**Введение**

Актуальность темы исследования проявляется, главным образом, в горестном положении отечественной экономики, напряженном состоянии договорной дисциплины, неприятии непоименованных способов судами и критичным отношением к ним цивилистов. Непоименованные способы обеспечения обязательств имеют право на существование благодаря нормативному дозволению и потребностям динамичного гражданского оборота. Однако, не смотря на это, научный базис в рамках данного вопроса ныне не столь развит, дабы правоприменители, участники оборота трансгрессивно применяли возможные обеспечительные средства. Современное учение об обеспечении обязательств доколе не способно активизировать развитие иных способов обеспечения, нежели зафиксированы в ГК РФ. Сформировавшись еще в дореволюционное время, ослабев в советское и не получив признание в современном российском праве, теория исподволь ослабевает, не поспевая за развитием остальной цивилистической мысли, законодательства, оборота. Для гражданско-правовых отношений истинно высокую роль играет не само обязательство, а, вне всякого сомнения, конечный имущественный результат. Под обеспечением обязательства участники оборота подразумевают неуклонно обеспечение результата (исполнение обязательства), а не относительного правоотношения, его опосредующего. Остаются энигматичными многие способы обеспечения зарождающиеся ныне в России. Существующие в теории способы обеспечения носят консервативный характер, что не в полной мере соответствует гражданскому обороту и диспозитивности нормативного регулирования. Не удалось найти ученым баланс между стройностью системы знаний об обеспечении обязательств, требованиями законодательства и потребностями экономики. Перечень способов на уровне оборота и публикаций неуклонно приумножается. Однако правоприменитель консервативно, критически относится к новым способам обеспечения. Немалое число ученых продолжает быть скептически настроенными к новым способам. В настоящем реализация непоименованных способов обременена, что вызывает подозрение в способности диспозитивного правила ст. 329 ГК РФ воплотиться в реальность. Во всяком случае, надо помнить, что неработающий закон обесценивается в правосознании. Непринятие непоименованных способов приведет к тому, что они останутся нормотворческим мифом.

Степень научной разработанности проблемы вызывает сомнения. Теория непоименованных способов обеспечения обрела некое осмысление в дореволюционный этап. В советское время же, она, прекратила свое развитие. Невеликий круг ученых посвятил себя институту обеспечения: Константинова В.С., Ойгензихт В.А., Панайотов И.Г., Сорокина С.Я. После принятия действующего гражданского законодательства оценка непоименованных способов обязательств обнаруживается в работах Адамовича Г.О., Анциферова О.А., Бевзенко Р.С., Белова В.А., Бирюковой Л.А., Волкова Д.Е., Гонгало Б.М., Гудкова Ф.А., Зверева В.А., Зинченко С.А., Иванкина Д.Л, Касссо Л.А., Комиссаровой Е.Г., Коновалова А.И., Мейера Д.И., Мельничука Г.В., Мироновой О., Морозова А.В., Наумовой Л.Г., Полякова В.И., Риффель А.В., Сальниковой И.Н., Сарбаша С. В., Синайского В. И., Скворцова В.В., Торкина Д.А., Хаметова Р., Хохлова В.А, Шершеневича Г.Ф., Шохиной Э.Х., Шилохвоста О. Ю.

Объект исследования отражается в общественных отношениях, порожденных применением непоименованных гражданским законодательством способов обеспечения исполнения обязательств. Предмет же исследования представляется в форме непосредственно непоименованных в ГК РФ способов обеспечения исполнения обязательств.

Целью работы охватывается комплексное исследование непоименованных Гражданским Кодексом РФ способов обеспечения исполнения обязательств на основе действующего законодательства, практики его применения и цивилистической доктрины.

Для достижения упомянутой цели предполагается решение следующих задач:

‒ изучение эволюции теории обеспечения обязательств;

‒ выделение теоретических предпосылок обозначения обеспечительных средств;

‒ приведение классификации способов обеспечения исполнения обязательств;

‒ исследование правового регулирования:

 - фидуциарного залога,

 - сделок РЕПО,

 - товарной неустойки,

 - государственной и муниципальной гарантии;

‒ анализ применения судами:

 - фидуциарного залога,

 - сделок РЕПО,

 - товарной неустойки,

 - государственной и муниципальной гарантии;

‒ формулирование предложений по совершенствованию действующего законодательства.

Методологическая основа исследования представлена общенаучными и частнонаучными методами познания: диалектический, исторический, системный, сравнительный, формализации, сравнительно-правовой, формально-юридический.

Структура работы предопределена целями и задачами исследования. Курсовая работа состоит из введения, трех глав, объединяющих одиннадцать параграфов, заключения, списка источников и литературы.

1. **Историко-теоретические аспекты выделения способов обеспечения исполнения обязательств**
	1. **Эволюция теории обеспечения исполнения обязательств**

 «Практика применения способов обеспечения исполнения существует почти столько же, сколько и самое обязательство».[[1]](#footnote-1) В Древнем Риме. Все обязательства покоились на fides, то есть на клятве, приносимой богам, согласно которой, поклявшийся обязан был что-либо дать или сделать. Невыполнение обязательства вело к посвящению должника и его имущества богам, либо требовало немалых искупительных жертвоприношений».[[2]](#footnote-2)

В истории мы наблюдаем богатый набор таковых средств. Сперва, главную обеспечительную роль играла угроза применения мер, направленных на личность должника, его близких в формах убийства, обращения в рабство, лишения свободы и т.п. Но интерес кредитора в данном случае не удовлетворялся. Постепенно круг ответственных лиц сузился «до должника и его правопреемников, сокращается арсенал способов воздействия на личность правонарушителя, акцент переносится на имущественное, так как «отрубание должнику головы никак не могло обогатить кредитора». Который старался «заблаговременно забронировать для себя часть имущества» должников, например «урезая власть должника над»1 ним.

Одним из первых в отечественной цивилистике мнение о понятии способа обеспечения высказал Мейер Д.И., отметив: это все то, что «по правилам благоразумия может побудить должника к точному исполнению договора».[[3]](#footnote-3) До революции многие цивилисты отказывалось от выведения общих признаков обеспечения обязательств, опираясь в основном на описание конкретных способов. В советский период внимание к этой проблеме резко иссякло в связи с активным внедрением принципа реального исполнения обязательств, основанного на механизме плановой экономики. «Наибольшее употребление получила лишь неустойка».3

Важную роль сыграло выведение понятия «правовые обеспечительные меры», которое является общим для понятия «способы обеспечения». Эта категория позволяет выявить те конструкции, которые непозволительно относить к способам обеспечения исполнения обязательств. Алексеев С.С. предложил относить последние к так называемым вторичным (охранительным) правоотношениям. Пласт вторичных мер стал созидательным материалом правовых обеспечительных мер.[[4]](#footnote-4) Гонгало Б.М. признает существование обеспечительных мер и различает их подвид - гражданско-правовые обеспечительные меры как установленные гражданским законом, договором дополнительные гарантии осуществления своих прав.[[5]](#footnote-5)

При всем разнообразии подходов ясности в различиях между обеспечением обязательств и другими обеспечительными средствами не было достигнуто. «Иоффе О.С. Предложил разделять все обеспечительные меры на общие и специальные, к специальным как раз и относятся способы обеспечения обязательств».[[6]](#footnote-6) Общие меры (взыскание убытков или принуждение к исполнению в натуре) универсальны по отношению к любому обязательству. А вот специальные носят дополнительный характер, могут применяться на основании соглашения или указания закона. Именно концепция Иоффе получила широкое признание. На наш взгляд, она является фундаментально разработанной и наиболее достоверной сточки зрения теории и практики.

Советские цивилисты долгое время акцентировали свое внимание на функциональном аспекте способов обеспечения, что позволило расширить их перечень как мерами ответственности, так и мерами поощрения. Даже позитивное стимулирование рассматривалось как явление, в которое заложен «большой заряд предупреждения». Крайности высказываний советского периода вызваны, прежде всего, тем, что возникновение непоименованных способов было связано не с развитием хозяйственного оборота, а развитием науки, не имевшей под собой практической основы. В конце концов, в науке выявилась позиция, согласно которой, способы обеспечения стали рассматриваться как гражданско-правовые санкции.

С развитием в РФ рынка потребность в стимулировании должника санкциями исчезла. И естественно, что изложение способов обеспечения в виде того или иного вида санкций оказалось нежизнеспособным.

На современном этапе представление об указанном понятии не претерпело особого изменения: часто воспроизводится в той форме, которая была выработана в советский период. Большинство авторов рассматривают способы обеспечения исполнения обязательств как «установленные законом или договором обеспечительные меры имущественного характера, существующие в виде акцессорных обязательств, стимулирующих должника к исполнению обязательства и (или) иным образом гарантирующие защиту имущественного интереса кредитора в случае неисправности должника».[[7]](#footnote-7)

Однако появились и противник учения о способах обеспечения (Бевзенко Р.С.)[[8]](#footnote-8), которые отстаивают позицию нежизнеспособности четко установленных признаков для данных правовых средств. Комиссаровой Е.Г. и Торкиным Д.А. высказана интереснейшая позиция: «Обеспечение обязательств не есть тот институт, на котором покоится весь гражданский оборот, скорее, это инструмент, который помогает сделать его более совершенным и устойчивым».8 Так получается, что именно хозяйственные отношения складываются на тех мерах их стимулирования (способы обеспечения в нашем случае), а не наоборот.

Диспозитивность гражданского права позволяет искусственно создавать категории, позволяющие налаживать договорную дисциплину, оборот. Это совсем иная юридическая конструкция, нежели гражданские правоотношения, защита прав или ответственность.

В рамках рассматриваемого аспекта можно сделать следующие выводы:

1. Теория обеспечительных мер прошла долгий исторический путь от личного воздействия до непосредственно имущественного;
2. Способы обеспечения являются специальными обеспечительными мерами;
3. В России теория не удостоилась глубокого рассмотрения , что привело к ее слабой разработанности сегодня;
4. Она не претерпела значимого изменения с дореволюционного и советского периодов;
5. Способы обеспечения – институт, позволяющий придать стойкости гражданскому обороту.

На основе выше указанных выводов целесообразно вынести следующие предложения:

1. Необходимо конструктивное, комплексное исследование всех аспектов способов обеспечения исполнения обязательств, которое будет основано на реалиях современного гражданского оборота;
2. Требуется создание полноценной законодательной базы способов обеспечения исполнения обязательств.

**1.2 Теоретические предпосылки обозначения способов обеспечения исполнения обязательств**

Обязательственное право носит относительный характер, что порождает сомнения в его прочности, которая зависит от платежеспособности и добросовестности должника. «Доверие» же, оказанное кредитором, «не абсолютно и не универсально. Автономия воли позволяет должнику отказаться от исполнения обязательств».[[9]](#footnote-9) Непрочность обязательства вызывает необходимость в его обрамлении «искусственными приемами для доставления обязательственному праву той твердости, которой не достает ему по существу».[[10]](#footnote-10)

В литературе идет спор о функциональной природе способов обеспечения. Согласно первому мнению, эта юридическая конструкция означает в функциональном смысле правовые средства, стимулирующие должника к правомерному поведению и создающие при этом «дополнительные гарантии удовлетворения имущественных интересов кредитора».[[11]](#footnote-11) Вторая группа ученых считает, что для наименования способом обеспечения правового средства достаточно выполнения им одной из указанных функций. Мейер Д.И. писал о необходимости лишь стимулирующей[[12]](#footnote-12), Гонгало Б.М., Брагинский М.И. и Витрянский В.В. считают необходимым выполнение любой из них.12 Белов В.А. рассуждает, что «отнесение… правового средства к числу способов обеспечения… говорит только о том, что оно выполняет определенную экономическую функцию».[[13]](#footnote-13) Интересна в рамках этого вопроса позиция Комиссаровой Е.Г и Торкина Д.А. Гарантийная функция, с их точки зрения, присуща всем способам обеспечения исполнения обязательств, однако «данный признак также присущ и обширному перечню способов защиты гражданских прав, которые не охватываются понятием обеспечения обязательств в их традиционном понимании».12 Недостатком обладает и стимулирующая функция, так как осознание должником существования какой-либо обеспечительной меры не является гарантией его правомерного поведения в отношении кредитора. «Независимо от его доброй воли, может оказаться, что должник не в состоянии реализовать свое обязательство».12

Теперь обратимся к неоспоримым признакам. «Первый – обеспечение обязательств существует в виде других обязательств, второй – они носят акцессорный характер».12 Зинченко С.А. отмечет, что «в отечественной правовой доктрине традиционно указывается» на эти два «неотъемлемых свойства каждого из способов обеспечения.[[14]](#footnote-14) Комиссарова Е.Г. и Торкин Д.А. не считают существование этих признаков безусловными.12 Гонгало Б.М., наоборот, не видит возможности существования способов обеспечения, не характеризующихся таким образом.[[15]](#footnote-15) Взвесим все «за» и «простив». Ipso jure нет категоричных указаний на обязательственную природу способов обеспечения. Закон просто перечисляет их и указывает на возможность существования иных способов (ст. 329 ГК РФ).[[16]](#footnote-16) Наука же (именно она продвинула в свое время учение о способах обеспечения, а не закон) довольно твердо настаивает на обязательственной природе данного правового явления. Комиссарова Е.Г. сама утверждает, что «не приходится сомневаться в справедливости…» данного мнения « по отношению к большинству способов обеспечения исполнения обязательств».[[17]](#footnote-17) Однако, она отмечает, что обязательство слабо по своей природе и нет возможности опровергать этот факт и в отношении обеспечительного обязательства. Получается, что и такой способ обеспечения так же необходимо обеспечивать. На наш взгляд, это тот вопрос цивилистики, который еще предстоит решить ученым и законодателю. Но факт есть факт и отказываться от того, что способы обеспечения имеют обязательственный характер немыслимо только из-за их неустойчивой формы.

