Министерство образования и науки РФ

Пензенский государственный университет

Юридический факультет

Кафедра «Гражданско-правовые дисциплины»

Курсовая работа на тему:

«Понятие и значение обеспечительных обязательств»

Выполнил:

студент 5 курса

Проверил:

доцент кафедры ГПиП, профессор

Пенза, 2006

**Оглавление**

Введение

1. Правовая природа обеспечительных прав

1.1 Проблемные вопросы, место и роль обеспечительных обязательств в литературных источниках

1.2 Кауза обеспечительных обязательств

1.3 Особенности обеспечительных обязательств

1.4 Использование обеспечительных обязательств

2. Общая характеристика и значение отдельных видов обеспечительных обязательств

2.1 Неустойка

2.2 Залог

2.3 Удержание вещи

2.4 Поручительство как способ обеспечения исполнения обязательств

2.5 Банковская гарантия

Заключение

Список литературы

Приложение

**Введение**

Различные виды договоров сопровождают весь процесс предпринимательской деятельности. Практически все предприниматели относятся к договору как к инструменту осуществления своей деятельности, видят в нем способ исключительно получения прибыли и возможность требовать от партнера по договору его исполнения.

Наиболее "подкованные" в правовых вопросах коммерсанты даже знают, что Гражданским кодексом РФ достаточно подробно описаны все основные виды договоров, и что можно воспользоваться положениями Кодекса для быстрой подготовки довольно качественного с виду бумажного документа - договора. Тем более что так много "типовых" форм договоров можно купить практически в любом книжном магазине.

Однако подготовить документ - это даже не полдела. Ведь суть договора состоит не в его написании, а в исполнении. И вот тут его стороны подстерегают главные проблемы. В отличие от развитого предпринимательского права западных стран в России нет практики детального описания порядка исполнения обязательства (как в Великобритании или Америке) или развитых и устоявшихся правил и обычаев делового оборота (как в Европе). И уж точно большинство коммерсантов не задумываются о том, что любой договор - это, прежде всего обязательство, причем обязательство двустороннее, где правам и обязанностям одной стороны противостоят права и обязанности другой.

Поэтому подходить к вопросу принятия на себя обязательств и их исполнения нужно не только с формально-правовой точки зрения, но и простых общечеловеческих позиций.

Институт обеспечения обязательств прошёл несколько этапов в своём развитии. Первый этап приходился на ГК 1922 г., который самостоятельно не институиризировал обеспечение обязательств. В нем предусматривались обеспечительные меры как поручительство и залог. Также кодекс выделял неустойку (штраф, пеня), под которой признавал денежную сумму или иную имущественную ценность и задаток.

Способы исполнения обязательств нашли свое закрепление и в ГК 1964 г., однако имели некоторую особенность. Норма содержала диапозитивный выбор способов обеспечения обязательств в рамках императивного закрытого перечня.

Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 года уменьшили число способов обеспечения за счет того, что поручительство и гарантия были признаны идентичными понятиями.

Особенностью ГК 1994 г. явилось отступление законодателя от принципа императивного регулирования способов обеспечения обязательства и расширение диспозитивного начала. Установлен открытый перечень способов исполнения обязательства. Помимо традиционных способов ГК был дополнен новыми - удержание имущества должника и банковская гарантия.

Окончательное формирование концепции способов обеспечения обязательств в отечественной цивилистике трудно назвать свершившимся фактом. Напротив, существование в гражданско-правовой доктрине принципиально разных подходов к определению данного понятия, к систематизации входящих в него институтов или к решению вопроса о его соотношении с другими гражданско-правовыми категориями позволяет вполне обоснованно считать, что процесс развития научных представлений о способах обеспечения исполнения обязательств еще далек от завершения.

Проблематичность изучения данного вопроса определяется не только тем, что в большинстве научных работ, посвященных изучению способов обеспечения обязательств, рассматриваются, как правило, конкретные, поименованные в законе способы, а не институт в целом, но и отсутствием в Гражданском кодексе определения данного института. Последний ограничивается лишь прямым указанием на некоторые разновидности подобных способов, тогда как, по замечанию М.И. Брагинского, принципиальное отличие положений об обеспечении исполнения обязательства, содержащихся в Гражданском Кодексе, от ранее действовавшего законодательства состоит в том, что как законом, так и договором могут быть предусмотрены и иные (помимо тех, которые указаны в п.1 ст.329) способы обеспечения исполнения обязательства[[1]](#footnote-1)1.

Вместе с тем в современной юридической литературе присутствует в той или иной степени общепринятый подход к определению значимых свойств способов обеспечения исполнения обязательства как самостоятельного гражданско-правового института.

Тема моей работы является актуальной, в связи с тем, что в условиях отношений участников делового оборота, когда одним из главных инструментов регулирования правоотношений в сфере коммерческой и предпринимательской деятельности становится хозяйственный договор, резко возрастает значимость вопроса об обеспечении исполнения обязательств. Заключая любую сделку, предприятия должны быть, уверены в том, что другая сторона выполнит свои обязательства надлежащим образом. С этой целью они вправе требовать от контрагента определенных гарантий, обеспечивающих защиту ее финансовых интересов.

Цель и задачи исследования – на основе научной и нормативной литературы охарактеризовать и проанализировать понятие и значение обеспечительных обязательств, и способы их исполнения в РФ.

Методы исследования: анализ государственно-правовой действительности, анализ научно-правовой литературы по проблеме исследования.

**1. Правовая природа обеспечительных обязательств**

**1.1 Проблемные вопросы, место и роль обеспечительных обязательств в литературных источниках**

Действующий Гражданский кодекс Российской Федерации шагнул вперед в регулировании обеспечительных от ношений: впервые в истории отечественного права в закон включен ряд правил, устанавливающих общие положения об обеспечениях (ст. 329 ГК). Однако сделанный шаг, к сожалению, не только не позволил ответить на многие старые вопросы, но и породил новые.

Одна из главных проблем заключается в следующем. Перечень обеспечении ныне открыт (п. 1 ст. 329 ГК), но в законе отсутствует легальная дефиниции понятия «способ обеспечения исполнения обязательств». Законодатель разрешил участникам оборота «придумывать» обеспечения, но не сказал, что это такое. Если стороны договорятся, что обеспечением договора является, например, обязательство не уменьшать размер уставного капитала в течение срока договора, или отказ от совершения рискованных сделок, пли индексация размера долга, — могут ли они быть уверены, что это именно те обеспечения, которые предусмотрены ст. 329 ГК? Вопрос не праздный, поскольку, назвав тот или иной инструмент обеспечением, стороны тем самым придают ему особые правовые свойства. Не будем забывать и о том, что с наличием обеспечения ряд статей ГК связывает специальные правовые последствия.

Нельзя не признать, что вопросы, касающиеся общих положений об обеспечении обязательств, урегулированы в законе неполно и противоречиво.

Однако упрёк в этом должен быть обращён не только, и не столько к законодателю, сколько к науке гражданского права.

Отдельным способам обеспечения прав кредитора в цивилистике уделено достаточно внимания. Иначе обстоит с разработкой общетеоретических вопросов обеспечения обязательств. В дореволюционной литературе нет монографических исследований по этой теме, а в учебниках, по гражданскому праву и трудах но теории обязательств проблеме уделялось два-три абзаца, не больше. В литературных легочниках советского периода разработке теории обеспечении также не отведено сколько-нибудь значительного места. В последнее время стали появляться работы, в которых исследуются общетеоретические вопросы обеспечительных обязательств. Однако нельзя не признать, что целостного учения об обеспечениях в отечественной цивилистике пока не создано, хотя потребность в нем велика.

