит кредитный институт.

В современном банковском праве существуют два рода требований к участниками банка: финансовые и репутационные. В банковском праве ЕС данные требование сформулированы в общем виде следующим образом: компетентные органы должны отказать в выдаче авторизации, если, принимая во внимание необходимость обеспечения надежного и пруденциального управления кредитным институтом, они считают, что акционеры (участники) не удовлетворяют этим требованиям

Обратим внимание, что смысл данного положения директивы не ограничивает компетентные органы только финансовой составляющей -напротив, смысл данной статьи предполагает расширительное толкование, позволяющей достаточно широкое усмотрение компетентных органов. Этот подход получил дальнейшее развитие в банковском законодательстве европейских стран.

Так, банковское законодательство ФРГ устанавливает, что в случае сомнений в качествах лиц, которым принадлежит квалифицированное участие в кредитном институте (10% и более, прямо или косвенно), БАФИН вправе отказать в выдаче лицензии на осуществление банковских операций (а впоследствии, в период деятельности кредитного института - в согласовании разрешения приобретения квалифицированного участия в кредитном институте). Последующие законодательные положения трактуют основания для сомнений компетентного органа в качествах собственников кредитного института следующим образом: БАФИН вправе отказать в согласовании приобретения по таким основаниям, как: - потенциальный приобретатель на заслуживает доверия, либо по каким-либо иным причинам не удовлетворяет требованиям, установленным для обеспечения надежного и пруденциального управления кредитным институтом; это правило безусловно применяется в случаях, когда известны факты, оправдывающие предположение о том, что средства, на которые предполагается приобрести участие в кредитном институте, были получены незаконным путем, - в силу приобретения кредитный институт окажется включённым в корпоративную структуру, которая по ряду причин, в том числе недостаточной экономической прозрачности, затрудним эффективный надзор за кредитным институтом, либо эффективный обмен информации между надзорными органами различных государств, - приобретение приведет к превращению кредитного института в субсидиарий института, расположенного за пределами ЕС, либо в стране, надзорные органы которой не готовы сотрудничать с БАФИН в ходе осуществления им надзора за деятельностью кредитного института, - смена менеджмента кредитного института в результате такого приобретения повлечет управление кредитным институтом лицами, на заслуживающими доверия или не обладающими должной квалификацией, - приобретение совершается с целью, либо может способствовать отмыванию денег, - приобретатель не отличается адекватной финансовой устойчивостью43.

Из данного перечня очевидно, что финансовая устойчивость является только одним из аспектов, которые принимаются во внимание. Наряду с этим аспектом репутационный аспект имеет не меньшее значение и, что особенно важно для концепции настоящей диссертации, оценка этого критерия находится в сфере профессионального суждения регулятора.

Другим аналогичным примером может послужить статутное право Великобритании. В соответствии с Законом о финансовых услугах и рынках, квалифицированное (более 10% голосующих прав) участие в кредитном институте (в том числе на этапе его формирования и ходатайства о предоставлении лицензии) требует одобрения со стороны регулятора (во время принятия функции регулятора были закреплены за Управлением финансовых услуг. При этом регулятор вправе одобрить или не одобрить сделку, основываясь на своем профессиональном суждении о потенциальном приобретателе.

## Правовой режим объектов недвижимости. Особенности правового режима земельных участков, нежилых помещений

На первый взгляд, напрашивается вывод, что выполнение кредитными институтами публично-правовых функций – это функция, навязанные кредитным институтам «извне», законодателем, как функция, не присущая кредитному институт как таковому, поскольку его цель состоит исключительно в получении прибыли, а не в выполнении публично-правовых функций. По нашему мнению, такой вывод был бы корректен по отношению к банковской деятельности в период «капитализма эпохи свободной конкуренции», но с течением времени этот вывод все более расходится с реальностью банковской деятельности. Усиливающиеся тенденции взаимосвязи в мировой финансовой системе, роль финансовой системы в обществе подводит к необходимости иного взгляда на этот вопрос.