Вопрос акцессорности, казалось бы, вообще неоспоримого признака способов обеспечения исполнения обязательств, также является болезненным в теории обеспечения. Комиссарова Е. Г. и Торкин Д. А. утверждают, что «идея акцессорности … является правильной лишь с точки зрения логики, но при этом она не вытекает из потребностей гражданского оборота».18 Они не рассматривают акцессорность как универсальную характеристику средств обеспечения. «Хотя, по высказыванию Н. Ю. Рассказовой, эти обязательства (основное и акцессорное) связаны как предмет и его тень. Но при этом акцессорность – это скорее побочный признак».18 Вопрос был разрешен в ходе научной дискуссии о независимости банковской гарантии. Б. М. Гонгало отметил, что «в настоящее время возможно существование акцессорных обязательств в их традиционном понимании, а также допустимо акцессорное обязательство, которое действительно при недействительности основного обязательства».[[18]](#footnote-18)

В результате изучения теоретических предпосылок обозначения способов обеспечения обязательств можно сделать следующие выводы:

1. Обязательственная непрочность требует дополнительного обрамления средствами, которые будут обеспечивать его реализацию;
2. Способы обеспечения имеют стимулирующую и гарантийную характеристики;
3. Функциональная предпосылка выделения способов обеспечения не является универсальной, так как рассматриваемые функции обеспечительных мер не носят четкий, абсолютный, неоспоримый характер. Однако гарантийная и стимулирующая функции являются признаком, объединяющим все существующие способы обеспечения исполнения обязательств. Лавирование этих функция зависит от конкретного средства обеспечения;
4. Каждый способ обеспечения обладает обязательственной и акцессорной природой;
5. Существует два типа акцессорных обязательств: традиционное и то, которое действительно при недействительности основного обязательства.

На основе выводов выносится следующее предложение: признать в науке в качестве признаков способов обеспечения исполнения обязательств гарантирующую и стимулирующую функции, а также акцессорную и обязательственную их характеристику.

**1.3 Классификация способов обеспечения исполнения обязательств**

«Общие положения ГК устанавливают всего шесть способов обеспечения обязательств, однако обеспечительные конструкции содержатся и в других положениях ГК РФ, а также могут устанавливаться соглашением сторон».[[19]](#footnote-19)«Быстрота гражданского оборота не мирится со сложностью и тяжеловесностью способов, обеспечивающих исполнение договоров».[[20]](#footnote-20) Поименованные способы не могут должным образом удовлетворять потребности динамичного хозяйственного оборота. «Указанные способы обеспечения позволяют кредитору компенсировать неблагоприятные имущественные последствия нарушения обязательства».[[21]](#footnote-21) Но вот от неисполнения указанные способы не оберегают, на что как раз и ссылаются исследователи проблемы способов обеспечения: Гонгало Б.М., Зинченко С.А., Сарбаш С.В., Комиссарова Е.Г., Торкин Д.А. Одновременно с появлением новых обеспечительных конструкций возникла и проблема их правильной правовой квалификации.

 Основная цель способов обеспечения исполнения обязательств – это создание необходимых дополнительных гарантий для кредитора в случае неисполнения, либо ненадлежащего исполнения обязательства. В буквальном понимании к непоименованным способам обеспечения можно отнести те юридические конструкции, которые не названы в качестве таковых Гражданским Кодексом, то есть в гл.23 ГК РФ. Но легальный список способов при детальном изучении гражданского законодательства на данной главе не заканчивается. Однако относить их к поименованных способам не представляется возможным. «Они в большей степени тяготеют к непоименованным способам обеспечения обязательств», кроме того, эти средства «являются самодостаточными и, как правило, не используются для цели обеспечения обязательств. Для них обеспечение – это лишь побочная» функция, к которой они были искусственно приспособлены динамикой гражданского оборота.21

Таким образом, можно сделать вывод, что непоименованный способ обеспечения – это тот, который не упоминается в части законодательства, функционально приспособленной к регулированию обеспечительных средств. Следовательно, все способы обеспечения мы можем разделить на поименованные (удержание, неустойка, залог, задаток, поручительство, банковская гарантия) и непоименованные. Так как обязательства в силу закона могут обеспечиваться способами иными (неуказанными в гл.23), предусмотренными законом и выработанными договорной практикой, то мы можем разделить все непоименованные способы обеспечения исполнения обязательств на указанные и неуказанные в законе. Каждый из способов, указанных в законе, изначально сложился в качестве самостоятельного гражданско-правового института. Остальные же были выработаны в качестве обеспечительного средства исключительно договорной практикой.

Авторы традиционно относят какие-либо конструкции к исследуемому институту по признаку обеспечения имущественных интересов кредитора. Как уже было сказано, главный критерий отнесения к способу обеспечения – «установление такого правового режима отношений между должником и кредитором, при котором, невзирая на нарушение обязательства и прочие обстоятельства, материальное благо, недополученное кредитором, в результате нарушения обязательства, все равно к нему приходит».[[22]](#footnote-22)

 Перечень предлагаемых цивилистами способов обеспечения чрезвычайно широк. Авторами предлагается относить к этой категории проценты за коммерческий кредит[[23]](#footnote-23), сделки, совершенные под отлагательным условием[[24]](#footnote-24), заключение договора хранения с целью предоставления кредитору права удержания, фидуциарный залог, предварительный договор [[25]](#footnote-25) и другие.

В действующем законодательстве можно выделить следующие непоименованные способы обеспечения: удержание правового титула, обеспечительная уступка права требования, безотзывный аккредитив, договор имущественного страхования, вексель, государственная и муниципальная гарантия, факторинг. В практике сейчас известны следующие обеспечительные средства: сделки РЕПО, гарантийный депозит, бесспорное списание средств со счета, зачет, неттинг, право удержания, фидуциарный залог, обеспечительное отступное, возвратный задаток, задаток в обеспечение предварительного договора, товарная неустойка. Однако можно говорить о том, что далеко не все обеспечительные средства, непоименованные в ГК РФ, требуют детального рассмотрения. Предлагаем остановиться на наиболее проблемных способах обеспечения исполнения обязательств.

1. Поименованнве в ГК РФ способы обеспечения не справляются с динамикой хозяйственного оборота в рамках современной экономической системы;
2. Указанные в гл.23 ГК РФ способы не уберегают в полной мере от неисполнения обязательства. Сегодня же договорная дисциплина имеет в качестве приоритета именно конечный результат – исполнение в полном объеме и надлежащим образом договорного обязательства;
3. Непоименованные способы обеспечения исполнения обязательств – это те конструкции, что не названы законодателем в качестве таковых;
4. Способы обеспечения исполнения обязательств делятся на поименованные и непоименованные. Последние – на указанные в законе и неуказанные.

На основе данных выводов уместно выделить данные предложения:

1. Требуется обратить внимание законодателя и правоприменителей на то, что хозяйственный оборот требует расширения перечня способов обеспечения исполнения обязательств;
2. Законодательно закрепить непоименованные способы.
3. **Правовое регулирование способов обеспечения исполнения обязательств, непоименованных Гражданским Кодексом РФ**
	1. **Федуциарный залог**

Залоговое право традиционно считается одним из сложнейших отделов цивилистики.[[26]](#footnote-26) Сарбаш С.В. утверждает, что главной проблемой данного способа обеспечения является «сложность, длительность и практическая трудность процесса обращения взыскания и реализации предмета залога».[[27]](#footnote-27) Залог повсеместно критикуется в юридической литературе, однако никаких вариантов решения проблемы не предложено. Ныне прослеживается тенденция развития таких способов обеспечения, при которых кредитные организации стремятся обеспечить гарантии возврата кредита посредством приобретения права собственности на имущество заемщика на период кредитования.[[28]](#footnote-28)

Скворцов В.В. предложил внедрить такую форму залога, которая будет представлять собой право присвоения (фидуциарный).[[29]](#footnote-29) Аналогичной позиции придерживаются Хаметов Р. и Миронова О.[[30]](#footnote-30) Другие утверждают обратное: фидуциарный залог неприемлем для российского права.[[31]](#footnote-31) Третьи занимают умеренную позицию: фидуциарный залог не противоречит закону.30

Сущность фидуции заключается в переходе права собственности к кредитору на предмет обеспечения после заключения сделки. Даже в римском праве соглашение имело моральное значение и заключалось на основе доверительных отношений.30 Так как предмет обеспечения становится собственностью кредитора, то он свободно может отчуждать. «Фидуциарность» воплощается в неком доверительном моменте: кредитор не станет отчуждать предмет обеспечения до момента, пока обязательство не будет исполнено. Безусловно, такое проявление фидуции «ставит должника в неравное положение с кредитором».[[32]](#footnote-32) Покровский И.А. довольно точно объяснил причины отказа законодателя от такой формы залога: «кредитор получает не закладное право на вещь, а настоящее право собственности, которым он немедленно может распорядиться по своему произволу; в случае позднейшей готовности должника уплатить долг кредитор подлежит только личной обязательственной ответственности перед должником».[[33]](#footnote-33)

ГК РФ закрепляет открытый перечень способов обеспечения исполнения обязательств. Именно это факт является отправным моментом для реализации в жизнь фидуциарного залога. Однако изначально Пленумы ВС РФ и ВАС РФ в абз.2 п.46 Постановления от 1.06.1996 г. №6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского Кодекса Российской Федерации» указали, что «действующее законодательство не предусматривает возможности передачи имущества, являющегося предметом залога, в собственность залогодержателя. Всякие соглашения, предусматривающие такую передачу, являются ничтожными, за исключением тех, которые могут быть квалифицированы как отступное или новация обеспеченного залогом обязательства».[[34]](#footnote-34)

Бирюкова Л.А. указывает, что «анализ даже тех фидуциарных сделок, которые заключаются в настоящее время, на предмет соответствия их общим принципам гражданского права и конкретным нормам действующего гражданского законодательства о недействительности сделок позволяет слать вывод, что такие сомнения в целом беспочвенны».[[35]](#footnote-35)

Нехарактерная для оборота конструкция требует времени для адаптации в рамках сложившегося российского правопорядка. При этом необходимо избавить фидуцию от недостатков, что заставили от нее отказаться, то есть необходимо обеспечить баланс между интересами должника и кредитора.

Вернемся к тезису, выдвинутому высшими судами. Предполагаем, что данная сентенция относится исключительно к залогу, закрепленному в ГК РФ. Но к фидуциарному она не имеет никакого отношения. Ее необходимо толковать буквально. Подтверждение этой мысли можно обнаружить у Белова В.А.[[36]](#footnote-36), Хаметова Р., Мироновой О.[[37]](#footnote-37), Мельничука Г.В.[[38]](#footnote-38), по мнению которых, то, что некоторые называют фидуциарным залогом, на самом деле с институтом залога не имеет ничего общего. Гонгало Б.М. опасается, что если воспринимать фидуциарный залог в качестве разновидности залога, ввиду отсутствия в ГК РФ норм о нем, есть возможность того, что суды пойдут по пути признания таких сделок притворными.[[39]](#footnote-39) Трудно поспорить с его авторитетным мнением, но, вряд ли можно указанный аргумент рассматривать как недостаток фидуции. Суды не должны по характеру своей власти считать всякий нестандартный способ обеспечения завуалированной, незаконной сделкой. В противном случае такие решения позволительно квалифицировать как нарушение волеизъявления сторон. Важно и необходимо исходить из верховных начал гражданских правоотношений – это свобода договора.[[40]](#footnote-40) Ст.421 ГК РФ позволяет заключать не только существующие в ГК РФ договоры, но и все варианты непоименованных, если они не противоречат законодательству.[[41]](#footnote-41)

Фидуциарный залог не есть залог. Последний по своей природе не предусматривает переход права собственности на вещь, которая составляет предмет обеспечения. Обеспечение интересов кредитора происходит за счет стоимости предмета обеспечения (залог), в фидуции же – за счет непосредственно предмета.[[42]](#footnote-42)

Судам необходимо отказаться от порочной практики рассмотрения фидуции в качестве запрещенной формы залога, закрепленного в ГК РФ. Здесь уместно вспомнить слова Мейера Д. И.: «…коренное правило для юриста – всячески поддерживать сделку, ибо нельзя предполагать, что участники ее действовали напрасно».[[43]](#footnote-43)Действительно, залог не предусматривает переход права собственности на предмет обеспечения, но это не означает, что гражданское законодательство вообще запрещает передавать право собственности на вещи с целью обеспечения обязательств. В отличие от притворной сделки, фидуциарная направлена на передачу прав собственности другому лицу. В рамках иного способа это допустимо, тем более, если воля сторон направлена на заключение фидуциарного залога, нежели на заключение залога, поименованного в Кодексе.

Важной проблемой остается обеспечение интересов должника. «В законе не имеется запрета на ограничение себя собственником не отчуждать вещь до определенного срока».43 Таким образом, залогодержатель может ограничить свое право распоряжения, а залогодатель потребовать этого в рамках обеспечительной сделки. Однако законодательство предусматривает, что отказ от права не влечет прекращения этого права. Скловский К. И. отметил, что «любые оговорки в договоре о запрете иным образом распорядиться отчуждаемой вещью не имеют абсолютной силы и не влекут недействительность действий собственника».[[44]](#footnote-44) Еще одной спорной сентенцией по данной проблеме является высказывание Бирюковой Л.А.: «…гражданский оборот не возможен без надлежащего исполнения обязательств. Поэтому-то и необходимо допустить те меры защиты, которые, возникая в процессе их естественного отбора, реально обеспечивали бы нормальные условия оборота и предоставили бы кредитору привилегированное положение».[[45]](#footnote-45) Невозможно согласиться с данным тезисом: весь гражданский оборот покоится на равноправии сторон. Нормы ГК РФ и иных нормативных актов обязаны защищать интересы все и в равной мере.

Однако возможен другой механизм, который позволит внедрить фидуциарный залог. При заключении обеспечительной сделки право собственности на предмет фидуции кредитору не переходит, однако происходит ограничение права должника распорядиться предметом залога до момента исполнения обязательства. В случае неисполнения право собственности переходит кредитору. Таким образом, сущность данного способа будет заключаться в ограниченных вещных правах, как кредитора, так и должника. Возможно достижение согласования интересов обеих сторон договора. Без ущемления чьих-либо интересов и прав. Безусловно, данная конструкция не будет фидуциарным залогом в его классическом понимании, однако на начальных этапах внедрения доверительность должна быть ограниченной.