Учение об обеспечениях должно дать ответы на многочисленные вон росы общего и частного порядка, включая следующие: по каким признакам способы обеспечения исполнения обязательств, на которые распространяется действие гл. 23 ГК, можно отграничить от иных правовых мер, предоставляющих участникам оборота те пли иные гарантии реализации их прав и достижения законных интересов? Как толковать многократно употребленные в ГК за пределами гл. 23 выражения «обеспечить», «обеспечение»? Как соотнести с гл. 23 ГК статьи иных нормативных актов, включающие подобные выражения? Какими особыми правовыми свойствами обладают способы обеспечения исполнения обязательств? Каким образом их можно классифицировать? Каковы особенности возникновения, изменения, прекращения обеспечительных обязательств? В этой статье мы остановимся на некоторых из указанных проблем.

Перейдём к рассмотрению терминологии**.** Каждый исследователь вкладывает в понятия «обеспечение», «способы обеспечения», «обеспечительные меры» и т. п. свой смысл, а потому без специальной договоренности по этому вопросу любая дискуссия может обернуться просто спором о терминах.

На основе систематического толкования ГК мы приходим к выводу о том, что понятие об обеспечении обязательств следует связывать со смыслом, который вкладывается в него нормами главы, специально посвященной этому институту, — гл. 23 ГК. Общим положениям об обеспечениях посвящен § I данной главы, в который входит одна статья — ст. 329 ГК. Из названия и текста данной статьи следует, что способом обеспечения исполнения обязательств законодатель называет конкретную меру, правовой инструмент, который используется для обеспечительных целей. Главенствующим среди исследователей является мнение о том, что эти способы представляют собой разного рода обязательственные связи между заинтересованными лицами. Поэтому для простоты изложения в качестве синонима выражения «способ обеспечения исполнения обязательств» мы будем использовать выражения «обеспечительное обязательство» или «обеспечение».

Следует подчеркнуть, что слово «обеспечение» имеет два смысловых оттенка. Можно сказать: «залог— это обеспечение», а можно сказать: «обеспечение залогом». Именно в последнем значении, т.е. в качестве отглагольного существительного, выражающего процесс, динамику отношений, данное слово часто употребляется в гл. 23 ГК (например, названия главы — «Обеспечение исполнения обязательств», а также ст. 329 ГК. Способы обеспечения исполнения обязательств»). Употребление слова обеспечение» в таком смысле всегда определяется в контексте.

Обеспечительные функции выполняются многими правовыми инструментами. Назовем их обеспечительными, или гарантийными, мерами. Под собственно обеспечениями, пли обеспечительными обязательствами, в рамках настоящей курсовой работы мы будем понимать только те меры, которые следует объединить в одну группу и подчинить действию гл. 23 ГК, содержащей общие положения об обеспечениях и правила об отдельных их видах.

Мод основным обязательством будем, основываясь на п. 2 ст. 329 ГК, понимай» обязательство, исполнение которого обеспечивается.

В отсутствие легальной дефиниции обеспечительного обязательства исследователи предлагают ряд определений этого понятия. Обеспечения определяют как меры имущественные, предварительные, специальные, дополнительные, акцессорные, устанавливаемые на случай неисполнения, предоставляющие гарантии исполнения, выполняющие функцию защиты кредитора и функцию стимулирования должника.

С наличием у обеспечении этих признаков (за исключением последнею, который будет рассмотрен ниже) трудно спорить, например, с тем, что обеспечения должны носит, имущественный характер и что они предоставляют гарантию исполнения. Но перечисленных признаков недостаточно для того, чтобы ту или иную гарантийную меру признать обеспечением в смысле гл. 23 ГК. Некоторые из перечисленных признаков присущи не только обеспечениям. Так, определение обеспечения как дополнительною права кредитора на случай неисполнения должником обязательства не позволяет отличить обеспечение от санкции. Что же касается указания на акцессорный характер обеспечительных обязательств, то этот признак не является определяющим. Дело в том, что свойство акцессорное— следствие, а не причина. Если обязательство по определению можно отнести к обеспечениям, то за ним нужно признать свойство акцессорное.[[2]](#footnote-2)1Его мы рассмотрим более подробно чуть ниже.

**1.2. Кауза обеспечительных обязательств**

Гражданский оборот составляют осмысленные действия его участников. Совершая сделки, люди исходя из определенных интересов и стремятся к определенным целям. Этот вывод очевиден до банальности. Но именно с него начинаются все исследования, касающиеся основания сделок. Отталкиваясь от этого вывода, А. С. Кривцов указывает на необходимость установить общую презумпцию в пользу наличия в каждом отдельном случае связи между тем, что обещают друг другу (делают в пользу друг друга) участники оборота, и тем, ради достижения каких целей они это делают. «Для законодателя было бы, кроме того, делом чрезвычайно трудным — внести в действие нечто совершенно противоположное». Но если мы указываем законодателю некое свойство оборота, мы должны указать и то средство, с помощью которого это свойство будет отражено и закреплено в праве. Цивилистика нашла такое средство. Им является понятие о материальном основании сделки (порожденного ею обязательства), или понятие о каузе.

Не ставя задачей специально исследовать вопрос о кзузе, мы Нулем исходить из классического ее понимания. Вопрос о каузе - это вопрос о том, зачем лицо совершило сделку и вступило в обязательство (почему передало вещь, обещало уплатить деньги и т. д.), что оно хочет получить в качестве эквивалента за свое предоставление. Кауза — та непосредственная правовая цель, которую преследует сторона, совершая сделку пли вступая в обязательство.

Какова же кауза обеспечительного обязательства? Поскольку цель осознается и формулируется на основе интереса, логично начать с анализа того интереса, который руководит сторонами обеспечительного обязательства. Очевидно, этот интерес связан с созданием обеспечения, т.е. с желанием предоставить кредитору (получить от должника) дополнительную гарантию исполнения основного обязательства. Назовем этот особый интерес обеспечительным.

Именно он заставляет заинтересованных лиц создавать обеспечения. Он же формирует особое основание обеспечительных обязательств, особую каузу. Назовем ее по аналогии обеспечительной.

По содержанию обеспечительная кауза существенно отличается от выделяемых казусов. Должник в обеспечительном обязательстве обязывается не потому, что хочет соответственно одари п. кредитора, получить что-либо от него пли освободиться от долга перед ним, а потому, что преследует особый интерес, и основанием ею действий являемся цель удовлетворения именно этого интереса. Наличие особой каузы, лежащей в основе обеспечительных отношений, признавал Л. С. Кривцов. Исследуя различные договоры с точки зрения их каузы, он включает в перечень (залог), считая, что получение вещи в обеспечение является «достаточным эквивалентом за обязанность возвращения вещи... лежащую на... залоговом верителе. Что же касается до эквивалентной обязанности в пользу... залогодателя... то таковою является... отношение, которому закладное право составляет аксессорность».[[3]](#footnote-3)1

В чем же состоит правовая оригинальность обеспечительной каузы? В том, что она входит в corpus одной сделки (обеспечительной), но связанс обстоятельствамп, относящимися к другим сделкам и обязательствам. Через неё эти обстоятельства влияют на обеспечительное обязательство. Так, основанием недействительности обеспечительного обязательства является недействительность основного (это положение указано в п. 3 ст. 329 ГК). Это дополнительное основание недействительности, понятно, не устраняет общих оснований (например, обязательство поручи геля будет недействительно вследствие порока договора поручительства по субъектному составу и г. д.).