Кредитные институты являются частью банковской, шире – финансовой системы. Отсюда логично вытекает следующее заключение: поскольку кредитные институты являются частью банковской системы, для своей нормальной деятельности они должны преследовать не только цели, свойственные отдельно взятым институтам, но и цели, свойственные банковской системе в целом. Но цели, с которой банковской системы функционируют – как в отдельных государствах, так и в международном масштабе, по своей природе являются прежде всего публично-правовыми – данное высказывание для целей настоящей диссертации может быть принято как аксиома. Отсюда и выполнение кредитными институтами публично правовых целей не должно рассматриваться как функция, не свойственная им по своей природе, но как функция, неотъемлемо присущая кредитному институту в современном понимании, которое теперь уже не может быть сведено к рассмотрению банка как коммерсанта, преследующего исключительно частную цель получения прибыли путем совершения кредитно-депозитных операций.

Особенность банковской деятельности в сравнении с целым рядом других видов предпринимательской деятельности состоит в том, что она не может осуществляться вне банковской системы (для ряда других видов профессиональной деятельности вовсе не обязательно наличие какой-либо профессиональной системы, аналогичной банковской, для того чтобы была возможной сама возможность осуществления соответствующей предпринимательской деятельности). Отсюда можно заключить, что деятельность по поддержанию «здоровья» банковской системы, правопорядка в ней имманентно присуща банковской деятельности, поскольку без правопорядка в банковской системе цель получения прибыли не может быть достигнута, либо может быть достигнута с нежелательными издержками для общественных интересов. Другими словами, выполнение публичных функций – это не навязанная государством кредитному институту не свойственная ему имманентно функция, но как раз функция, имманентно присущая кредитному институту в силу особенностей банковского бизнеса как системного бизнеса.

Мы считаем возможным в связи с этим заключить, что тенденция подхода к понятию банка/кредитного института в современном банковском праве состоит в том, чтобы рассматривать его не только как коммерческую организацию, чей бизнес состоит в приеме депозитов, предоставлении кредитов и выполнении иных банковских операций, но и как организацию, выполняющую публичные функции по поддержанию правопорядка в банковской системе. И соотношение этих составляющих в настоящее время таково, что оправдывает включение публичного аспекта в само понятие

кредитного института (банка, кредитной организации). При этом субъективно эта имманентность выполнения публичных функций природе кредитного института кредитным институтом может и не осознаваться, но мы говорим об объективной имманентности – о том, как понимается кредитный институт современным законодателем. Такой законодательный подход оправдывает включение публично-правовых функций в понятие (и более того, мы даже не исключаем, со временем, – в определение) кредитного института. Другими словами, природа кредитного института в реалиях современного банковского права меняется – зародившись как коммерсант, преследующий цель извлечения прибыли в ходе осуществления банковских операций, он наряду с этим становится агентом публичных органов и эта роль в современных реалиях банковской деятельности для кредитного института становится столь же неизбежной, сколь естественно для него получение прибыли вследствие банковских операций.

Мы полагаем в связи с этим, что настало время закрепить в законодательстве принципиальное положение, в соответствии с которым противодействие кредитными организациями использованию банковской системы в противоправных целях является условием, при соблюдении которого возможно осуществление банковской деятельности и выполнение обязательств перед клиентами. Это принципиальное положение может играть роль правового основания для корректного, с приоритетом публичных интересов поведения банка в отношениях с клиентурой, когда, например, выполнение договорных условий перед клиентами может привести к возникновению риска действий в противоправных интересах96. В настоящее время в практике деятельности российских банков данный вопрос нередко решается путем включения в договоры с клиентами положений, в соответствии с которыми банку предоставляется ограничить право клиента распоряжаться денежными средствами на его счете в случае возникновения у банка сомнений в том, что действия клиента соответствуют законодательству. Мы полагаем, что введение указанного принципиального положения в законодательство создаст более адекватную правовую основу для соответствующих действий кредитных организаций.

## Формы и способы защиты в механизме реализации субъективного гражданского права на защиту в сфере оборота недвижимости

Мы полагаем, что основу данного института должны составлять ряд общих принципиальных положений, которые в том числе рассматривались бы в качестве предполагаемых условий договора между банком и клиентом во всех случаях, когда это могло бы послужить защите интересов клиента потребителя. При этом мы не считаем, что для российского гражданского права вообще и договорного права в частности конструкция предполагаемых условий договора была бы чем-то чуждым, несовместимым с принципиальными основаниями российского гражданского права (но при этом более глубокий анализ данного вопроса был бы явно за пределами темы настоящей диссертации).