Еще одна проблема, связанная с проблемой использования фидуциарного залога видится в случае, когда должник исполнил обязательство лишь частично. Важно учитывать права и законные интересы, как кредитора, так и должника. Признавать право собственности за кредитором необходимо только в том случае, если размер неисполненной части обязательства тяготеет к неисполнению. Данный вопрос, на наш взгляд, необходимо решать указанием в положениях обеспечительной сделки. А относительно предмета обеспечения применять нормы о залоге: оплата оставшейся части долга должна осуществляться из стоимости предмета обеспечения.

Безусловно, повсеместное внедрение фидуции может вызвать большие трудности. В связи с этим, Скворцов В.В. говорит о законодательстве Германии, где фидуциарный залог разрешен исключительно для коммерческих организаций.[[46]](#footnote-46) Так как система российского гражданского права выстроена на германской цивилистической доктрине, то рецепция залоговых конструкций представляется вполне реальной. Кроме того, необходимо узаконить обе формы залога.

В рамках рассматриваемого аспекта можно сделать следующие выводы:

1. Фидуциарный залог предусматривает передачу прав собственности на предмет обеспечения, чем отличается от обычного залога;
2. Проблемой фидуциарного залога заключается в обеспечении баланса интересов кредитора и должника;
3. Суды не признают возможность перехода права собственности на предмет залога залогодержателю. Данная сентенция обоснована исключительно для залога. В связи с тем, что форма обычного залога и фидуциарного различна, то к последнему она не применима;
4. Свобода договора предполагает возможность существования фидуциарной формы залог;
5. Фидуциарный залог должен стать самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательств;
6. Фидуциарный залог способен нормально функционировать только в качестве поименованного способа обеспечения обязательств.

На основе выше указанных выводов целесообразно вынести следующие предложения:

* 1. Предлагается закрепить в ГК РФ положения, посвященные фидуциарному залогу;
	2. В качестве понятия фидуциарного залога предлагаем ввести следующее: «Фидуциарным залогом признается такая форма залога, при которой право собственности на предмет залога переходит к залогодержателю с момента передачи ему предмета залога. При этом залогодержатель не имеет правомочия распоряжаться им до момента неисполнения обязательства»;
	3. На случай частичного исполнения обязательства необходимо следующее нормативное регулирование: «В случае частичного исполнения обязательства должником признавать право собственности кредитора на предмет залога, если размер неисполнения тяготеет к неисполнению». Возможно указание на необходимость судебного решения по данному вопросу. А также указать: «При признании обязательства исполненным частично применять нормы о залоге. Оплата оставшейся части долга осуществляется из стоимости предмета обеспечения»;
	4. Необходимо узаконить обе формы залога.

**2.2 Сделки РЕПО**

«Актуальность рассмотрения этой сделки обусловлена тем, что несмотря на столь широкое мировое распространение … ее правовая природа абсолютно не изучена. Практически отсутствуют научные исследования на указанную тему, а правоприменительная практика неоднозначно относится к» ней.[[47]](#footnote-47)

«Сущность» сделок РЕПО «заключается в том, что собственник ценных бумаг отчуждает их другому с тем, что последний к определенному будущему времени обратно продал однородные ценные бумаги по заранее установленной цене».[[48]](#footnote-48) Операция РЕПО представляет собой пару связанных сделок купли-продажи – прямой и обратной. Сценарий осуществления операций РЕПО разделяется на четыре этапа: предварительный, день заключения прямой сделки, этап ожидания и заключение обратной сделки. «РЕПО (от англ. Repurchase agreement) – сделка по покупке или продаж эмиссионных ценных бумаг (первая часть РЕПО) с обязательством последующей обратной продажи или покупки бумаг того же выпуска в том же количестве (вторая часть РЕПО) через определенный срок по заранее определенной цене».[[49]](#footnote-49) Данное определение соответствует терминологии ФКЦБ России.[[50]](#footnote-50) Под операцией РЕПО понимаются две заключаемы одновременно взаимосвязанные сделки по реализации и последующему приобретению эмиссионных ценных бумаг того же выпуска в том же количестве, осуществляемые по ценам, установленным соответствующим договором. Так как это две взаимосвязанные сделки купли-продажи, то регулирование осуществляется посредством гл.30 ГК РФ. Особенностью РЕПО является то, что целью сделки является не непосредственно купля-продажа, а особая форма займа. Первая часть РЕПО – это займ ценных бумаг, а деньги, полученные по первой части сделки, являются способом обеспечения обязательств.[[51]](#footnote-51) Сделка РЕПО способна удовлетворить интересы сторон в полном объеме, даже, если не будет возможности произвести вторую часть: при нехватке денежных средств для совершения обратного РЕПО, сделку можно закрыть, продав актив по рыночной стоимости. Заключая сделку, стороны преследуют цели, отличные от обычного договора купли-продажи. «Одна сторона получает во временное пользование денежные средства (заемщик), вторая получает доход на денежные средства (кредитор). Сами ценные бумаги выполняют вспомогательную роль. Во-первых, они позволяют юридически закрепить основания перехода денежных средств от одного лица к другому и обратно – через сдвоенный договор купли-продажи, во-вторых, нахождение ценных бумаг у кредитора страхует его риск невозврата денежных средств».[[52]](#footnote-52) При внимательном рассмотрении сделок РЕПО обнаруживается их фидуциарная природа: по договору прямой продажи покупателю переходит право собственности на денежные средства, а продавцу на ценные бумаги. Однако, согласно второму договору, право собственности на предмет обеспечения ограничивается обязательством обратной продажи.

На сегодняшний день сделки РЕПО попадают под регулирование ст. 282 НК РФ. Участники сделки заранее обговаривают обязательства по продаже бумаг и их обратному выкупу. «Сделка может быть оформлена одним договором или же двумя отдельными (взаимосвязанными) простой письменной формы, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, факсимильной, телетайпной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документы исходят от стороны сделки. «Существенными характеристиками РЕПО являются: срок кредита, процентная ставка, сумма кредита, периодичность процентных платежей по кредиту, РЕПО может заключаться в условиях «овернайт», на определенный срок или с открытой датой».[[53]](#footnote-53) Сторонами сделки должны быть одни и те же лица. Пункт 3.4 Положения «Об обслуживании и обращении выпусков государственных краткосрочных бескупонных облигаций» утвержденного Приказом ЦБ РФ, предусматривает, что «заключение сделки РЕПО осуществляется на основании единой заявки путем регистрации двух частей сделки РЕПО:

- первой части РЕПО, по которой исполнение производится в день заключения сделки РЕПО;

- второй части РЕПО, по которой исполнение производится в установленный срок, отличный от дня заключения сделки РЕПО».[[54]](#footnote-54)

Как сложный финансовый инструмент, рассматриваемая сделка несет в себе массу рисков: «позиционные, ценовые, кредитные, валютные, операционные, правовые, налоговые и т.п.»[[55]](#footnote-55) Однако одним из самых важных является риск неисполнения обязательства по второй части сделки.

В ст.282 п.1 НК РФ содержится налоговый механизм гарантий исполнения: при неисполнении второй части РЕПО и отсутствии в договоре процедуры урегулирования взаимных требований сделка по реализации ценных бумаг подлежит налогообложению по правилам ст.280 НК РФ.[[56]](#footnote-56) В целом, сама сделка РЕПО обладает налоговыми преимуществами (ст.282 НК РФ), однако надо обратить внимание на то, что использовать их запрещается, если сделка не предусматривает деловой цели.[[57]](#footnote-57) Для расчета по правилам ст. 282 НК РФ предметом сделки должны быть эмиссионные ценные бумаги, то есть выпущенные с соблюдением требований Федерального Закона от 22 апреля 1996 г. №39-ФЗ «О рынке ценных бумаг».[[58]](#footnote-58) К тому же, при первой и второй частях сделки должны покупаться (продаваться) ценные бумаги одного выпуска в том же количестве.Согласно ст. 282 НК РФ, срок между первой и второй частями РЕПО не должен превышать одного года. Пролонгировать сделку до конца отчетного периода нельзя.[[59]](#footnote-59)

«Перспективы сделок РЕПО выглядят в настоящее время далеко не неоднозначно по причине незавершенности процесса формирования нормативной базы и отсутствия четкой позиции судебных органов».[[60]](#footnote-60)

Как мы уже выяснили, сделки РЕПО являются вполне законными и применяемыми в обороте. Однако становится непонятным опять позиция суда. В Постановлении Президиума ВАС РФ от 06.10.1998г. №6202/97 указано, что заключая договор купли-продажи акций (РЕПО) в обеспечение кредитного договора, стороны имели в виду залог, а не передачу акций в собственность друг друга на основании договора купли-продажи, таким образом, договор купли-продажи акций является ничтожным вследствие притворности в соответствии со ст. 170 ГК РФ.[[61]](#footnote-61) В данной ситуации стороны пришли к соглашению обеспечить кредитный договор при помощи сделки РЕПО, которая является законной. Можно придти к выводу, что суд пренебрег волеизъявлением сторон. «Государство боится допустить в широкий гражданский оборот правовые институты, не имеющие достаточного нормативного регулирования, обслуживающих инструментов, судебной практики».[[62]](#footnote-62)

В цивилистике существуют два вопроса касательно данных правовых конструкции: их допустимость в российском гражданском обороте, вопрос квалификации сделок РЕПО. РЕПО представляют собой два договора купли-продажи ценных бумаг. «Данный обеспечительный механизм заключается в том, что в целях обеспечения должник передает право собственности кредитору. При надлежащем исполнении обязательства право собственности возвращается, а при неисполнении (ненадлежащем исполнении) остается у кредитора, который как собственник может получить удовлетворение из вещи. Адаптация в российской системе … представляется …целесообразной».[[63]](#footnote-63)

Оборот должен быть ориентирован на то, чтобы использовать сделки РЕПО в качестве способов обеспечения так, дабы был обеспечен баланс интересов должника и кредитора.

В рамках рассматриваемого аспекта можно сделать следующие выводы:

1. Сделки РЕПО активно применяются в действующем гражданском обороте. Однако их правовая природа практически не изучена;
2. Сделки РЕПО попадают под регулирование публичным правом и частным правом;
3. Сделка РЕПО представляет собой не столько сделку купли-продажи, сколько совокупность договора займа и способа обеспечения обязательства;
4. Сделка РЕПО имеет свойство обеспечивать саму себя;
5. Обнаруживается сходство природы сделок РЕПО и фидуциарного залога.
6. Сделки РЕПО обеспечены налоговым преимуществом;
7. Стороны перед их заключением должны преследовать деловую цель;
8. Сегодня правоприменение идет по пути признания сделок РЕПО притворными.

На основе выше указанных выводов целесообразно вынести следующие предложения:

1. Требуется признание сделок РЕПО в качестве способа обеспечения исполнения обязательств. Для этого необходимо внести нормы в Налоговый Кодекс РФ, согласно которым они будут признаны в качестве таковых;
2. Требуется соотношение гражданского законодательства и налогового: фидуциарного залога и сделок РЕПО соответственно;
3. Кажется более верным урегулировать данные сделки отдельным параграфом ГК РФ в гл.23, так как прежде всего РЕПО представляет собой довольно сильный механизм обеспечения.

**2.3 Товарная неустойка**

«Товарная неустойка представляет собой дополнительное обязательство, в силу которого должник обязуется передать в собственность кредитора по обеспеченному данной неустойкой обязательству имущество».[[64]](#footnote-64)

Товарная неустойка в самом своем названии содержит принципиальные различия от классической неустойки. Традиционная неустойка взимается в деньгах, а товарная – в денежном эквиваленте. «Возможность выражения неустойки в иных, нежели денежной, формах достаточно давно привлекает внимание как исследователей, так и практикующих юристов».[[65]](#footnote-65) Товарную неустойку можно считать способом обеспечения исполнения обязательств, непоименованным в ГК РФ, в силу которого должник обязуется передать кредитору определенное количество товара или иного материального блага в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. В действующем ГК РФ неустойка раскрыта через понятие «денежной суммы». Товарная же неустойка пребывает сейчас в неустойчивом состоянии: участники правореализации не отказались от нее, однако законодатель по неведомым причинам не стал вводить ее в систему способов обеспечения. «Подходы к пониманию конструкции «товарной неустойки, которые установились в нашей судебной практике ориентированы, скорей, на буквальное толкование и понимание текста закона, не могут не обратить на себя внимание. Отечественные суды со странной целеустремленностью продолжают придерживаться принципа «чего нет в ГК – того не может быть.[[66]](#footnote-66) Товарную неустойку постигла непонятная судьба: она оказалась выброшена из гражданских кодификаций 1964 и 1994 годов, заслужила отрицание судами, «которые рассматривают соглашения о товарной неустойке как ничтожные сделки» Суды даже не рассматривают возможность того, что товарная неустойка может быть самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательств. Однако участники гражданского оборота, цивилисты не стремятся так категорично и необоснованно отказываться от идеи товарной неустойки. «Весьма любопытный гражданско-правовой механизм оказался под угрозой забвения».[[67]](#footnote-67)

Первая проблема применения данной конструкции заключается в ассоциации «неустойки» с «денежной суммой». Савиньи Ф.К. замечал, что в качестве неустойки «обыкновенно выговаривается известная сумма денег, но и другие вещи могут быть предметом неустойки».[[68]](#footnote-68) Хохлов В.А. отказывается от возможности использования неустойки в неденежном выражении: ст.330 ГК РФ императивно определила природу неустойки.[[69]](#footnote-69) Этого же мнения придерживается Гонгало Б.М.[[70]](#footnote-70)

Товарная неустойка – понятие условное. И использование ее не подменяет природы традиционной неустойки. Дело заключается в терминологическом аналоге.

Гонгало считает, что товарную неустойку следует относить к соглашению об отступном, если стороны договорились о том, что передача вещи прекращает обязательство.71 С мнением столь авторитетного исследователя трудно не согласиться, но можно и поспорить. Условие о товарной неустойке не всегда стремится к отступному. Если неисправный должник обязался поставить дополнительные товары наряду с не предоставленными, то данное соглашение можно охарактеризовать, скорей, как меру ответственности, что как раз и есть неустойка, имеющая неденежное выражение. Отступное же не является мерой ответственности, оно не возлагает на должника дополнительной обязанности.[[71]](#footnote-71)

Принципиальных теоретических препятствий для использования товарной неустойки нет. Товарная неустойка соответствует признакам способов обеспечения исполнения обязательств и не запрещена законодательством. Устанавливается по соглашению сторон. Предусматривает имущественные последствия, наделяет кредитора правом получить от должника товары за нарушение им своего обязательства.