Важно подчеркнуть, что связь между обеспечением (его каузой) и основным обязательством носит именно юридический характер. Гарантировать исполнение основною обязательства можно с помощью различных правовых инструментов. Между ними (обязательством и инструментом) всегда будет существовать фактическая связь (иначе откуда возникнет проблема гарантии исполнения?). Но из этого с необходимостью не еле дует наличия между ними и правовой связи. Так, выдача банковской гарантии всегда опосредованно связана с основным обязательством. По в силу ст. 370 ГК «Независимость банковской гарантии от основного обязательства» эта связь не имеет правового значения.

В ряде случаев обеспечительные обязательства возникают не на основании сделки, а в силу указанных в законе обстоятельств (п. 5 ст. 488, ст. 532, ст. 587 и др. ГК). При этом законодатель исходит из предположения о наличии у сторон обязательства обеспечительного интереса. Наличие обеспечительной каузы в такой ситуации следует из закона.

**1.3. Особенности обеспечительных обязательств**

В обязательственном правоотношении кредитор может удовлетворить свои интересы лишь в результате действий должника, а значит, кредитор зависит от чужой воли. Уже одно это позволяет говорить о «непрочности», по выражению Д. И.Мейера[[4]](#footnote-4)1, любого обязательственного права по сравнению, в частности, с вещным. Кроме того, кредитор по обязательству может пострадать в результате неожиданного ухудшения имущественного положения должника. Чтобы предоставить кредиторам дополнительные гарантии того, что их интересы будут удовлетворены, используются специальные меры, которые называются «способы обеспечения исполнения обязательств». Главой 23 ГК к ним отнесены неустойка, залог, удержание, поручительство, банковская гарантия и задаток. Законодатель учел потребности современного деятельного оборота и оставил перечень обеспечении открытым: в силу п. 1 ст. 329 ГК исполнение обязательств может обеспечиваться «...способами, предусмотренными законом и договором».

Главной особенностью обеспечительных обязательств является присущее им свойство акцессорности. За исключением, о котором сказано ниже, понятия «обеспечительное обязательство» и «акцессорное обязательство» можно рассматривать как синонимы. Акцессорноеобязательство — придаточное, дополнительное к основному. Эти обязательства (основное и дополнительное) связаны как предмет и его тень: исчезает предмет — без следа растворяется его тень. Акцессорное обязательство существует лишь постольку, поскольку существует основное.

Сделка, из которой возникает акцессорное обязательство, тоже своеобразна. В ее основании всегда лежит намерение создать дополнительную, внешнюю по отношению к основному обязательству, гарантию его исполнения. Именно в достижении этой цели и состоит интерес сторон. Назовем этот особый интерес обеспечительным. Его наличие как раз и придает обеспечительным обязательствам своеобразие, позволяющее выделить их в особую группу.

Проиллюстрируем это положение. Например, банк заключает три кредитных договора. В первом случае кредит обеспечивается поручительством. Без кредитного договора договор поручительства не представляет для сторон никакого интереса, он имеет ценность не сам по себе, а лишь как обеспечение. Значит, договор поручительства основан только на обеспечительном интересе и порождает акцессорное обязательств.

Второй кредитный договор содержит такое условие: «в качестве обеспечения возврата полученного кредита заемщик передает банку-кредитору на хранение следующие ценности...». Иначе говоря, в обеспечительных целях используется договор хранения[[5]](#footnote-5)2. Конечно, в силу п. 1 ст. 329 ГК стороны могут предусмотреть в договоре способ обеспечения, не указанный в законе. Но можно ли считать, что в данном случае договор хранения порождает обеспечительное, а значит, зависимое, акцессорное обязательство? А.П. Сергеев утверждает по этому поводу, что ведь заключая договор, стороны преследовали интерес отнюдь не в хранении ценностей. Путем передачи имущества во владение кредитора стороны заботились об исполнении другого — кредитного — договора, т. е. имели исключительно обеспечительный интерес.[[6]](#footnote-6)1

Третий кредитный договор содержит условие о том, что обеспечением кредита является вклад, принадлежащий заемщику и хранящийся в банке, предоставившем кредит. Можно ли утверждать, что договор вклада превратился в акцессорное обязательство в результате того, что стороны назвали его обеспечением? А.П. Сергеев отвечает на этот вопрос так, что если бы вклад не имел самостоятельной ценности, если бы единственным оправданием его существования было желание сторон обеспечить возврат заемщиком полученного кредита, то следовало бы признать, что из договора вклада возникло обеспечительное, а значит акцессорное, обязательство. В таком случае договор вклада должен бы был разделить судьбу кредитного договора, например при его прекращении или признании недействительным. Если же обязательство сохраняет ценность независимо от его обеспечительной функции, если с ним связан самостоятельный интерес сторон, оно не может быть признано обеспечительным. В противном случае этот самостоятельный интерес будет без всяких оснований лишен защиты при прекращении или недействительности основного, в нашем случае кредитного, договора. Если заемщик докажет наличие правомерного и не связанного с обеспечительным интереса в обязательстве из договора вклада (а это, очевидно, нетрудно), то такое обязательство не может быть признано обеспечением в смысле главы 23 ГК, а значит, не может рассматриваться как акцессорное.

Реализация обеспечительного интереса достигается особым путем. Стороны создают некий внешний «резерв», дополнительный источник, за счет которого при неисправности должника будет исполнено основное обязательство. Это очень важное свойство обеспечительных мер. Ведь в соответствии с буквальным смыслом ст. 329 ГК они должны обеспечивать именно исполнение обязательства.

Итак, акцессорные обязательства а) зависимы от основного, б) основаны на обеспечительном интересе, в) обеспечительный интерес всегда состоит в создании внешнего по отношению к основному обязательству «резервного» источника его исполнения.

Свойство акцессорности выражается в следующем:

1. Недействительность основного обязательства влечет недействительность акцессорного (п. 3 ст. 329 ГК).

2. Прекращение основного обязательства влечет прекращение акцессорного. В отношении залога, поручительства и частично удержания этот вывод опирается на прямое указание закона (ст. 352, 367, 359 ГК). По аналогии это правило следует распространять на все обеспечения, поскольку прекращение основного обязательства ведет к утрате обеспечительного интереса (нельзя обеспечить то, чего нет) и к исчезновению каузы, которая входит в согрus сделки как основания обязательства[[7]](#footnote-7)1.

3. Переход прав по основному обязательству влечет переход прав и по акцессорному (ст. 384 ГК), за исключением случаев, предусмотренных договором или законом. Например, договором может быть предусмотрено, что обеспечительное обязательство прекращается при переходе прав из основного договора к третьему лицу. Но нельзя договориться о том, что при замене кредитора в основном обязательстве за ним «остаются» права по обеспечительному обязательству. Предположим, что основное обязательство обеспечено поручительством. Кредитор уступает требование по основному договору третьему лицу, но желает сохранить право требования к поручителю. Однако цель договора поручительства теперь не может быть достигнута в отношениях между поручителем и первоначальным кредитором, поскольку у последнего больше нет обеспечительного интереса. А это, в свою очередь, означает, что он не может быть кредитором в обеспечительном обязательстве.