Мы также считаем, что с юридико-технической стороны закрепление принципиальных оснований статуса клиента при отсутствии кодифицированного акта могло бы быть осуществлено в виде введения соответствующих положений прежде всего в Федеральный закон «О банках и банковской деятельности». Основанием для такого заключения является то обстоятельство, что в существующей системе российского банковского права именно в данном законе закрепляются наиболее принципиальные (в том виде, в котором они вообще существуют в российском банковском праве) правомочия клиента банка – прежде всего, физического лица.

С точки зрения самых общих правил и принципов, которые могут создавать основу статуса клиента, можно, на наш взгляд, отметить следующие.

Признание существования различных категорий клиентов с установлением для них соответственно различной степени правовой защиты. Значение данного положения коренится в признании той истины, что применение равного масштаба к разным субъектам будет означать фактическое неравенство. Такой подход нашел в том числе и судебное подтверждение - Европейский Суд по правам человека высказался по этому поводу следующим образом: «…предусмотренное статьей 14 Конвенции (имеется в виду Конвенция о защите прав человека и основных свобод – А.В.) право без какой бы то ни было дискриминации пользоваться правами, признанными в Конвенции, считается нарушенным в случае, если государства по-разному относятся к лицам в аналогичных ситуациях, не предоставляя на то объективного и разумного основания... Право пользования без какой бы то ни было дискриминации правами, признанными в Конвенции, также считается нарушенным, когда государства без объективного и разумного основания не применяют разный подход к лицам, чьи ситуации значительно различаются»

Такой подход вполне применим и к статусу клиента банка в современных условиях. Действительно, среди клиентов банка существуют частные лица, действующие в качестве потребителей, бизнес-клиенты, среди которых выделяются по своему различному положению мелкие предприниматели и крупные коммерческие организации. И современное банковское право признает наличие таких различных категорий клиентов, чему можно найти различные подтверждения. Наиболее очевидным делением является деление на клиентов потребителей и не-потребителей. Примеров такого деления можно привести достаточно. Так, как на уровне Европейского Союза, так и в национальных законодательствах существует институт потребительского кредитования и, как следствие, признание наличия потребителя соответствующих банковских услуг, статус которого отличен от клиента - не-потребителя, даже если речь идет о сходной банковской услуге (в данном случае - кредитовании). Другим показательным примером подхода, при котором выделяются различные категории клиентов с различной степенью правовой защиты является банковское право Англии, которое признает наличие не только потребителей, но и специальных категорий (например, «защищенный класс лиц») среди клиентов банка, нуждающихся в различной степени правовой защиты. Российское банковское право также признает это деление – достаточное количество примеров, подтверждающих это, можно найти в Федеральном законе «О банках и банковской деятельности», где устанавливаются специальные правила для тех случаев, когда клиентом кредитной организации является физическое лицо.

По нашему мнению, выделение в числе клиентов банка указанных выше категорий лиц хотя и вполне оправданно, но уже не до конца соответствует реалиям современной банковской сферы. Так, например, среди клиентов кредитной организации – физических лиц могут быть как наивные потребители, не разбирающиеся в праве и экономике финансовых услуг, так и банковские менеджеры. Уровень специальных познаний этих лиц совершенно различен, но при этом закон, не учитывая этого важного различия, предоставляет им одинаковую правовую защиту.

В этом свете интересен подход, закрепленный в Директиве о рынке финансовых инструментов (MiFID)146. Данная директива исходит из разделения клиентов на «профессиональных клиентов» и «розничных клиентов» («retail client»). Под профессиональным клиентом Директива MiFID понимает ряд специально перечисленных в Директиве организаций либо иных клиентов, удовлетворяющих указанным в Директиве критериям. К организациям относятся, в частности, кредитные институты, инвестиционные фирмы, финансовые институты, страховые компании, схемы коллективного инвестирования и их управляющие компании, пенсионные фонды и их управляющие компании, дилеры производных финансовых инструментов, другие институциональные инвесторы, предприятия, превышающие установленные Директивой лимиты размера баланса, оборота и собственных средств, правительства, центральные банки.