Однако товарная неустойка не получила какого-либо практического распространения. Субъекты гражданских правоотношений не рискуют использовать механизмы, не предусмотренные законом и не выработанные практикой. Судьба товарной неустойки на данном этапе зависит от практики ее применения и развития теоретических положений о ней. Но и практика, и наука в этом вопросе стоят на месте. Вопрос этого института поднимается исключительно в ходе дискуссий о традиционной неустойки.

Анненков К.И. выступил за применение натуральной неустойки[[72]](#footnote-72), В пользу мнения Анненкова выступает ГК РФ, позволивший в ст.329 использовать «иные» способы, которые будут обеспечивать исполнение.[[73]](#footnote-73) Она влечет ответственность в виде имущественных последствий непосредственно после нарушения обязательства или его ненадлежащего исполнения. До момента исполнения она выполняет исключительно стимулирующую функцию. Носит акцессорный характер. Единственное существенное различие – это материальное выражение: классическая неустойка – это деньги, натуральна – некий товар.

Практически ни один автор не уделяет должного внимания сущности товарной неустойки. «В современной литературе господствует единодушное мнение о том, что по действующему праву товарная неустойка не является неустойкой в смысле ст.330 ГК, так как из текста статьи следует, что неустойкой признается денежная сумма».46 С подобной квалификацией следует согласиться.

Соглашение о товарной неустойке между субъектами коммерческой деятельности должно быть зафиксировано письменно. Предпочтительно заключение договоров, обеспеченных товарной неустойкой, в нотариальной форме, что позволит истребовать предмет обязательства у должника, не прибегая к судебной процедуре.[[74]](#footnote-74)

Главный вопрос, который беспокоит цивилистов – это возможность завышенной неустойки. Деньги по своей природе (делимые вещи) исключают такую возможность. Однако кажется вполне реальным использовать в аналогичном качестве иных делимых вещей, характерных для товарных рынков, имеющих универсальный характер обмена сегодня: нефть, газ, зерно, драгоценные металлы и т.п. [[75]](#footnote-75) Они имеют постоянную биржевую цену, что как раз и гарантируют безопасность интересов должника. Бевзенко Р.С. поднял важнейший вопрос о видах имущества, которое может быть предметом неустойки.[[76]](#footnote-76) Коновалов А.И. утверждает, что «предметом обязательства товарной неустойки могут быть индивидуально-определенные вещи, имущественные права другие материальные блага, которые могут быть определены как товар и должны иметь согласованную сторонами денежную оценку».75 Слово «товар» предполагает использование вещей, определенных родовыми признаками. Однако данный термин выражает не юридические характеристики вещи, а ее хозяйственное назначение.Здесь полезны рассуждения Шершеневича Г.Ф. о том, что товаром могут быть признаны не только движимые, но и при определенных условиях недвижимые вещи.[[77]](#footnote-77) Если же это некий единичный способ ответственности в виде штрафа, то проблем вообще не возникает: можно использовать неделимую вещь, работы, услуги. Комиссарова Е.Г. и Торкин Д.А. говорят о том, что использование работ и услуг только размывает традиционное представление о товарной неустойке.76 Однако, на наш взгляд, это лишь расширяет спектр способов обеспечения, а возникающая «размытость» - типичная реакция оборота на новую правовую конструкцию. Соглашением о товарной неустойке может предусматриваться, что в случае нарушения обязательства должник должен совершить в пользу кредитора некоторые дополнительные безвозмездные действия. «Например, подобная форма неустоечных соглашений весьма распространена в сфере оказания рекламных услуг: если рекламное агенство исполняет свои обязательства ненадлежащим образом, оно обязано произвести в качестве бонуса дополнительное оказание услуг».50

Еще одна проблема, возникающая в сфере товарной неустойки - соотношение убытков, понесенных кредитором, и ценностью имущества, причитающегося по соглашению. По аналогии с денежной неустойкой это соотношение может быть следующим: кумулятивное, альтернативное, привативное, зачетное. Последний вариант наименее приемлем на практике. Именно при зачетном соотношении высок риск завышения или занижения стоимости имущества.[[78]](#footnote-78)

В рамках рассматриваемого аспекта можно сделать следующие выводы:

1. Товарная неустойка имеет принципиальные отличия от денежной. Предметом натуральной неустойки является вещь;
2. Суды не признают право товарной неустойки на существование. Практического распространения в России она также не получила;
3. Вопреки мнению судов и ряда цивилистов, нет обоснованных причин запрещать ее использование участникам гражданского оборота;
4. Товарная неустойка может быть применима в качестве способа обеспечения исполнения обязательств, так как ст.329 ГК РФ позволяет применять «иные» способы обеспечения, нежели указанные в ГК РФ;
5. Предметом товарной неустойки могут быть движимые и недвижимые вещи, делимые и неделимые вещи, работы и услуги;
6. В целях развития хозяйственного оборота требуется внедрение в практику товарной неустойки в качестве нового способа обеспечения;

На основе выше указанных выводов целесообразно вынести следующие предложения:

1. Наряду с нормами о денежной неустойке закрепить нормы, посвященные натурально;
2. В статье, отражающей понятие товарной неустойки указать: «Товарной неустойкой признается предусмотренный договором товар, который должник обязан передать кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности просрочки исполнения»;
3. Закрепить законодательно обязательное условие к форме соглашения о товарной неустойке: «Если договор купли-продажи предмета неустойки подлежит государственной регистрации, то стороны обязаны произвести государственную регистрацию соглашения о товарной неустойке»;
4. В случае, если должник на момент передачи вещи не будет ей обладать, то следует установить ссылку на применение ст.398 ГК РФ;
5. Закрепить: «Иные положения соглашения о товарной неустойке предусматриваются в соглашении о товарной неустойке».

**2.4 Государственная и муниципальная гарантия**

Некоторые специалисты считают государственную и муниципальную гарантию наиболее важным средством обеспечения обязательств.[[79]](#footnote-79) Государственной или муниципальной гарантией признается способ обеспечения гражданско-правовых обязательств, в силу которого, соответственно Российская Федерация, субъект Российской Федерации или муниципальное образование – гарант дает письменное обязательство отвечать за исполнение лицом, которому дается государственная или муниципальная гарантия, обязательства перед третьими лицами полностью или частично.[[80]](#footnote-80) «Определяя в п.1 ст.115 категорию «государственная гарантия», БК РФ делает своего рода скрытую отсылку к нормам гражданского законодательства, указывая на то, что гарантия в смысле БК РФ есть способ обеспечения гражданско-правовых обязательств».[[81]](#footnote-81) РФ, субъект РФ, муниципальное образование являются гарантом. Он дает письменное обязательство отвечать за исполнение лицом, которому выдана государственная или муниципальная гарантия, перед третьими лицами полностью или частично. Данный способ предусмотрен в ст.115-117 БК РФ.[[82]](#footnote-82) Здесь возникает интереснейший парадокс: норма бюджетного законодательства (публичное право) содержит гражданско-правовую конструкцию (частное право).

Данная гарантия носит смешенный характер. Использование публично-правовых элементов гражданском законодательстве является объективной необходимостью защиты слабой стороны или публичных интересов. Проникновение частноправовых конструкций в публично-правовые акты обусловлено лишь политической волей законодателя.[[83]](#footnote-83)

Согласно ст.115 БК РФ, выдавать гарантию управомочены РФ и субъекты РФ, муниципальные образования. От имени государства гарантия выдается уполномоченными органами исполнительной власти (на федеральном уровне – это Правительство РФ в лице Министерства Финансов РФ, либо иным уполномоченным правительственным органом (п.4 ст.116 БК РФ)).83 Шохин С.О. утверждает, что именно специфический субъектный состав отличает государственную и муниципальную гарантию от иных способов. [[84]](#footnote-84)

Изучение ст.115 БК РФ позволяет сделать вывод, что она содержательно приближается к нормам Гл.23 ГК РФ: содержит нормы о форме сделки и последствиях ее несоблюдения, указываются существенные условия, характер и пределы ответственности. Если обратить внимание на ст. 1 БК РФ и ст.2 ГК РФ, то предметная принадлежность ст.115 БК РФ более близка к гражданскому законодательству.

Таким образом, проблема принадлежности данной гарантии к публичному или частному праву решается следующим образом: государственная и муниципальная гарантия – это гражданско-правовой инструмент, который приспособлен для использования в бюджетном праве.

Публично-правовой аспект данного способа обеспечения проявляется в нормативном регулировании допустимого размера гарантии, порядка ее выдачи (абз.5 ст15).[[85]](#footnote-85) После выдачи гарантии возникшие отношения носят исключительно гражданско-правовой характер: равенство, независимость сторон. «В этом аспекте государственная гарантия очень похожа на договор социального найма, который заключается на основании властного распоряжения наймодателя, но при этом сохраняются частноправовые элементы».[[86]](#footnote-86)

Публично-правовое месторасположение государственной гарантии влечет возникновение проблемы определении пределов воздействия на нее норм гражданского законодательства. На наш взгляд, содержание обязательства по государственной гарантии, порядок его исполнения, прекращения, ответственности – это сфера гражданско-правового регулирования. А вот основания и механизм предоставления – это публичная сфера.

Государственная гарантия преподнесена в бюджетном законодательстве как одна из форм государственного долга, соответственно, государственная гарантия – это не только способ обеспечения, но и форма государственного долга. В связи с этим многие судебные инстанции считают, что свое начало она находит в конструкции поручительства.87 Главное отличие государственной гарантии от поручительства состоит в том, что публично-правовое образование отвечает перед кредитором в пределах суммы, указанной в гарантии (п.5 ст.115 БК РФ), в чем проявляется ее сходство с банковской гарантией, а при поручительстве поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, что и должник (п.1 ст.363 ГК РФ). А объединяет эти способы то, что поручительство, банковская гарантия и государственная гарантия – «это формы личного кредита».[[87]](#footnote-87)Таким образом, государственная и муниципальная гарантия выступает неким симбиозом поручительства и банковской гарантии.

Следующая проблема, требующая освещения – это существенные условия. В момент, когда должник нарушает основное обязательство, автоматически истекает срок обеспечительного. Предоставление гарантии исключительно на срок исполнения основного обязательства лишает ее смысла как способа обеспечения исполнения. Представляется, что срок гарантии должен выходить за пределы срока исполнения основного обязательства. Долгое время оставался открытым вопрос о том, влечет ли истечение срока государственной гарантии ее прекращение. Решение дал Пленум ВАС РФ в Постановлении от 22.06.2006 г. № 23, где в п. 4 указал на применимость к отношениям из государственной гарантии норм о договоре поручительства (аналогия закона). По истечению срока государственной гарантии обеспечительное обязательство прекращается.[[88]](#footnote-88) Спорные вопросы о сроке решаемы следующем образом: необходима императивная норма, содержащая положения о том, что условия о сроке являются существенными.

Еще один вопрос – это возмездность государственной гарантии. В нормах бюджетного законодательства нет положений, характеризующих государственную гарантию в этом плане. В рамках этой проблемы целесообразно сослаться на ГК РФ, где четко прописана презумпция возмездности договоров (п.3 ст.423 ГК РФ). Хотя, вероятно, что безвозмездность гарантии отдана в руки сторон договора и носит диспозитивный характер. Кажется более целесообразным прописать в нормах законаа, что безвозмездность гарантии должна быть ясно отражена в соглашении о предоставлении гарантии, в противном случае следует считать договор возмездным. При отсутствии соглашения сторон о размере вознаграждения гаранта оно будет определяться по правилам ст.424 ГК РФ.

«Государство должно обеспечивать абсолютную прозрачность не только в процедуре и в обосновании выдачи государственных гарантий, но и в процессе реализации механизма предоставленных гарантий».[[89]](#footnote-89)

В рамках рассматриваемого аспекта можно сделать следующие выводы:

1. Государственная и муниципальная гарантия является законодательно закрепленным способом обеспечения исполнения обязательств;
2. Данный вид гарантии носит смешенный характер: регулируется нормами бюджетного права и гражданского права. Имеет частно-публичную природу;
3. Публичный характер обусловлен особым субъектным составом и порядком предоставления. А частный – гражданско-правовой природой обеспечиваемых отношений. К тому же государственная и муниципальная гарантия – это одновременно способ обеспечения гражданско-правового обязательства и форма государственного долга;
4. Гражданско-правовая природа особенна тем, что гарантия сочетает в себе признаки поручительства и банковской гарантии;
5. Сфера влияния гражданского законодательства распространяется на содержание, порядок исполнения, изменения, прекращения государственной гарантии;
6. Неясны на данный момент вопросы срока и возмездности государственной и муниципальной гарантии.

На основе выше указанных выводов целесообразно вынести следующие предложения:

1. Закрепить в ГК РФ положение о том, что обязательство может быть обеспечено государственной муниципальной гарантией;
2. Закрепить в ГК РФ норму: «Государственная, муниципальная гарантия есть способ обеспечения гражданско-правовых обязательств, в силу которого, Российская Федерация, субъект Российской Федерации или муниципальное образование – гарант дает письменное обязательство отвечать за исполнение лицом, которому дается государственная или муниципальная гарантия, обязательства перед третьими лицами полностью или частично»;
3. Закрепить в ГК РФ положения о сроке и возмездности государственной и муниципальной гарантии, так как эти положения относятся к гражданско-правовой сфере регулирования. Указать: «Срок действия государственной и муниципальной гарантии определяется в соглашении о предоставлении государственной и муниципальной гарантии». Таким образом, определить, что условие срока является существенным. А также законодательно определить: «Гарантия является возмездной сделкой, если иное не предусмотрено в соглашении о ее предоставлении».