Правило ст. 384 ГК лишний раз подтверждает вывод о том, что акцессорное обязательство накрепко «привязано» к основному. Внешним связующим звеном является фигура кредитора: в основном и обеспечительном обязательствах всегда один кредитор. И это понятно, поскольку единственным оправданием требования кредитора по акцессорному обязательству служит наличие у него прав из основного обязательства.

4. Изменение основного обязательства влечет прекращение акцессорного, за исключением случаев, когда должник по акцессорному обязательству согласен нести свою обязанность и дальше. Это правило объясняется следующим. Надлежащим исполнением обязанности акцессорного должника будет исполнение в соответствии с условиями его обязательства. А эти условия определены основным обязательством, которое он имел в виду, предоставляя обеспечение. Если это обязательство изменилось, требование об исполнении акцессорного обязательства не может рассматриваться как требование о надлежащем исполнении. Более того, при изменении основного обязательства акцессорного должника вообще нельзя обязать к исполнению его обязанности, поскольку не сохранились условия, на которых он обязался. А это означает не что иное, как прекращение обязательства. Конечно, акцессорное обязательство сохранится, если оно будет изменено соответственно изменению основного. Но изменить это обязательство, т. е. изменить обязанность акцессорного должника, можно только с его согласия. Если в обоих обязательствах должником является одно и то же лицо, то при согласии этого лица на изменение условий основного договора предполагается его согласие на сохранение обеспечительного обязательства. Если же должники по основному и акцессорному обязательствам не совпадают в одном лице, согласие акцессорного должника должно быть прямо выражено. Правило о прекращении акцессорного обязательства в связи с изменением основного прямо сформулировано по поводу поручительства (п. 1 ст. 367 ГК). Оно применяется и в отношении залога, задатка, неустойки.

5. С истечением срока исковой давности по требованию из основного обязательства истекает срок исковой давности и по акцессорным (дополнительным) требованиям (ст. 207 ГК).

Можно, таким образом, сделать общий вывод о свойстве акцессорности: обеспечение всегда связано с конкретным обязательством, таким, каким оно было на момент установления обеспечения. Как вещное право следует за индивидуально-определенной вещью и прекращается с ее гибелью, так и право из обеспечительного обязательства следует за правами из конкретного, если так можно выразиться «индивидуально-определенного», основного обязательства и прекращается с его исчезновением (при этом под исчезновением обязательства понимается как его прекращение, так и изменение). Однако из этого правила есть исключение: при изменении основного обязательства обеспечительное сохраняет действие при согласии на то лица, предоставившего обеспечение.[[8]](#footnote-8)1

ГК РФ установил исключение из общего правила об акцессорности обеспечительных обязательств, введя понятие независимого обеспечительного обязательства (п. 3 ст. 329 ГК). Пожалуй, единственным примером такового сейчас является банковская гарантия (ст. 370 ГК). Независимое обеспечительное обязательство, в отличие от акцессорного, не зависит от основного обязательства: недействительность основного обязательства не влечет недействительность обеспечительного (ст. 370 ГК), прекращение основного обязательства не прекращает обеспечительное (ст. 378 ГК) и т. д. Но если обязательство не зависит от другого, почему мы называем его обеспечительным? Объяснить это можно с помощью уже упомянутой категории обеспечительного интереса. Если обязательство возникло на основе этого интереса — оно является обеспечительным, хотя бы оно и не было акцессорным, если нет — мы имеем дело с каким-то другим, но не обеспечительным обязательством.[[9]](#footnote-9)1

Независимость обязательства нельзя смешивать с его абстрактностью. Абстрактное обязательство возникает из абстрактной сделки, т. е. сделки, для действительности которой юридически безразлично основание ее совершения. Иначе говоря, абстрактное обязательство не зависит от своего основания. Независимое же обязательство не зависит от основного договора. Так, обязательство из банковской гарантии независимо: оно не зависит от судьбы обеспечиваемого им обязательства. В то же время оно каузально: банковская гарантия возникает на основании просьбы принципала, наличие которой играет существенную роль в ее судьбе.

Независимое обеспечительное обязательство — явление исключительное. Это очевидно из текста п. 3 ст. 329 ГК: обеспечительное обязательство приобретает свойство независимости только в случаях, прямо указанных в законе. В противном случае оно предполагается акцессорным. Из этого, в свою очередь, следует важный вывод: обеспечение, «придуманное» сторонами (т. е. не предусмотренное законом), iрsо jure носит акцессорный характер. Свойство независимости не может быть придано обеспечительному обязательству по воле участников оборота, а значит, соглашения об этом недействительны.

Несмотря на существенное различие между акцессорными и независимыми обеспечительными обязательствами, законодатель объединил их в главе 23 ГК. Значит, все они обладают неким общим свойством. Таковым является особого рода интерес, с которым связаны все обеспечения — обеспечительный интерес. Наличие этого общего признака позволяет определить обеспечительное обязательство как обязательство, основанное исключительно на обеспечительном интересе, который состоит в создании внешнего по отношению к обеспечиваемому обязательству источника его исполнения.

**1.4 Использование обеспечительных обязательств**

Обеспечительные меры можно использовать в отношении любых обязательств, поскольку закон не содержит каких-либо запретов на этот счет. Обеспечивать можно обязательства, возникающие из любых сделок, обязательства договорные и внедоговорные, обязательства денежные и предполагающие предоставление вещей (работ, услуг). Собственно обеспечительные обязательства тоже могут быть обеспечены. Например, исполнение договора поручительства можно обеспечить залогом. Иное дело, что возможность использовать тот или иной способ обеспечения предопределена его (способа) существом, либо может быть прямо ограничена законом. Так, в силу ст. 1 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» от 16 июля 1998 г. (далее — Закон об ипотеке)[[10]](#footnote-10)1 ипотекой обеспечиваются только денежные обязательства.

Обязательство может быть обеспечено несколькими способами, как одинаковыми, например двумя поручительствами, так и разными, например залогом и поручительством. Подтверждением тому служит не только отсутствие в законодательстве общего запрета на это, но и прямое указание закона на такую возможность (например, в ст. 365 ГК).

Можно ли обеспечить обязательство, которое возникнет в будущем? Для поручительства и залога положительный ответ основан на ст. 361 ГК, п. 3 ст. 4 Закона РФ «О залоге» от 29 мая 1992 г.[[11]](#footnote-11)2, ст. 11 Закона об ипотеке. Нет видимых препятствий для придания этому правилу универсального характера.

Поскольку ст. 329 ГК говорит об обеспечении исполнения обязательства, постольку соглашение об обеспечении должно быть достигнуто до нарушения обеспечиваемого обязательства. Судебная практика исходит из того, что договоры, заключенные после нарушения обязательства, не могут создавать обеспечение; их предметом является особый способ погашения долга. Подобные сделки можно рассматривать как совершенные под отлагательным условием.

В заключении данной главы необходимо отметить, что гражданско-правовые договоры, которые согласно п.1 ст.420 ГК РФ представляют собой соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей, накладывают на стороны определенные обязательства. Основным принципом исполнения обязательств, который закреплен в ст.309 ГК РФ, является принцип исполнения обязательств надлежащим образом. Соблюдение названного принципа является идеальной моделью поведения должника и кредитора. Однако могут возникнуть объективные обстоятельства, которые сделают невозможным исполнение обязательств по договору даже добросовестным должником. Это обстоятельство, а также необходимость обеспечения стабильности делового оборота способствовали появлению института, называемого обеспечением исполнения обязательств.