**3. Практика применения судами непоименованных в Гражданском. Кодексе РФ способов обеспечения исполнения обязательств**

**3.1 Фидуциарный залог**

Постановление Президиума ВАС РФ № 3328/97 от 09.12.1997.[[90]](#footnote-90) В исковом заявлении истец требовал признания права собственности на предмет залога и освобождение его от ареста. По данному делу наиболее интересными представляются следующие выводы ВАС РФ: «Действующее законодательство не предусматривает возможности передачи имущества, являющегося предметом залога, в собственность залогодержателя. «Всякие соглашения, предусматривающие такую возможность, являются ничтожными». Соглашение о залоге признано ничтожным, в силу его несоответствия закону, а, как следствие, не влекущим никаких юридических последствий.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ №6, Пленума ВАС РФ №8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»[[91]](#footnote-91) абз.2 п.46: «Действующее законодательство не предусматривает возможность передачи имущества, являющегося предметом залога, в собственность залогодержателя. Всякие соглашения, предусматривающие такую передачу, являются ничтожными, за исключением тех, которые могут быть квалифицированы как отступное или новация обеспеченного залогом обязательства (статьи 409, 414)».

ВАС РФ в вышеуказанных актах ссылается на положения ГК РФ, посвященные залогу. Действительно, согласно положениям закона, предмет залога не может быть передан в собственность залогодержателя. Однако, на наш взгляд, данное правило может быть применимо только к соглашениям о классическом залоге. Из материалов дела, по которым Президиум ВАС РФ принял выше указанное решение видно, что волей сторон охватывалось соглашение о фидуциарном залоге. Таким образом, суд вынес неверное решение. Фидуциарный залог имеет право на существование в силу диспозитивного дозволения закона на применение иных способов обеспечения исполнения обязательств. И природа фидуциарного залога как раз предусматривает переход права собственности на предмет залога, по соглашению сторон, к залогодержателю.

Постановление Президиума ВАС РФ № 7144/01 от 06.03.2002.[[92]](#footnote-92) На основании генерального соглашения между кредитными организациями было заключено шесть кредитных договоров. В обеспечение своих обязательств заемщик передал кредитору облигации, что является соглашением о залоге. В связи с неисполнением должником обязательств по кредитным договорам кредитор уступил права требования иностранному юридическому лицу. По условиям договора цессии кредитор передал цессионарию права требования только по основным обязательствам. Кредитор в силу цессии выбыл из основного обязательства. Согласно пп.1 п.1 ст. 352 ГК РФ, залог прекращается с прекращением основного обязательства. Таким образом, прежний кредитор не имел права удерживать у себя предмет обеспечения. Истец правомерно требовал возврата ему предмета залога.

В данном случае волей сторон охватывалось соглашение о классическом залоге. Таким образом, ВАС РФ принял правильное решение, соответствующее нормам ГК РФ. Однако по данному делу обнаруживается проблема перехода права требования по обеспечительной сделке в случае, если ей будет фидуциарный залог. Кажется наиболее справедливой конструкция применения в этой части общих положений ГК РФ.

На основе рассмотренных дел судебной практики можно сделать следующие выводы:

1. Высшие судебные инстанции сегодня не допускают возможность существования фидуциарного залога в силу того, что право собственности на предмет залога не может переходить залогодержателю;
2. Данное толкование природы классического залога и фидуциарного считаем неверным. Такое толкование следует применять только в случае соглашения о залоге, предусмотренном ГК РФ. Однако фидуциарный залог по своей правовой природе предусматривает переход права собственности на предмет залога. Толкование материалов дела в таком случае необходимо начинать с изучения направленности воли сторон;
3. Отказ правоприменителя от конструкции фидуциарного залога неправомерен, так как ст.329 позволяет сторонам не ограничиваться обеспечительными средствами, указанными в законе;
4. В случае передачи права требования на сделки, обеспеченные залогом, вопрос о цессии в отношении залога решается на основе общих правил ГК РФ.

На основе выводов целесообразно вынести некоторые предложения:

1. Включить фидуциарный залог в ГК РФ, дабы разграничить его с классическим залогом и обеспечить нормальное функционирование этой конструкции;
2. ВАС РФ необходимо дать новое толкование, согласно которому переход права собственности на предмет залога не переходит залогодержателю в случае классического залога. Если же будет доказано, что воля сторон была направлена на заключение сделки о фидуциарном залоге, то переход права собственности имеет место быть;
3. При переходе права требования следует применять общие положения ГК РФ.

**3.2 Сделки РЕПО**

Постановление Президиума ВАС РФ от 14.10.2008 №12886/07.[[93]](#footnote-93) Рассмотрено заявление ОАО о пересмотре в порядке надзора постановление суда апелляционной инстанции Арбитражного суда Новосибирской области и постановления ВАС ЗСО по тому же делу. ОАО «ВИНАП» обратилось в Арбитражный суд Новосибирской области с заявлением о признании его банкротом. Определением суда в третью очередь реестра требований кредиторов включено требование другого ОАО «КИТ Финанс Инвестиционный банк». Постановлением суда апелляционной инстанции определение отменено. ФАС ЗСО оставил постановление без изменения. Основанием возникновения требования банка к должнику является соглашение о совершении сделки купли-продажи ценных бумаг с обратным выкупом. Предметом соглашения являлись облигации ООО «ВИНАП-Инвест». По условиям соглашения, в соответствии с первой частью РЕПО банк должен был перевести на инвестиционный счет ОАО «ВИНАП» определенную сумму денег, а «КИТ Финанс» перечислить ценные бумаги в пользу ОАО «ВИНАП». Вторая часть РЕПО предусматривала обязанность банка перевести ценные бумаги на счет общества «ВИНАП» и обязанность «КИТ Финанс» перевести определенную сумму в пользу «ВИНАП». По первой части «КИТ Финанс» в срок перечислило ценные бумаги. Платеж же денежных средств не был осуществлен. Банк обратился с заявлением о включении в реестр требований кредиторов должника. Суд согласился с требованиями банка. Суд отменил решение суда первой инстанции. С ним согласился суд кассационной инстанции. ВАС РФ указывает на то, что суды не применили к спорным отношениям общие нормы ГК РФ и нормы ФЗ «О рынке ценных бумаг». Согласно соглашению, стороны приняли на себя обязательство по совершению двух взаимосвязанных сделок. Условия свидетельствуют о том, что воля сторон была направлена на исполнение их обеих частей. В силу ст. 310 ГК РФ, стороны не имеют право в одностороннем порядке отказываться от исполнения обязательств по сделке. Соглашением также возможность отказа не была предусмотрена. «ВИНАП» владеет правами на ценные бумаги с момента их зачисления на его счет депо. Оно не отказалось от них и не вернуло их банку. Это говорит о том, что оно приняло исполнение от «КИТ Финанс». В результате исключения банк не оказался в числе кредиторов, состоящих в реестре погашения требований.

В данном случае ВАС РФ вынес верное решение по толкованию сделки, определив, что по всем признакам – это сделка РЕПО.

Постановление ФАС МО от 31.05.2004 № КА-А40/3907-04.[[94]](#footnote-94) ОАО потребовало в суде первой инстанции признания недействительным ряд актов налоговой инспекции. В рамках данного постановления нас интересуют лишь некоторые выводы суда. Во-первых, при осуществлении сделок РЕПО реализация ценных бумаг происходит дважды. Во-вторых, датами первой и второй частей РЕПО считаются соответственно даты фактической передачи ценной бумаги. Дата соответствующей части РЕПО не может определяться датой соглашения о взаимном зачете без записи по счету депо. В-третьих, при этом применяется фактическая цена реализации по каждой части сделки, независимо от рыночной стоимости таких бумах на дату их передачи. В-четвертых, эти положения применяются только тогда, когда исполнены обе части РЕПО. В-пятых, без исполнения в полном объеме сделки РЕПО не могут применяться налоговые выгоды установленные НК РФ.

Из выводов суда отметим, что существенными моментами является установление даты обеих частей сделки РЕПО, установление цены по каждой части сделки, а также вопрос налоговой выгоды. Все эти условия применимы только при исполнении обеих частей РЕПО.

Постановление Президиума ВАС РФ от 06.10.1998 №6202/97.[[95]](#footnote-95) Президиум ВАС РФ рассмотрел протест Председателя ВАС РФ на решение, постановление апелляционной инстанции Арбитражного суда города Москвы и постановление ФАС МО по тому же делу. ЗАО обратилось в суд с иском к коммерческому банку об истребовании неосновательно приобретенных акций. Решениями судов первой инстанции, апелляционной инстанции в иске отказано. ФАС МО оставил решения без изменений. Президиум предложил удовлетворить исковые требования. Согласно договору купли-продажи, ЗАО обязалось продать, а банк купить акции. Договор был исполнен сторонами. Но одновременно стороны заключили еще один договор купли-продажи. Согласно ему, стороны должны были произвести обратную куплю-продажу тех же акций. Оба договора стороны определили как неотъемлемые часть договора о предоставлении кредитной линии. Договор обратной купли-продажи был в одностороннем порядке расторгнут банком, так как ЗАО во время не перечислила денежные средства за акции. Суд признает, что все три договора взаимосвязаны между собой. Суды ошибочно придали им самостоятельное правовое значение. Они не оценили юридическую силу первого договора, и как следствие, признали его основанием возникновения права собственности у банка на акции. Волеизъявление сторон было направлено на залог акций. ВАС РФ решает, что договор покупки акций банком у компании прикрывал залог акций, за счет которого банк вправе был получить удовлетворение в случае невозврата кредита. Суды признали сделку притворной, и, как следствие, ничтожной. Однако оснований для этого не было: стороны были вправе обеспечить кредитный договор залоговым обеспечительным обязательством. Так как кредит был возвращен и по договору обратной продажи деньги уплачены, то акции должны были быть переданы ЗАО.

В данном случае кажется неверным толкование природы сделок РЕПО, данное судом. Во-первых, сделка РЕПО представляет собой одну сделку, состоящую из двух взаимосвязанных частей – прямой и обратной купли-продажи. Таким образом, не имеет место быть третий договор, на который ссылался суд. Во-вторых, суд пренебрег волей сторон при толковании данного соглашения. По материалам дела, кажется более правильным исходить из того, что воля была направлена на заключение сделки РЕПО, нежели залога.

Постановление Тринадцатого Арбитражного Апелляционного суда г. Санкт-Петербург от 17.06.2009 №А56-51764/2008.[[96]](#footnote-96) Апелляционная жалоба подана Налоговой инспекцией а решение суда первой инстанции. ОАО обратилось в суд с иском о признании недействительным решения налоговой службы, иск был удовлетворен. В рамках кассационного рассмотрения дела суд исследовал три аспекта сделок РЕПО: даты заключения и изменения договора, цена сделки и налоговая выгода. Все вопросы касались периода ранее действующего законодательства по вопросам налогообложения сделок РЕПО. Наиболее интересным и актуальным представляется исключительно последний аспект. В апелляционной жалобе указано, что суд первой инстанции неправильно истолковал концепцию необоснованной налоговой выгоды, не правильно применил доктрину разумной деловой цели договора. Инспекция считает, что при оценке необоснованно полученной налоговой выгоды оценка сделок с точки зрения их целесообразности и эффективности является прерогативой налогоплательщика. Апелляционная инстанция говорит, что для оценки обоснованности получения налоговой выгоды не требуется оценивать сделки с точки зрения экономической целесообразности. Однако необходимо установить разумные экономические или иные причины (деловую цель). Для этого надо установить намерения налогоплательщика получить экономически эффект, оценить обстоятельства, свидетельствующие об этом.

По данному делу мы видим, что существенным условием сделки РЕПО является именно наличие у сторон деловой цели для получения по ней налоговой выгоды.

На основе рассмотренных дел судебной практики можно сделать следующие выводы:

1. Датами первой и второй частей РЕПО являются даты фактической передачи ценной бумаги стороне. Кроме того, применяется фактическая цена реализации по каждой части сделки, независимо от рыночной стоимости ценной бумаги. К сделке РЕПО применимы налоговые выгоды. Эти условия имеют место быть только при всецелом исполнении обеих частей РЕПО;
2. Правовая природа данной сделки определяет ее как одну сделку, состоящую из двух взамосвязанных сделок купли-продажи: прямой и обратной;
3. Деловая цель сделки РЕПО – существенное условие, позволяющее сторонам получить налоговые выгоды;
4. Судам следует изучать материалы дела и устанавливать все существенные признаки сделок, дабы не подменять РЕПО залогом. Воля сторон должна стать для законодателя отправным пунктом в рассмотрении дел.

На основе выводов целесообразно вынести некоторые предложения:

1. Необходимо законодательное закрепление положений, касающихся сделок РЕПО.
2. В законе необходимо в первую очередь указать на то, что сделка РЕПО – это договор обратной купли продажи, стоящий из двух взаимосвязанных сделок;
3. В ГК РФ указать, что к сделкам РЕПО применяются иные положения законодательства РФ.

**3.3 Товарная неустойка**

Постановление ФАС Поволжского округа от 05.10.2000 № А12-4532/00-с27.[[97]](#footnote-97) Исковые требования основаны на том, что ответчик обязательства по поставке продукции не до конца исполнил обязательство по заключенному договору. На основании дополнительного соглашения к нему должна была быть применена ответственность в виде пени путем передачи сельскохозяйственной продукции, а не взыскании в денежном выражении. Истец потребовал уплаты пени в денежном выражении, так как у ответчика не было товара, указанного в дополнительном соглашении. Суд первой инстанции сослался на то, что соглашением установлена именно товарная неустойка, следовательно, исковые требования не могут быть удовлетворены. Суд второй инстанции ссылается на то, что, согласно ст.330 ГК РФ, неустойкой признается денежная сумма. Поэтому положения дополнительного соглашения являются противоречащими закону и, следовательно, являются ничтожными.

На основе рассмотренного дела можно сделать следующие выводы:

1. Суды пренебрегают волей сторон при толковании материалов дела. В данном случае необходимо отметить, что воля был направлена на заключение соглашения о товарной неустойке. Стороны руководствовались дозволение ст.329 ГК РФ, позволяющей применять иные, не предусмотренные Кодексом, способы обеспечения исполнения обязательств.
2. В случае ситуации, описанной в данном деле, необходимо решать его следующим образом: позволить заменять неустойку в товарной форме на денежную при достижении мирового соглашения, если в дополнительном соглашении такая возможность не была установлена. В иных случаях условия о товарной неустойке оставлять неизменными.

На основе выводов авторами предлагается закрепить положение о том, что «Стороны могут достичь соглашения, заменяющего товарную неустойку на денежную».

**3.4 Государственная и муниципальная гарантия**

Постановление ВАС Северо-Кавказского округа от 20.03.2007 №Ф08-1210/2007.[[98]](#footnote-98) Банк (кредитор) и общество (заемщик) заключили кредитный договор. В тот же день стороны подписали соглашение о неустойке. В обеспечение исполнения всех обязательств заемщика банк и общество заключили договор об ипотеке. На основании решений уполномоченных органов государственной власти субъекта РФ правительство (гарант), банк (кредитор) и общество (заемщик) заключили договор о предоставлении государственной гарантии. Установлен срок действия гарантии. Банк обратился с иском по истечении срока действия гарантии. Поскольку кредитор основывает свое требование к гаранту на прекратившемся обязательстве, то иск удовлетворению не подлежит. Суд отказал во взыскании долга с казны субъекта РФ.

В данном случае нет оснований не согласиться с мнением суда. ФАС разрешил дело, правильно истолковав нормы материального, процессуального права и условия договора.

Решение Арбитражного Суда города Москвы от 29.03.-05.04.-12.04.2005 года №А40-65027/04-29-638.[[99]](#footnote-99) Субъект РФ обратился с иском к коммерческим организациям о признании недействительными договоров поручительства и договора о предоставлении государственной гарантии. Истец сослался при оспаривании договора о государственной гарантии на то, что договор заключен в целях урегулирования несуществующих обязательств данного субъекта, в связи с чем, на основании ст.168 ГК РФ, является недействительным. Договор о гарантии является недействительным, так как заключен без проведения конкурса, что противоречит ряду нормативных актов (ссылка истца). Суд отклонил все исковые требования. Рассмотрев в совокупности договор о предоставлении гарантии, кредитный договор, в обеспечении которого был заключен договор о государственной гарантии, и дополнительное соглашение к кредитному договору, суд пришел к выводу, что договор о гарантии является необходимым существенным условием для предоставления кредита. Без наличия обеспечения в виде гарантии его невозможно было предоставить. Также не влияет на отношения между сторонами и не является основанием для признания договора о предоставлении государственно гарантии ничтожность договора поручительства. Так же неудовлетворенна мотивировка истца в вопросе обязательности проведения конкурса на проведение конкурса для предоставления гарантии. Ранней редакцией БК РФ в ч.4 ст. 115 БК РФ была предусмотрена возможность предоставления гарантии на конкурсной основе. Норма императивна. Таким образом, все доводы истца признаны несущественными и иск не был удовлетворен.

Постановление Девятого Арбитражного Апелляционного суда от 15.07.2005 года №09АП-6156/05-ГК.[[100]](#footnote-100) Далее выше указанный истец (субъект РФ) обратилось с апелляционной жалобой. Суд нашел решение суда первой инстанции подлежащим отмене. Так как в старой редакции БК РФ статьей 117 было установлено обязательное отражение в законе субъекта перечня предоставляемых гарантий на сумму, превышающую 0,01процента расходов бюджета. Закон не содержал ссылки на эту гарантию. Что позволяет суду делать вывод, что гарантия не выдавалась. Кроме того, апелляционный суд признает договор о предоставлении гарантии гражданско-правовым договором поручительства, не соответствующим закону, а в следствие, чего и недействительным. Решение суда было отменено.

Постановление ФАС МО от 25.10.2005 №А40-65027/04-29-638.[[101]](#footnote-101) Кассационная инстанция признала доводы ответчика, представленные в кассационной жалобе необоснованными, а постановление суда апелляционной инстанции правильными.

Постановление Президиума ВАС РФ от 23.05.2006 года №957/06.[[102]](#footnote-102) Президиум ВАС РФ рассмотрел выше указанные дела в порядке надзора. Он пришел к решению об отмене постановлений судов второй инстанции, и оставлению без изменений решения суда первой. Приводит следующее обоснование. Между ОАО и ООО был заключен кредитный договор с пределом лимита кредитования определенной суммы. Предоставление банком кредита обусловлено и целями финансирования инвестиционного проекта. В обеспечение кредитного обязательства субъект РФ заключил с кредитором при участии заемщика договор поручительства. Обязательство по предоставлению кредита исполнено. Дополнительным соглашением банк и заемщик внесли существенные изменения в условия кредитного договора. После чего субъект РФ заключила с банком при участии ООО новый договор о предоставлении государственной гарантии в целях урегулирования долговых обязательств этого субъекта. Выводы суда о том, что договор заключен в отношении несуществующего обязательства неверен, что подтвердили имеющиеся доказательства. Поручительство было прекращено в тот же момент, когда было прекращено и основное обязательство: существенные изменения внесены дополнительным соглашением. Новое обеспечение было предоставлено субъектом РФ. Выдача гарантий ранее возникшим обязательствам не была предусмотрена. Договор о выдач гарантии является новой самостоятельной сделкой, обеспечивающие изменившиеся кредитные обязательства заемщика. Договор не противоречит законодательству. Ссылки суда на то, что сведения о гарантии не были внесены в акты субъекта недостоверны: они были включены в приложения к законам о бюджете. Таким образом, суд первой инстанции правильно оценил все обстоятельства дела. ВАС РФ оставил его решение в силе.

Постановление ФАС ВВО от 15.01.2004 №А38-1945-6/137-2003.[[103]](#footnote-103) Заместитель прокурора обратился в арбитражный суд субъекта РФ с иском к МУП и ОАО о признании недействительным договора поручительства к соглашению о реструктуризации и погашении задолженности за потребленную тепловую энергию. Суды первой и апелляционной инстанции удовлетворили требования истца. Ответчик обратился с кассационной жалобой. Она в свою очередь не была удовлетворена. Предметом иска стало требование о признании недействительным договора поручительства. Администрация города выступила поручителем перед кредитором за исполнение обязательства МУП. Суд признает данный договор поручительства муниципальной гарантией. Гарантия была предоставлена с нарушением требований действующего законодательства. Таким образом, суд признает договор поручительства недействительным в силу ст.168 ГК РФ.

ВАС РФ неоднократно давал такое толкование государственной и муниципальной гарантии. Постановление Президиума ВАС РФ от 18.08.2005 №6582/05.[[104]](#footnote-104) Аналогичное выше указанному делу рассматривалось судом при вынесении этого постановления. Он так же рассмотрел государственную гарантию недействительной в силу того, что договор поручительства признается недействительным силу его несоответствия нормам действующего законодательства (ст.168 ГК РФ).

Постановление Пленума ВАС РФ от 22.06.2006 №23 «О некоторых вопросах применения Арбитражными судами норм Бюджетного Кодекса РФ».[[105]](#footnote-105) В данном постановлении Пленум дет следующее разъяснение: «к правоотношениям, возникающим в связи с выдачей государственных (муниципальных) гарантий, применяются нормы статей 115 - 117 БК РФ, устанавливающие особенности правового регулирования указанных правоотношений и обуславливаемые спецификой их субъектного состава, общие положения ГК РФ о способах обеспечения исполнения обязательств (статья 329 ГК РФ), а также в силу сходства данных правоотношений с отношениями, урегулированными нормами параграфа 5 главы 23 ГК РФ, - нормы ГК РФ о договоре поручительства (пункт 1 статьи 6 ГК РФ)». «Договор поручительства, заключенный после 31.12.1999, по которому публично-правовое образование обязывается за счет средств бюджета отвечать перед кредитором другого лица за исполнение последним его обязательств, ничтожен в силу статьи 168 ГК РФ. Вместе с тем необходимо учитывать, что из толкования условий совершенной сделки может следовать, что фактически в рассматриваемом случае имело место не заключение договора поручительства, а предоставление с соблюдением порядка, установленного бюджетным законодательством, государственной (муниципальной) гарантии».

Нами был рассмотрен комплекс дел, предметом которых являлась государственная и муниципальная гарантия. По их рассмотрению можно сделать следующие выводы:

1. В правоприменении остро встал вопрос подмены понятий «государственная и муниципальная гарантия» и «поручительство»;
2. Судебным инстанциям следует подходить с позиции разграничения этих способов обеспечения. Они не верно толкуют соглашение о гарантии как договор поручительства;
3. Государственная и муниципальная гарантия есть способ обеспечения исполнения обязательств, не предусмотренный ГК РФ, но предусмотренный БК РФ;
4. При вынесении решения о недействительности сделки в силу ее несоответствия закону суд правильно сослался к номам ГК РФ.

На основе данных выводов предлагаем:

1. Во избежание неверного толкования судами соглашения о государственной и муниципальной гарантии внести в положения о ее предоставлении императивную норму: «Соглашение о предоставлении государственной и муниципальной гарантии должно содержать точное наименование сделки».
2. ВАС РФ в продолжение такого положения должен определить, что в случае указания в соглашении, что это соглашение о предоставлении государственной и муниципальной гарантии, судебные органы не могут толковать ни при каких обстоятельствах это соглашение как договор поручительства. В случае доказанности, что сделка представляет собой поручительства, признавать ее притворной со всеми юридическими последствиями притворности сделки.

**Заключение**

В ходе исследования автором выделены следующие проблемы:

1. Теория обеспечительных мер прошла долгий исторический путь от личного до имущественного воздействия на должника. В России теория не была исследована должным образом, что привело к ее слабой разработанности сегодня;
2. Способы обеспечения являются специальными обеспечительными мерами. Они выполняют стимулирующую и гарантийную функции. Каждый способ обеспечения обладает обязательственной и акцессорной природой;
3. Непоименованные способы обеспечения исполнения обязательств – это те конструкции, что не названы законодателем в качестве таковых. Способы обеспечения исполнения обязательств делятся на поименованные и непоименованные. Непоименованные – на указанные и неуказанные в законе (договорные);
4. В качестве наиболее проблемных непоименованных способов обеспечения исполнении обязательств автором выделены фидуциарный залог, товарная неустойка, сделки РЕПО и государственная и муниципальная гарантия;
5. Фидуциарный залог предусматривает передачу прав собственности на предмет обеспечения, чем отличается от обычного залога;
6. Суды не признают возможность перехода права собственности на предмет залога залогодержателю. Данная сентенция обоснована исключительно для залога. В связи с тем, что форма обычного залога и фидуциарного различна, то к последнему она не применима. Свобода договора предполагает возможность существования фидуциарной формы залога;
7. Проблемой фидуциарного залога заключается в обеспечении баланса интересов кредитора и должника;
8. Фидуциарный залог должен стать самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательств. Он способен нормально функционировать только в качестве поименованного способа обеспечения обязательств.
9. Сделки РЕПО активно применяются в действующем гражданском обороте. Однако их правовая природа практически не изучена;
10. Попадают под регулирование публичным правом и частным правом;
11. Сделка РЕПО представляет собой совокупность договора займа и способа обеспечения обязательства;
12. Сделка РЕПО имеет свойство обеспечивать саму себя;
13. Сделки РЕПО обеспечены налоговым преимуществом. Стороны перед их заключением должны преследовать деловую цель;
14. Сегодня правоприменение идет по пути признания сделок РЕПО притворными;
15. Товарная неустойка имеет принципиальные отличия от денежной. Предметом натуральной неустойки является вещь. Предметом товарной неустойки могут быть движимые и недвижимые вещи, делимые и неделимые вещи, работы и услуги;
16. Суды не признают право товарной неустойки на существование. Практического распространения в России она также не получила. Вопреки мнению судов и ряда цивилистов, нет обоснованных причин запрещать ее использование участникам гражданского оборота;
17. Товарная неустойка может быть применима в качестве способа обеспечения исполнения обязательств, так как ст.329 ГК РФ позволяет применять «иные» способы обеспечения, нежели указанные в ГК РФ;
18. Государственная и муниципальная гарантия является законодательно закрепленным способом обеспечения исполнения обязательств;
19. Данный вид гарантии носит смешенный характер: регулируется нормами бюджетного права и гражданского права. Имеет частно-публичную природу. Публичный характер обусловлен особым субъектным составом и порядком предоставления. А частный – гражданско-правовой природой обеспечиваемых отношений. К тому же государственная и муниципальная гарантия – это одновременно способ обеспечения гражданско-правового обязательства и форма государственного долга;
20. Гражданско-правовая природа особенна тем, что гарантия сочетает в себе признаки поручительства и банковской гарантии;
21. Сфера влияния гражданского законодательства распространяется на содержание, порядок исполнения, изменения, прекращения государственной гарантии;
22. По указанным способам обеспечения выявляется главная проблема правоприменения – судебные органы пренебрегают волей сторон при заключении соглашения о применении одного из этих способов. Суды отказываются признавать возможность применения данных средств в качестве обеспечительных, что противоречит ст.329 ГК РФ.

На основе выводов автором выдвинуты следующие предложения:

1. Необходимо проведение полноценной разработки теории обеспечения обязательств, основанной на требованиях современного российского гражданского права. Необходимо создание широкой законодательной базы способов обеспечения, куда войдут также и непоименованные способы, существующие в гражданском обороте;
2. Наука должна признать в качестве существенных признаков способов обеспечения гарантирующую и стимулирующую функции, акцессорную и обязательственную их характеристику. Цель – создание полновесной теории обеспечительных средств в качестве основы законодательства и правоприменения;
3. Законодательно закрепить способы обеспечения, требующие внедрения в оборот;
4. Необходимо закрепить в гражданском законодательстве нормы, посвященные фидуциарному залогу. Требуется узаконивание обеих форм залога (классического и фидуциарного);
5. Сделки РЕПО должны быть признаны в качестве способов обеспечения исполнения обязательств налоговым законодательством РФ и гражданским законодательством;
6. Узаконить натуральную неустойку наряду с денежной. Прописать в ГК РФ нормы, посвященные регулированию товарной неустойки. Урегулировать соотношение товарной и денежной неустойки;
7. Закрепить в гражданском законодательстве в качестве способа обеспечения также государственную и муниципальную гарантию. Урегулировать в ГК РФ вопросы срока, возмездности гарантии;
8. Судам необходимо дать толкование в продолжение закреплению норм о фидуциарном залоге и государственно и муниципальной гарантии, дабы развести разрешить вопросы правоприменение классического залога и поручительства соответственно.