Способы обеспечения, закрепленные в ГК РФ, представляют собой неисчерпывающий перечень, так как согласно п.1 ст.329 ГК РФ законом или договором могут быть предусмотрены иные способы обеспечения исполнения обязательств. Все способы объединяет то, что они имеют по отношению к обеспечиваемому обязательству дополнительный характер. Дополнительный характер проявляется в следующем. Во-первых, недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влечет недействительности основного обязательства (п.2 ст.329 ГК РФ). Во-вторых, недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, если иное не установлено законом (п.3 ст.329 ГК РФ).[[12]](#footnote-12)1

# **2. Общая характеристика и значение отдельных видов обеспечительных обязательств**

# **2.1 Неустойка**

Неустойка - один из наиболее распространенных способов обеспечения обязательств. Основное ее назначение состоит в освобождении кредитора от необходимости доказывать размер подлежащих возмещению убытков. Тем самым, помимо прочего, открывается возможность компенсировать нарушенный неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства интерес кредитора в случаях, когда денежная оценка такого интереса невозможна или по крайней мере затруднительна. Это связано с тем, что смысл неустойки состоит в установлении определенной суммы денег, которая подлежит выплате независимо от размера причиненных убытков и даже их наличия, при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства, в том числе в случаях просрочки.

Как вытекает из п.2 330 статьи ГК РФ, неустойка - единственный способ обеспечения обязательств, представляющий собой форму имущественной ответственности за их нарушение. В этом своем качестве неустойка выступает и как один из предусмотренных ст.12 ГК способов защиты прав.

Состав необходимых оснований ответственности при неустойке ограничен по сравнению с тем, который установлен для наступления ответственности в форме возмещения убытков. Для взыскания неустойки достаточно доказать только сам факт неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Установление вины должника необходимо лишь в случае, когда законом или договором не предусмотрена ответственность независимо от вины.

О случаях, когда при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства подлежат возмещению убытки, притом в полной сумме сверх неустойки либо в части, не покрытой неустойкой, либо в качестве альтернативы взысканной неустойки.

Из двух видов неустойки - штрафа и пени первый представляет собой однократно взыскиваемую сумму, которая выражается в виде процентов пропорционально заранее определенной величине (например, 3% от стоимости не выполненной в срок работы). Пеня представляет собой неустойку, исчисляемую непрерывно, нарастающим итогом (например, 0,5% за каждый день просрочки). Отмеченное обстоятельство предполагает вполне определенный круг случаев, при которых используется пеня, - главным образом, при просрочке исполнения обязательства, прежде всего при несвоевременном платеже (например, 1% за каждый день просрочки возврата полученного в банке кредита).

В зависимости от оснований ее установления различается неустойка, предусмотренная в законе ("законная неустойка") и в договоре ("договорная неустойка"). [[13]](#footnote-13)1

Неустойки классифицируются по ряду оснований. В зависимости от источника появления выделяются законные и договорные неустойки. Законная неустойка — та, что определена законом (ст. 333 ГК). С учетом правила п. 2 ст. 3 ГК следует подчеркнуть, что неустойки могут быть установлены только ГК или другими федеральными законами. Примерами могут служить неустойки, предусмотренные ст. 856 ГК, ст. 105 Транспортного устава железных дорог и т. д.

Законная неустойка применяется независимо от включения условия о ней в договор (п. 1 ст. 332 ГК). Эта норма в ее связи с правилом ч. 2 п. 4 ст. 421 ГК позволяет утверждать, что диспозитивность в отношении законных неустоек исключена в принципе (невозможен не только отказ от применения неустойки, но и изменение ее размера). Единственным исключением является увеличение сторонами обязательства размера законной неустойки, да и то, если это не запрещено нормой, установившей такую неустойку (п.2 ст. 332 ГК).

Договорная неустойка устанавливается по соглашению сторон. Обычно условие о ней включается в текст основного договора, но может быть составлено и отдельное соглашение. В любом случае должно быть ясно, какое обязательство обеспечивается неустойкой и как определяется ее размер. Соглашению о неустойке под страхом его недействительности должна быть придана письменная форма (ст. 331 ГК).

В зависимости от соотношения со взыскиваемыми убытками различают зачетные, штрафные, исключительные и альтернативные неустойки (п.1 ст. 394 ГК)1. Любая из перечисленных неустоек может быть предусмотрена как законом, так и договором.

Общим правилом является зачетная неустойка. Если в законе или договоре нет специальной оговорки, то взысканная в виде неустойки сумма должна быть зачтена при взыскании убытков. Кредитор, таким образом, может получить с нарушителя сумму неустойки и убытки, но за минусом уже взысканного в виде неустойки, т. е., в конечном счете, сумму убытков в полном объеме. Очевидно, что при установлении этого правила законодатель следовал гражданско-правовому принципу восстановления положения, существовавшего до нарушения прав.

Штрафная (по терминологии В. К. Райхера — совокупная) неустойка позволяет кредитору взыскать с должника как сумму неустойки, так и убытки в полном объеме. Поскольку в этом случае кредитор может получить сумму, превышающую по размеру причиненные ему убытки, неустойка действительно приобретает «штрафной» характер.[[14]](#footnote-14)1 Этот вид неустойки рассматривается как исключение из общего правила о том, что ответственность в гражданском праве носит компенсационный характер: ведь взыскание неустойки приводит к тому, что кредитор получает больше, чем потерял. Предполагается, что среди неустоек других видов стимулирующее значение штрафной неустойки особенно велико. Примером штрафной неустойки служит неустойка, предусмотренная ст. 622 ГК: «...В случае, когда за несвоевременный возврат арендованного имущества договором предусмотрена неустойка, убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки, если иное не предусмотрено договором...».

Исключительная неустойка означает, что у кредитора нет права на взыскание убытков, оно исключено. При нарушении должником обязательства с него можно взыскать только неустойку. Исключительная неустойка устанавливается по соображениям, диктуемым условиями оборота. Так, ответственность перевозчика часто ограничена уплатой неустойки (ст. 105 ТУЖД и др.) Отвечай перевозчик, имеющий огромную клиентуру, в полном объеме за любые нарушения, экономическая возможность его существования без непомерного увеличения тарифов за транспортные услуги, которые и без того высоки, стала бы проблематичной. Иной причиной установления исключительных неустоек является наличие типичных для отдельных обязательств нарушений, при которых размер убытков может быть оценен заранее и заложен в сумму исключительной неустойки.

Альтернативная неустойка предоставляет кредитору право по своему выбору взыскать либо неустойку, либо убытки. Этот вид неустойки служит примером альтернативного обязательств. Случаи применения альтернативной неустойки весьма редки, так как кредиторы рассматривают условие о ней как невыгодное.

Среди неустоек выделяются пени и штрафы. Пеня — неустойка, взимаемая за просрочку платежа. Поскольку такое нарушение носит длящийся характер, пеня начисляется за каждый день просрочки2. Пеня исчисляется в процентах от суммы долга. Этим она отличается от иных процентов, связанных с тем или иным обязательством (от платы за кредит, от процентов за пользование чужими денежными средствами и т. д.).