**Список используемых источников и литературы**

Нормативные акты:

1. Бюджетный Кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ (ред. от 09.04.2009, с изм. от 22.06.2009)// Собрание законодательства РФ. – 03.08.1998. - №31. – С.3823
2. Гражданский Кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. От 29.06.2009)// Собрание законодательства РФ. – 05.12.1994. - №32. – С.3301

Налоговый Кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 № 117-ФЗ (ред. от 03.06.2009, с изм. от 22.06.2009)// Собрание законодательства РФ. – 07.08.2000. - №32. – С.3340

1. Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг Федеральный Закон от 29.07.1998 г. №136-ФЗ (ред. от 26.04.2007 г.) // Собрание законодательства РФ. – 03.08.1998. - №31. – С.3814

О рынке ценных бумаг Федеральный Закон от 22.04.1996 г. № 39-ФЗ (ред. от 03.06.2009 г.)// Собрание законодательства РФ. – 22.04.1996. - №17. – С.1819

О внесении изменений в Положение об обслуживании и обращении выпусков государственных краткосрочных бескупонных облигаций Приказ Центрального Банка России от 04.06.1996 г. №02-196а// Вестник Банка России. – 1996. - №36

1. Об утверждении Методических рекомендаций по заполнению форм отчетности профессиональных участников рынка ценных бумаг Распоряжение ФКЦБ России от 14.08.2002 г. №991/Р// Законодательство РФ. – 2002. – Ч.1. – С.68

Судебная практика:

1. Постановление Пленума Верховного Суда РФ №6, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ №8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»// Вестник ВАС РФ. – 1996. - №9
2. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22.06.2006 г. № 23// Вестник ВАС РФ. – 2006. - №8. – С.34

Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 09.12.1997 № 3328/97// Вестник ВАС РФ. – 1998. – №1

Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 06.10.1998г. №6202/97// Вестник ВАС РФ. – 1999. - №1

1. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 06.03.2002 № 7144/01// Вестник ВАС РФ. – 2002. - №7

Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18.08.2005 №6582/05//URL: www.[arbitr.ru](http://arbitr.ru)

1. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23.05.2006 года №957/06//URL:www.arbitr.ru
2. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12.10.2006 № 53// Вестник ВАС РФ. – 2006. - №1
3. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.10.2008 №12886/07// Вестник ВАС РФ. – 2009. – №1
4. Решение Арбитражного Суда города Москвы от 29.03.-05.04.-12.04.2005 №А40-65027/04-29-638//URL:www.arbitr.ru
5. Постановление Девятого Арбитражного Апелляционного суда от 15.07.2005 года №09АП-6156/05-ГК//URL:www.arbitr.ru
6. Постановление Тринадцатого Арбитражного Апелляционного суда г. Санкт-Петербург от 17.06.2009 №А56-51764/2008//URL:http://13aas.arbitr.ru

Постановление Федерального Арбитражного Суда Волго-Вятского Федерального Округа от 15.01.2004 №А38-1945-6/137-2003//URL: http://www.lawmix.ru/volgovyat\_jude.php?start=6900

Постановление Федерального Арбитражного Суда Московского Округа от 31.05.2004 № КА-А40/3907-04// [URL:www.lawmix.ru](file:///C%3A%5Cwww%5Cdoc2html%5Cwork%5Cbestreferat-260832-13976404983654%5Cinput%5Cwww.lawmix.ru)

1. Постановление Федерального Арбитражного Суда Московского Округа от 25.10.2005 №А40-65027/04-29-638//URL: http://lawrussia.ru
2. Постановление Федерального Арбитражного Суда Поволжского Округа от 05.10.2000 № А12-4532/00-с27//URL: www.lawmix.ru

Постановление Федерального Арбитражного Суда Северо-Кавказского Округа от 20.03.2007 №Ф08-1210/2007//URL: http://ur-spravka.ru

Литература:

1. Аблезгова О.В. Способы обеспечения исполнения обязательств. Судебная практика по спорам о неисполнении обязательств. – М.:Альфа-Пресс, 2008. – 160 с.

Адамович Г.О некоторых способах обеспечения кредитных обязательств// Хозяйство и право. – 1996. - № 9. – С.46-47

Актуальные проблемы теории и практики/ Под общ. ред. Белова В.А. – М., 2007. – С.744

Алексеев С.С. Проблемы теории права. – Свердловск: Издательство Свердловского Юридического Института, 1972. – 396 с.

Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т.3. Права обязательственные. – Спб.: Просвещение,1989. – 186 с.

1. Анциферов О. Тянем – потянем, а РЕПО вытянуть не можем// Бизнес-адвокат. – 2000. - №10. – С.8 Наумова Л. Кредитный договор: Правовое обеспечение возврата// Бизнес-адвокат. – 2001. - №11-12. – С.5

Бевзенко Р.С. Проблемы исполнения обязательств и его обеспечения// Гражданское право: Актуальные проблемы теории и практики/ Под общ. ред. Белова В.А. – М., 2007. – С.719

Белов В.А. Новые способы обеспечения банковских обязательств// Бизнес и банки. – 1997. - №46. – С.5

Белов В.А. Теоретические проблемы учения о способах обеспечения обязательств// Законы России: опыт, анализ, практика. – 2006. - № 6. – С.714

Бирюкова Л.А. Фидуциарная собственность как способ защиты кредитора// Актуальные проблемы гражданского права/ Под ред. Алексеева С.С. – М.,2000. – С.194

Волков Д., Иванкин Д. Облигации с обеспечением: оптимальные схемы для работы в России// Рынок ценных бумаг. – 2003. - №21. – С.31

Гонгало Б.М. Общие положения об обеспечении обязательств и способах обеспечения обязательств// Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. – М., 2001. – С.19

Зверев В.А., Гудков Ф.А. Финансовые инструменты рынка ценных бумаг. - М.: Интеркрим-пресс, 2007. – 200 с.

Зинченко С.А. О понятии классификации способов обеспечения исполнения обязательств// Законы России: опыт, анализ, практика. – 2006. - № 6. – С.115

Касссо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. – М.: Статут, 1999. – 300 с.

Кикабидзе Н. Залоговое законодательство и интересы банков// Хозяйство и право. 1995. №1

Комиссарова Е.Г., Торкин Д.А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М.: Аспект Пресс, 2008. – 144 с..

Коновалов А.И. Неустойка в коммерческом обороте: Автореф. диссерт. .. канд. юр. наук. – Спб..2003. – 21 с.

Кофанов Л.Л. Обязательственное право в архаическом Риме: долговой вопрос (VI – IV вв. до н. э.). – М.: Юрист, 1994. – 240 с.

1. Маковская А.А. Залог денег и ценных бумаг. М.: Статут, 2000. – 179 с.
2. Мейер Д.И. Русское гражданское право. – М.: Статут, 1997. – 661 с.

Мельничук Г.В. Правовая природа расчетных форвардных сделок и сделок РЕПО// Законодательство. – 2000. - №2. – С.27

Морозов А. Денежное взыскание как способ обеспечения исполнения обязательств// Хозяйство и право. – 1996. - № 12. – С.76-79

Наумова Л. Кредитный договор: Правовое обеспечение возврата// Бизнес-адвокат. 2001, №11-12. С.5

1. Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. – М.: Госюриздат, 1950. – 416 с.
2. Рассказова Н.Ю. Вопросы общей теории обеспечения обязательств// Вестник ВАС РФ. 2004. №8

Риффель А.В. К вопросу управления государственным и муниципальным долгом// Журнал научных публикаций аспирантов и докторантов. – 2006. - №6. – С.13

Савиньи Ф.К. Обязательственное право. – М.: Юридический центр-Пресс, 2004. – 576 с.

1. Сальникова И.Н. Учет и налогообложение ценных бумаг. Договоры РЕПО// Финансовые и бухгалтерские консультации. – 2009. - №4.

Сарбаш С.В. Некоторые проблемы обеспечения исполнения обязательств// Вестник ВАС РФ. – 2007. - №7. – С.33

Сарбаш С.В. Обеспечительная купля-продажа в арбитражной практике// Вестник ВАС РФ. – 1999. - №11. – С.101

1. Сарбаш С.В. Способы обеспечения обязательств// Хозяйство и право. – 1995. - № 10. – С.131
2. Синайский В.И. Русское гражданское право. – М.:Статут, 2002. – 638 с.

Скворцов В.В. Развитие залога в коммерческой сфере// Актуальные проблемы коммерческого права: сборник научных статей/ Под ред. Пугинского Б.И. – М., 2002. – С.147

1. Скловский К.И. Залог, арест имущества, иск как способы обеспечения прав кредитора// Российская юстиция. 1997. №2.
2. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. – М: Дело, 2000.- 512 с.

Нерсесов Н.О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. – М: Статут, 2000. – 140с.

1. Овсейко С.В. Отдельные способы обеспечения обязательств с участием банков во внешнеэкономических сделках// Банковское право. 2000. №4.
2. Отнюкова Г. Исполнение обязательств// Российская юстиция. 1996.

Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – 398 с.

Поляков В.И. РЕПО – место в системе институтов гражданского права// Юридический мир. – 2004. – №10. – С.60

1. Толстой В.С. Исполнение обязательств. – М.: Юридическая литература, 1973. – 208 с.

Хаметов Р., Миронова О. Обеспечение исполнения обязательств: Договорные способы// Российская юстиция. – 1996. - №5. – С.18-19

Хохлов В.А. Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. – Тольятти: Волжский университет имени Татищева, 1997. – 140с.

1. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. – М.: Статут, 2003. – 544 с.
2. Шилохвост О.Ю. Отступное как способ прекращения обязательств в гражданском праве России: Автореф. диссерт. .. канд. юр. наук. – М., 1999. – 26 с.
3. Шохина Э.Х. Правовое регулирование государственного кредита. – М.: Высшая школа, 2007. – 168 с.
1. Белов В. А. Теоретические проблемы учения о способах обеспечения обязательств// Законы России: опыт, анализ, практика. – 2006. - № 6. – С.713 [↑](#footnote-ref-1)
2. Кофанов Л. Л. Обязательственное право в архаическом Риме: долговой вопрос (VI – IV вв. до н. э.). – М., 1994. –С.64 [↑](#footnote-ref-2)
3. Комиссарова Е. Г., Торкин Д. А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М., 2008. – С.8 [↑](#footnote-ref-3)
4. Алексеев С. С. Проблемы теории права. – Свердловск., 1972. – С.236 [↑](#footnote-ref-4)
5. Гонгало Б. М. Общие положения об обеспечении обязательств и способах обеспечения обязательств// Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. – М., 2001. – С.19 [↑](#footnote-ref-5)
6. Комиссарова Е. Г., Торкин Д. А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М., 2008. – С.8 [↑](#footnote-ref-6)
7. Комиссарова Е. Г., Торкин Д. А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М., 2008. – С.17 [↑](#footnote-ref-7)
8. Бевзенко Р.С. Проблемы исполнения обязательств и его обеспечения// Гражданское право: Актуальные проблемы теории и практики/ Под общ. ред. Белова В. А. – М., 2007. – С.718 [↑](#footnote-ref-8)
9. Белов В. А. Теоретические проблемы учения о способах обеспечения обязательств// Законы России: опыт, анализ, практика. – 2006. - № 6. – С.714 [↑](#footnote-ref-9)
10. Мейер Д. И. Русское гражданское право. – М., 2000. – С.388 [↑](#footnote-ref-10)
11. Комиссарова Е. Г., Торкин Д. А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М., 2008. – С.14,17 [↑](#footnote-ref-11)
12. Мейер Д. И. Русское гражданское право. – М., 2000. – С.402 [↑](#footnote-ref-12)
13. Белов В. А. Теоретические проблемы учения о способах обеспечения обязательств// Законы России: опыт, анализ, практика. – 2006. - № 6. – С.722 [↑](#footnote-ref-13)
14. Зинченко С. А. О понятии классификации способов обеспечения исполнения обязательств// Законы России: опыт, анализ, практика. – 2006. - № 6. – С.115 [↑](#footnote-ref-14)
15. Гонгало Б. М. Общие положения об обеспечении обязательств и способах обеспечения обязательств// Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. – М., 2001. – С.90 [↑](#footnote-ref-15)
16. Гражданский Кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. От 29.06.2009)// Собрание законодательства РФ. – 05.12.1994. - №32. – С.3301 [↑](#footnote-ref-16)
17. Комиссарова Е. Г., Торкин Д. А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М., 2008. – С.17,26,27 [↑](#footnote-ref-17)
18. Гонгало Б. М. Общие положения об обеспечении обязательств и способах обеспечения обязательств// Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. – М., 2001. – С.90 [↑](#footnote-ref-18)
19. Сарбаш С. В. Некоторые проблемы обеспечения исполнения обязательств// Вестник ВАС РФ. – 2007. - №7. – С.33 [↑](#footnote-ref-19)
20. Синайский В. И. Русское гражданское право. Обязательственное, семейное и наследственное право. – М., 2002. – С.27 [↑](#footnote-ref-20)
21. Комиссарова Е. Г., Торкин Д. А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М., 2008. – С.37 [↑](#footnote-ref-21)
22. Комиссарова Е. Г., Торкин Д. А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М., 2008. – С.46 [↑](#footnote-ref-22)
23. Морозов А. Денежное взыскание как способ обеспечения исполнения обязательств// Хозяйство и право. – 1996. - № 12. – С.76-79 [↑](#footnote-ref-23)
24. Адамович Г. О некоторых способах обеспечения кредитных обязательств// Хозяйство и право. – 1996. - № 9. – С.46-47 [↑](#footnote-ref-24)
25. Сарбаш С. В. Способы обеспечения обязательств// Хозяйство и право. – 1995. - № 10. – С.131 [↑](#footnote-ref-25)
26. Бевзенко Р.С. Проблемы исполнения обязательств и его обеспечения// Гражданское право: Актуальные проблемы теории и практики/ Под общ. ред. Белова В. А. – М., 2007. – С.719 [↑](#footnote-ref-26)
27. Сарбаш С.В. Обеспечительная купля-продажа в арбитражной практике// Вестник ВАС РФ. – 1999. - №11. – С.101 [↑](#footnote-ref-27)
28. Бирюкова Л.А. Фидуциарная собственность как способ защиты кредитора// Актуальные проблемы гражданского права/ Под ред. Алексеева С.С. – М.,2000. – С.194 [↑](#footnote-ref-28)
29. Скворцов В.В. Развитие залога в коммерческой сфере// Актуальные проблемы коммерческого права: сборник научных статей/ Под ред. Пугинского Б.И. – М., 2002. – С.147 [↑](#footnote-ref-29)
30. Хаметов Р., Миронова О. Обеспечение исполнения обязательств: Договорные способы// Российская юстиция. – 1996. - №5. – С.18-19 [↑](#footnote-ref-30)
31. Гонгало Б.М. Общие положения об обеспечении обязательств и способах обеспечения обязательств// Цивилистические записки: межвузовский сборник научных трудов. – М.,2001. – С.104 [↑](#footnote-ref-31)
32. Касссо Л. А. Понятие о залоге в современном праве. – М.,1999. – С.213 [↑](#footnote-ref-32)
33. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – М., 1998. – С.213 [↑](#footnote-ref-33)
34. Постановление Пленума Верховного Суда РФ №6, Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996// Вестник ВАС РФ. – 1996. - №10. – С.36-37 [↑](#footnote-ref-34)
35. Бирюкова Л.А. Фидуциарная собственность как способ защиты кредитора// Актуальные проблемы гражданского права/ Под ред. Алексеева С.С. – М.,2000. – С.200 [↑](#footnote-ref-35)
36. Белов В. А. Новые способы обеспечения банковских обязательств// Бизнес и банки. – 1997. - №46. – С.5 [↑](#footnote-ref-36)
37. Хаметов Р., Миронова О. Обеспечение исполнения обязательств: Договорные способы// Российская юстиция. – 1996. - №5. – С.19 [↑](#footnote-ref-37)
38. Мельничук Г.В. Правовая природа расчетных форвардных сделок и сделок РЕПО// Законодательство. – 2000. - №2. – С.27 [↑](#footnote-ref-38)
39. Гонгало Б. М. Общие положения об обеспечении обязательств и способах обеспечения обязательств// Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. – М., 2001. – С.104 [↑](#footnote-ref-39)
40. Бирюкова Л.А. Фидуциарная собственность как способ защиты кредитора// Актуальные проблемы гражданского права/ Под ред. Алексеева С.С. – М.,2000. – С.200. [↑](#footnote-ref-40)
41. Гражданский Кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. От 29.06.2009)// Собрание законодательства РФ от 05.12.1994, № 32, С.3301. [↑](#footnote-ref-41)
42. Комиссарова Е. Г., Торкин Д. А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М., 2008. – С.76 [↑](#footnote-ref-42)
43. Мейер Д. И. Русское гражданское право. Т.1. – М., 1997. – С.211 [↑](#footnote-ref-43)
44. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. – М.2008. – С.416 [↑](#footnote-ref-44)
45. Бирюкова Л.А. Фидуциарная собственность как способ защиты кредитора// Актуальные проблемы гражданского права/ Под ред. Алексеева С.С. – М.,2000. – С.206 [↑](#footnote-ref-45)
46. Скворцов В.В. Развитие залога в коммерческой сфере// Актуальные проблемы коммерческого права: сборник научных статей/ Под ред. Пугинского Б.И. – М., 2002. – С.242 [↑](#footnote-ref-46)
47. Поляков В.И. РЕПО – место в системе институтов гражданского права// Юридический мир. – 2004. – №10. – С.60 [↑](#footnote-ref-47)
48. Нерсесов Н. О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. – М.,2000. – С.245 [↑](#footnote-ref-48)
49. Сальникова И.Н. Учет и налогообложение ценных бумаг. Договоры РЕПО// Финансовые и бухгалтерские консультации. – 2009. - №4. [↑](#footnote-ref-49)
50. Распоряжение ФКЦБ России от 14.08.2002 г. №991/Р об утверждении Методических рекомендаций по заполнению форм отчетности профессиональных участников рынка ценных бумаг»// Законодательство РФ. – 2002. – Ч.1. – С.68 [↑](#footnote-ref-50)
51. Нерсесов Н. О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. – М.,2000. – С.245 [↑](#footnote-ref-51)
52. Анциферов О. Тянем – потянем, а РЕПО вытянуть не можем// Бизнес-адвокат. – 2000. - №10. – С.8 Наумова Л. Кредитный договор: Правовое обеспечение возврата// Бизнес-адвокат. – 2001. - №11-12. – С.5 [↑](#footnote-ref-52)
53. Зверев В.А., Гудков Ф.А. Финансовые инструменты рынка ценных бумаг. - М.,2007. – С.147 [↑](#footnote-ref-53)
54. Приказ Центрального Банка России от 04.06.1996 г. №02-196а «О внесении изменений в Положение об обслуживании и обращении выпусков государственных краткосрочных бескупонных облигаций»// Вестник Банка России. – 1996. - №36 [↑](#footnote-ref-54)
55. Сальникова И.Н. Учет и налогообложение ценных бумаг. Договоры РЕПО// Финансовые и бухгалтерские консультации. – 2009. - №4. [↑](#footnote-ref-55)
56. Налоговый Кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 № 117-ФЗ (ред. от 03.06.2009, с изм. от 22.06.2009)// Собрание законодательства РФ. – 07.08.2000. - №32. – С.3340 [↑](#footnote-ref-56)
57. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 октября 2006 г. № 53// Вестник ВАС РФ. – 2006. - №1. – С. [↑](#footnote-ref-57)
58. Федеральный Закон от 22.04.1996 г. № 39-ФЗ (ред. от 03.06.2009 г.) «О рынке ценных бумаг»// Собрание законодательства РФ. – 22.04.1996. - №17. – С.1819 [↑](#footnote-ref-58)
59. Налоговый Кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 № 117-ФЗ (ред. от 03.06.2009, с изм. от 22.06.2009)// Собрание законодательства РФ. – 07.08.2000. - №32. – С.3340 [↑](#footnote-ref-59)
60. Анциферов О. Тянем – потянем, а РЕПО вытянуть не можем// Бизнес-адвокат, 2000. №19. С.8, Наумова Л. Кредитный договор: Правовое обеспечение возврата// Бизнес-адвокат. 2001, №11-12. С.5 [↑](#footnote-ref-60)
61. Постановление Президиума ВАС РФ от 06.10.1998г. №6202/97// Вестник ВАС РФ. – 1999. - №1 [↑](#footnote-ref-61)
62. Сальникова И.Н. Учет и налогообложение ценных бумаг. Договоры РЕПО// Финансовые и бухгалтерские консультации. – 2009. - №4 [↑](#footnote-ref-62)
63. Сарбаш С. В. Некоторые проблемы обеспечения исполнения обязательств// Вестник ВАС РФ. – 2007. - №7. – С.41 [↑](#footnote-ref-63)
64. Коновалов А. И. Неустойка в коммерческом обороте: Автореф. диссерт. .. канд. юр. наук. – Спб..2003. – С.7 [↑](#footnote-ref-64)
65. Актуальные проблемы теории и практики/ Под общ. ред. Белова В. А. – М., 2007. – С.744 [↑](#footnote-ref-65)
66. Комиссарова Е. Г., Торкин Д. А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М., 2008. – С.86 [↑](#footnote-ref-66)
67. Актуальные проблемы теории и практики/ Под общ. ред. Белова В. А. – М., 2007. – С.745 [↑](#footnote-ref-67)
68. Савиньи Ф.К. Обязательственное право. – М.,2004. – С.538 [↑](#footnote-ref-68)
69. Хохлов В. А. Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. – Тольяти, 1997. – С.245 [↑](#footnote-ref-69)
70. Гонгало Б. М. Общие положения об обеспечении обязательств и способах обеспечения обязательств// Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. – М., 2001. – С.101 [↑](#footnote-ref-70)
71. Шилохвост О. Ю. Отступное как способ прекращения обязательств в гражданском праве России: Автореф. диссерт. .. канд. юр. Наук. – М., 1999. – С.16 [↑](#footnote-ref-71)
72. Анненков К.И. Система русского гражданского права. Т.3. Права обязательственные. – Спб.,1989. – С.239 [↑](#footnote-ref-72)
73. Гражданский Кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. От 29.06.2009)// Собрание законодательства РФ от 05.12.1994, № 32, С.3301. [↑](#footnote-ref-73)
74. Коновалов А. И. Неустойка в коммерческом обороте: Автореф. диссерт. .. канд. юр. наук. – Спб..2003. – С.11 [↑](#footnote-ref-74)
75. Комиссарова Е. Г., Торкин Д. А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М., 2008. – С.90 [↑](#footnote-ref-75)
76. Бевзенко Р.С. Проблемы исполнения обязательств и его обеспечения// Гражданское право: Актуальные проблемы теории и практики/ Под общ. ред. Белова В. А. – М., 2007. – С.744-758 [↑](#footnote-ref-76)
77. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. – М.,2003. – С.9 [↑](#footnote-ref-77)
78. Актуальные проблемы теории и практики/ Под общ. ред. Белова В. А. – М., 2007. – С.757 [↑](#footnote-ref-78)
79. Волков Д. Иванкин Д. Облигации с обеспечением: оптимальные схемы для работы в России// Рынок ценных бумаг. – 2003. - №21. – С.31 [↑](#footnote-ref-79)
80. Бюджетный Кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ (ред. от 09.04.2009, с изм. от 22.06.2009)// Собрание законодательства РФ. – 03.08.1998. - №31. – С.3823 [↑](#footnote-ref-80)
81. Риффель А.В. К вопросу управления государственным и муниципальным долгом// Журнал научных публикаций аспирантов и докторантов. – 2006. - №6. – С.13 [↑](#footnote-ref-81)
82. Бюджетный Кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ (ред. от 09.04.2009, с изм. от 22.06.2009)// Собрание законодательства РФ. – 03.08.1998. - №31. – С.3823 [↑](#footnote-ref-82)
83. Комиссарова Е. Г., Торкин Д. А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М., 2008. – С.91 [↑](#footnote-ref-83)
84. Шохина Э.Х. Правовое регулирование государственного кредита. – М., 2007. – С.57 [↑](#footnote-ref-84)
85. Федеральный Закон от 29.07.1998 г. №136-ФЗ (ред. от 26.04.2007 г.) «Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг»// Собрание законодательства РФ. – 03.08.1998. - №31. – С.3814 [↑](#footnote-ref-85)
86. Комиссарова Е. Г., Торкин Д. А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М., 2008. – С.101 [↑](#footnote-ref-86)
87. Комиссарова Е. Г., Торкин Д. А. Непоименованные способы обеспечения обязательств в гражданском праве. – М., 2008. – С.104 [↑](#footnote-ref-87)
88. Постановление ПленумаВысшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22.06.2006 г. № 23// Вестник ВАС РФ. – 2006. - №8. – С.34 [↑](#footnote-ref-88)
89. Риффель А.В. К вопросу управления государственным и муниципальным долгом// Журнал научных публикаций аспирантов и докторантов. – 2006. - №6. – С.15 [↑](#footnote-ref-89)
90. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 09.12.1997№ 3328/97// Вестник ВАС РФ. – 1998. – №1. [↑](#footnote-ref-90)
91. Постановление Пленума Верховного Суда РФ №6, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ №8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»// Вестник ВАС РФ. – 1996. - №9 [↑](#footnote-ref-91)
92. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 06.03.2002 № 7144/01// Вестник ВАС РФ. – 2002. - №7 [↑](#footnote-ref-92)
93. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.10.2008 №12886/07// Вестник ВАС РФ. – 2009. – №1 [↑](#footnote-ref-93)
94. Постановление Федерального Арбитражного Суда Московского Округа от 31.05.2004 № КА-А40/3907-04// URL: http://www.lawmix.ru/moskow\_jude.php?id = 18785 [↑](#footnote-ref-94)
95. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 06.10.1998 №6202/97// Весник ВАС РФ. – 1999. - №1 [↑](#footnote-ref-95)
96. Постановление Тринадцатого Арбитражного Апелляционного суда г. Санкт-Петербург от 17.06.2009 №А56-51764/2008//URL: http://13aas.arbitr.ru/index?tid=633200006&nd=782138222 [↑](#footnote-ref-96)
97. Постановление Федерального Арбитражного Суда Поволжского округа от 05.10.2000 № А12-4532/00-с27//URL: http://www.lawmix.ru/povol\_jude.php?start=21090 [↑](#footnote-ref-97)
98. Постановление Федерального Арбитражного Суда Северо-Кавказского округа от 20.03.2007 №Ф08-1210/2007//URL: http://ur-spravka.ru/index.php?folder=15&page=3 [↑](#footnote-ref-98)
99. Решение Арбитражного Суда города Москвы от 29.03.-05.04.-12.04.2005 года №А40-65027/04-29-638//URL: http://www.arbitr.ru/?id\_sec=386&id\_ac=1&s=0&a=1&id=d5a7b1de-1746-4c20-9489-771c9d9a7a3f [↑](#footnote-ref-99)
100. Постановление Девятого Арбитражного Апелляционного суда от 15.07.2005 года №09АП-6156/05-ГК//URL:http://www.arbitr.ru/?id\_sec=386&id\_ac=1&s=0&a=1&id=d5a7b1de-1746-4c20-9489-771c9d9a7a3f [↑](#footnote-ref-100)
101. Постановление Федерального Арбитражного Суда Московского Округа от 25.10.2005 №А40-65027/04-29-638//URL: http://lawrussia.ru/texts/legal\_484/doc484a115x825.htm [↑](#footnote-ref-101)
102. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23.05.2006 года №957/06//URL: http:// www . arbitr.ru/bras/ doc.asp?id \_doc=f2942e90-5e3e-3940-b05f-dabc3 f3ecd8e&id\_src= 898C817A7F32FE27 2650BEF35FF1F975&p=-1&from=%2Fbras%2Findex.asp%3Fid\_ac%3D15%26pg%3D98 [↑](#footnote-ref-102)
103. Постановление Федерального Арбитражного Суда Волго-Вятского Федерального Округа от 15.01.2004 №А38-1945-6/137-2003//URL: http://www.lawmix.ru/volgovyat\_jude.php?start=6900 [↑](#footnote-ref-103)
104. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18.08.2005 №6582/05//URL: http://arbitr.ru/?id\_sec=353&id\_doc=495&id\_src=04E3DA7E0D74FA0092CAB27F01070C3C&p=2 [↑](#footnote-ref-104)
105. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22.06.2006 №23 «О некоторых вопросах применения Арбитражными судами норм Бюджетного Кодекса РФ»// Вестник ВАС РФ. – 2006. - №8 [↑](#footnote-ref-105)