Штрафом когда-то было принято называть неустойку, определенную в твердой сумме, но сейчас это название применимо и к неустойкам, исчисляемым в долях или процентах. Таким образом, термины «неустойка» и «штраф» можно рассматривать как синонимы1. Штраф применяется в виде санкции и в административном, и в уголовном законодательстве. Однако это не должно приводить к смешению публично-правовых санкций с неустойками.[[15]](#footnote-15)1

Последствия нарушения должником обязательства могут быть несоразмерны неустойке, и суду предоставлено право как по собственной инициативе, так и по заявлению должника уменьшить размер неустойки. Суд принимает решение о снижении размера неустойки в случае признания ее размера не соответствующим последствиям нарушения обязательства. В постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ N 6/8 разъяснено, что суд, вынося решение об уменьшении неустойки должен иметь в виду, что размер неустойки может быть уменьшен судом только в том случае, если подлежащая неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательств. При этом суд может оценивать не только несоразмерность последствий нарушению, но и принимать во внимание, в том числе обстоятельства, не имеющие прямого отношения к последствиям нарушения обязательства (цена товара, работы, услуги, сумма договора). В Постановлении от 12 ноября 1998 г. N 18 "О некоторых вопросах судебной практики арбитражных судов в связи с введением в действие Транспортного устава железных дорог Российской Федерации" Пленум ВАС РФ отметил, что, согласно статье 133 Транспортного устава, участники перевозочного процесса не вправе ограничить или устранить имущественную ответственность, возложенную на них Транспортным уставом или иными нормативными правовыми актами Российской Федерации. Однако это ограничение не распространяется на арбитражные суды, рассматривающие споры, связанные с взысканием установленных Транспортным уставом штрафов. Суду также предоставлено право при наличии оснований освободить должника от имущественной ответственности в виде взыскания неустойки (штрафа, пени) в соответствии с п. 1 ст. 401 ГК РФ.

Правила 333 статьи ГК РФ не распространяются на случаи, когда неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства связано с виной и действиями обеих сторон или кредитора, предусмотренными ст. 404 ГК, в порядке которой суд имеет право освободить должника от ответственности или, учитывая степень его вины, уменьшить ответственность.а и т. п.

В ходе проведённого исследования мы выяснили, что неустойка (штраф, пеня) - определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков (п. 1 ст. 330).

Широкое применение неустойки в целях обеспечения договорных обязательств объясняется прежде всего тем, что она представляет собой удобное средство упрощенной компенсации потерь кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением должником своих обязательств. В этом смысле неустойке присущи следующие черты: предопределенность размера ответственности за нарушение обязательства, о котором стороны знают уже на момент заключения договора; возможность взыскания неустойки за сам факт нарушения обязательства, когда отсутствует необходимость доказывать наличие убытков, причиненных таким нарушением; возможность для сторон по своему усмотрению формулировать условие договора о неустойке (за исключением законной неустойки), в том числе в части ее размера, соотношения с убытками, порядка исчисления, тем самым приспосабливая ее к конкретным взаимоотношениям сторон и усиливая целенаправленное воздействие.

Порядок исчисления денежной суммы, составляющей неустойку, может быть различным: в виде процентов от суммы договора или его неисполненной части; в кратном отношении к сумме неисполненного или ненадлежаще исполненного обязательства; в твердой сумме, выраженной в денежных единицах.

**2.2 Залог**

Залогу посвящен параграф 3 гл. 23 ГК. В части, не противоречащей ГК, применяется также Закон о залоге. Например, не утратили силу нормы этого Закона о залоге прав.

В силу залога кредитор по обеспеченному залогом обязательству (залогодержатель) имеет право в случае невыполнения должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество (залогодателя), за изъятиями, установленными законом (ст. 334 ГК).

Сопоставив определение залога с понятием обязательства (ст. 307 ГК), можно сделать вывод о том, что залог — это гражданское правоотношение. Залог может возникнуть: а) из договора; б) на основании закона, а вернее, при наступлении указанных в законе обстоятельств (п. 3 ст. 334 ГК).

Главная цель залогодержателя — получить преимущество перед другими кредиторами должника. Сам по себе факт заключения договора о залоге не создает этого преимущества, поскольку с момента заключения договор становится обязательным лишь для его сторон (п. 1 ст. 425 ГК). Для защиты же от притязаний третьих лиц залогодержателю важно установить обременение предмета залога в свою пользу. Обременение возникает тогда, когда у залогодержателя появляется в отношении предмета залога особое право — право залога. Моменты заключения договора о залоге и возникновения права залога не всегда совпадают (ст. 341 ГК).

Если в договоре не предусмотрено иное, то право залога (т. е. обременение) возникает: а) в момент заключения договора о залоге, если предмет залога остается (или считается оставленным) у залогодателя; б) в момент передачи предмета залога, если он подлежит передаче залогодержателю (залог с передачей предмета залога залогодержателю называется закладом — ст. 5 Закона о залоге). При залоге недвижимости (ипотеке) и залоге товаров в обороте момент возникновения права залога определяется по особым правилам, указанным в дальнейшем. При заключении же договора о залоге имущества, которое залогодатель приобретет в будущем (п. 6 ст. 340 ГК), право залога возникнет у залогодержателя не раньше перехода в собственность залогодателя закладываемой вещи (или перехода к залогодателю предоставляемого в качестве залога права требования).

Особыми видами залога являются ипотека, залог товаров в обороте и залог вещей в ломбарде.[[16]](#footnote-16)1

Принципы регулирования залоговых отношений можно вывести из приведенного выше определения залога.

Первый принцип: залог не дает залогодержателю права на вещь как таковую. Ее собственником остается залогодатель. С основным долгом соотносится лишь стоимость вещи, но не сама вещь. При нарушении обеспеченного залогом обязательства залогодержатель не может попросту объявить предмет залога своим, а может лишь получить деньги, вырученные от реализации имущества.

Если залогодержатель в нарушение закона отберет предмет залога у залогодателя, последний может истребовать свое имущество из незаконного владения (п. 1 ст. 347 ГК).

Итак, права залогодержателя связаны не с вещью, а с ее стоимостью, что говорит в пользу обязательственной природы залоговых прав. Тем не менее, многие ученые утверждают, что право залога — вещное право. Они ссылаются на непосредственную связь между правами залогодержателя и заложенной вещью. Так, при переходе прав на вещь к третьему лицу, это лицо — правопреемник залогодателя — становится в залоговом правоотношении на его место, иначе говоря, право залога следует за вещью, т. е. обладает свойством вещных прав (ст. 353 ГК).

Если залог — вещное право, то нормы об обязательственных правах применимы к нему только в случаях, прямо предусмотренных в законе. И наоборот, если это право обязательственное, то необходимо указание закона на возможность использования в отношении залога норм, рассчитанных на вещные права.

Учитывая, что нормы о залоге помещены в раздел ГК «Общая часть обязательственного права», с точки зрения позитивного права залог является правом обязательственным.

Второй принцип: залогодержатель имеет преимущество перед другими кредиторами залогодателя.

В известной степени именно ради этого преимущества и устанавливается залог. Но Федеральный закон «Об исполнительном производстве» от 21 июля 1997 г., которым в настоящее время руководствуются при обращении взыскания на имущество должников, к сожалению, не предоставляет залогодержателю реальных гарантий реализации его права. В соответствии со ст. 49 указанного Закона взыскания по требованиям, не обеспеченным залогом, обращаются на заложенное имущество в последнюю очередь, однако в ст. 78 того же Закона «Очередность удовлетворения требований взыскателей» даже не упоминается о каком-либо приоритете залогодержателя перед другими взыскателями. Остается надеяться, что в результате ведущихся законопроектных работ процессуальное законодательство будет изменено соответствующим образом.

Реальное преимущество залогодержатель имеет лишь при ликвидации залогодателя — юридического лица, в том числе в связи с его несостоятельностью, либо при банкротстве индивидуального предпринимателя (ст. 23 ГК). В указанных случаях требования кредиторов по обязательствам, обеспеченным залогом имущества, удовлетворяются в третью очередь (ст. 64 ГК). Поскольку нормы об очередности всегда императивны, любые оговорки о приоритетности требований залогодержателя, которую, якобы, обязуется обеспечить залогодатель, ничтожны.

Третий принцип: поскольку развитие залогового правоотношения может привести к отчуждению предмета залога, то наличие ограничений на отчуждение означает и наличие ограничений на передачу предмета в залог. Если существует запрет на отчуждение имущества, то договор о залоге этого имущества следует признать недействительным. Например, запрещено отчуждение, а следовательно, и залог земельных участков, находящихся в пожизненном наследуемом владении (ст. 267 ГК). Если отчуждение имущества требует согласований с какими-либо органами или согласия третьих лиц — такие согласования и согласия под страхом недействительности договора о залоге должны быть получены до его заключения. В частности, если в силу устава юридического лица отчуждение какого-либо имущества требует согласия правления или другого органа управления, то получение такого согласия необходимо и для залога этого имущества.

Упомянем еще два положения, которые, хотя и не следуют напрямую из определения залога, имеют принципиальное значение. Принцип следования означает, что право залога следует за вещью и разделяет ее судьбу. В случае перехода права собственности (права хозяйственного ведения) на заложенное имущество к другому лицу, право залога сохраняет силу, т. е. «следует» за имуществом. Новый собственник становится на место залогодателя, т. е. принимает все его обязанности, если залогодержатель не освободит его от них (ст. 353 ГК). Проявлением принципа следования является и то, что гибель предмета залога влечет прекращение права залога (ст. 352 ГК).

Принцип старшинства залогов проявляется в том случае, когда имущество, находящееся в залоге, закладывается в обеспечение других требований (ст. 342 ГК), иначе говоря, передается в так называемый последующий залог (перезалог). Последующий залог используют, если стоимость имущества велика и из нее может быть; удовлетворено несколько требований. Залогодержатели выстраиваются по старшинству: каждый последующий залогодержатель удовлетворяет свои требования после предшествующих залогодержателей. Очевидно, что наличие последующего залога не безразлично для залогодержателей. Оказаться «последующим» — значит ограничить свои преимущества, помимо общих ограничений, еще и интересами «старших» залогодержателей. Поэтому залогодатель обязан сообщать каждому последующему залогодержателю сведения обо всех существующих залогах данного имущества. Но и «старшие» залогодержатели зависят от «последующих». В частности, их интересы могут быть затронуты, если «последующий» залогодержатель получит право обратить взыскание на предмет залога раньше, чем это право возникнет у «старшего». Поэтому залогодержатель может запретить последующий залог.

# **2.3 Удержания вещи**

Право удержания (jus retentionis) - институт древнего происхождения. Он был известен в римском праве, применялся и применяется во многих правовых системах. В действующем российском гражданском законодательстве право удержания легализовано нормой п. 1 ст. 359 ГК.

Кредитор, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, вправе в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещению кредитору связанных с ней издержек и других убытков удерживать ее до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено. Удержанием вещи могут обеспечиваться также требования, хотя и не связанные с оплатой вещи или возмещением издержек на нее и связанных с ней других убытков, но возникшие из обязательства, стороны которого действуют как предприниматели.

Как видно, право удержания вещи применяется ретентором (лицом, удерживающим вещь) к нарушителю его прав самостоятельно, без обращения за защитой права к компетентным государственным органам. Поэтому само легальное определение дает основания для отнесения права удержания к разновидности мер оперативного воздействия, а именно к мерам оперативного воздействия, связанным с обеспечением встречного удовлетворения.

Право удержания относится к числу правоохранительных мер обеспечительного характера, предусмотренных непосредственно законом. Иначе говоря, содержание этого права и основания его применения определяются законом, а не волей ретентора. Волей ретентора определяется решение вопроса, использовать или не использовать право удержания при наличии основания для этого, а также действия по осуществлению права удержания вещи. Поэтому одностороннюю сделку представляет собой только действие по осуществлению права на удержание вещи, но никак не само право удержания.

Функции права удержания сводятся к решению двух задач:

а) обеспечение и стимулирование надлежащего исполнения должником соответствующего денежного обязательства;

б) компенсация денежных требований кредитора (ретентора) из стоимости удерживаемой вещи в объеме и порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом (ст. 360 ГК). Право удержания сохраняется при переходе права на удерживаемую вещь к третьим лицам. В соответствии с п. 2 ст. 359 ГК кредитор может удерживать находящуюся у него вещь, несмотря на то, что после того, как эта вещь поступила во владение кредитора, права на нее приобретены третьим лицом.

По содержанию функций, определенных действующим законодательством, право удержания можно подразделить на два вида:

- общегражданское, используемое для обеспечения исполнения обязательств, субъектами которых могут быть как предприниматели, так и лица, не являющиеся таковыми;

- торговое (предпринимательское), применяемое с целью обеспечения исполнения обязательств, обе стороны (участники) которых действуют как предприниматели.

От права удержания, являющегося институтом гражданского права, необходимо отличать право удержания, предусмотренное в таможенном законодательстве с целью обеспечения исполнения обязанностей субъектов по уплате таможенных пошлин и платежей и применяемое государством в лице уполномоченных органов.

Основаниями возникновения общегражданского права удержания являются:

а) неисполнение должником в срок обязательства по оплате вещи;

б) неисполнение должником в срок обязательства по возмещению издержек и других убытков (ч. 1 п. 1 ст. 359 ГК).

Требования, которые могут обеспечиваться правом удержания, всегда носят денежный характер. Для отнесения требования к числу обеспечиваемых общегражданским правом удержания той или иной вещи необходимо, чтобы требование являлось следствием реализации обязательства, материальным предметом которого выступала удерживаемая вещь. Требования, находящиеся вне связи с обязательством, предметом которого является вещь, подлежащая передаче должнику, не могут обеспечиваться общегражданским правом удержания такой вещи. Так, гражданин не вправе удерживать после истечения срока аренды арендованный легковой автомобиль, ссылаясь на то, что арендодатель получил у него заем и не исполняет обязательства по возврату суммы займа и выплате процентов.

Предметом права удержания может быть только вещь, являющаяся собственностью должника (или принадлежащая ему на ином титуле), т.е. чужая для кредитора вещь. Объектом удержания не может быть собственная вещь ретентора, подлежащая передаче должнику, например, в случае допущенной покупателем вещи просрочки платежа, так как абсурдно само предположение, что собственник вещи должен получить удовлетворение своих денежных требований за счет стоимости собственной вещи. Поэтому "удержание" собственной вещи может рассматриваться исключительно как форма приостановки исполнения обязательства или отказа от исполнения, предусмотренная п. 2 ст. 328 ГК.

Ретентору в рамках права на удержание вещи принадлежат два правомочия.

Во-первых, ретентор, удерживая вещь, является ее титульным владельцем, а потому может совершать фактические действия по обеспечению сохранности предмета удержания (самозащита - ст. 14 ГК), а также предъявлять иски по защите прав владельца, не являющегося собственником (ст. 305 ГК).

Во-вторых, ретентор обладает правом на получение удовлетворения своих требований из стоимости удерживаемой вещи в объеме и в порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом (ст. 360 ГК). Отсюда следует, что нормы ст. 348-350 ГК, регламентирующие порядок обращения взыскания на заложенное имущество и его реализацию, в полной мере применяются при осуществлении указанного полномочия ретентора. В обращении взыскания на удерживаемую вещь может быть отказано, если допущенное должником нарушение будет незначительно, а размер требований ретентора вследствие этого будет явно несоразмерен стоимости удерживаемой вещи.

Основной обязанностью ретентора является необходимость принятия мер сохранения удерживаемой вещи, соответствующих обычаям делового оборота. Если ретентор допустит порчу вещи, ухудшение ее качества, то он несет ответственность: при общегражданском удержании - при наличии вины, а при торговом удержании - независимо от нее. Если ретентор использует удерживаемую вещь, то в силу неправомерности такого пользования он должен возместить собственнику или иному титульному владельцу удерживаемой вещи убытки, причиненные этим, а также выплатить неосновательное обогащение, возникшее в связи с этим.

Должник в случае удержания его вещи ретентором имеет права, корреспондирующие с обязанностями последнего, - право требовать обеспечения сохранности вещи, возмещения убытков, причиненных порчей удерживаемой вещи, и т.д. Вместе с тем у должника при удовлетворении требований ретентора из стоимости удерживаемой вещи в объеме и порядке, предусмотренном для удовлетворения требований, обеспеченных залогом, возникают права, однопорядковые правам залогодержателя при наложении взыскания на предмет залога и его реализации. В частности, должник вправе просить суд, обращающий взыскание на удерживаемое имущество, об отсрочке его продажи с публичных торгов на срок до одного года.

# **2.4 Поручительство как способ обеспечения исполнения обязательств**

Поручительство - гражданское правоотношение, содержанием которого является ответственность определенного лица (поручителя) за нарушение прав и охраняемых законом интересов активного субъекта определенных правоотношений, последовавшее со стороны его контрагента в этих правоотношениях - обязанного субъекта.

Поручительство - традиционный способ обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств, существо которого заключается в том, что поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части (ст. 361 ГК РФ). Под поручительством понимается присоединенное к главному обязательству дополнительное условие об исполнении его третьим лицом - поручителем - в случае неисправности должника.

Тем самым поручительство увеличивает для кредитора вероятность исполнения обязательства, поскольку в случае его нарушения должником кредитор может предъявить свои требования к поручителю.

Определение договора поручительства по сравнению с ранее действовавшим законодательством осталось почти прежним. Новеллой представлена лишь часть вторая ст. 361 ГК РФ, устанавливающая, что договор поручительства может быть заключен также для обеспечения обязательства, которое возникнет в будущем.

Основные положения ст. 361 ГК РФ связаны с тем, что поручитель полностью или частично отвечает за обязательства должника; платежеспособность поручителя играет существенную роль для кредитора; поручительство увеличивает для кредитора вероятность исполнения обязательства; поручительство возможно только в силу договора; в отличие от Гражданского кодекса РСФСР 1964 г., допускавшего заключение договора поручительства только при наличии уже состоявшегося обязательства, обеспечить которое собирался поручитель, ГК РФ допускает возможность заключения договора поручительства для обеспечения обязательства, которое возникнет в будущем. Эта новая норма приобретает особое значение при заключении кредитных договоров.

Таким образом, правоотношение поручительства устанавливается договором. Договор, являющийся основанием возникновения правоотношений поручительства, именуется договором поручительства. По договору поручительства одна сторона (поручитель) обязывается перед другой стороной (кредитором третьего лица) отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части.

Действующее законодательство позволяет применять договор поручительства для создания правоотношений ответственности только за неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательств. Обязательственное правоотношение, возникшее между кредитором и должником (или лицом, которое обеспечивает обязательство должника) в связи с обеспечением обязательства любым из названных способов, является дополнительным по отношению к обеспечиваемому обязательству, которое в данной конструкции считается основным.

Договор поручительства содержит в себе обязательство поручителя отвечать за исполнение основного обязательства, следовательно, обязательство поручителя возникает с момента неисполнения или ненадлежащего исполнения основного обязательства должником. В момент заключения договора поручительства сторонам неизвестно, исполнит надлежащим образом должник обязательство или нет, поэтому договор поручительства должен рассматриваться как сделка, совершаемая под отлагательным условием. Если должник оказывается исправным и исполняет обязательство в точном соответствии с его условиями, обязательство поручителя не возникает.

На практике сфера применения договора поручительства еще уже - создание правоотношений ответственности за неисполнение (ненадлежащее исполнение) договорных обязательств.

Встречаются и еще более узкие варианты постановки проблемы: например, рассмотрение поручительства как способа обеспечения возврата кредита. Однако ни с теоретической точки зрения, ни с законодательной нельзя запретить обеспечение поручительства, например, обязательство уплатить по векселю или чеку, выплатить публично обещанное вознаграждение, возместить причиненный вред или возвратить неосновательно полученное имущество, т.е. обязательство внедоговорное.

Договор поручительства является односторонне обязывающим, консенсуальным и возмездным. Между тем поручительство допустимо и на безвозмездной основе, однако при этом в силу ст. 423 ГК РФ факт безвозмездности поручительства должен быть оговорен в тексте договора.

В договоре поручительства должны быть указаны такие аспекты, как:

- обязательство, обеспечиваемое поручительством;

- объем ответственности поручителя (принимает он на себя ответственность за исполнение обязательства в целом или в его части) с указанием суммы;

- обстоятельства, при которых наступает ответственность поручителя за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств должника;

- вид ответственности поручителя (солидарная или субсидиарная);

- количество поручителей и доля ответственности каждого из них перед кредитором.

Основанием возникновения поручительства может быть только договор. Одностороннее обязательство лица, в том числе в пользу определенного лица, отвечать за неисправность должника по определенному обязательству не может быть признано основанием возникновения правоотношений поручительства до тех пор, пока это обязательство не принято кредитором, причем в той же форме, что и само обязательство. Так, письменной форме обязательства должен соответствовать письменный ответ кредитора.[[17]](#footnote-17)1

Поручитель может взять на себя ответственность за исполнение должником обязательства, ограничив свою ответственность определенным сроком. В этом случае говорят о поручительстве, ограниченном сроком. Данный вид поручительства необходимо отличать от поручительства на срок, в котором поручитель принимает на себя ответственность не просто за исполнение обязательства главным должником, а за исполнение его в срок.

Особой разновидностью поручительства является аваль. Аваль представляет собой одностороннюю абстрактную сделку, в силу которой определенное лицо (авалист) принимает на себя простое и ничем не обусловленное одностороннее обязательство платежа суммы векселя или чека полностью или в части за счет (вместо) иного лица, уже обязанного к платежу по данному векселю или чеку.

Другой особой разновидностью поручительства является делькредере - ручательство комиссионера за исполнение третьим лицом сделки, заключенной с ним за счет комитента (п. 1 ст. 993 ГК РФ). За принятие делькредере комитент обязан выплатить комиссионеру вознаграждение в размере и в порядке, предусмотренном в договоре комиссии (п. 1 ст. 991 ГК РФ).

К поручительству применяются общие нормы гражданского законодательства о договорах, в том числе правило о недопустимости одностороннего расторжения (изменения) договора. Объем и характер ответственности поручителя зависят от содержания договора поручительства. Например, поручитель вправе оговорить, что он поручается только за возврат должником лишь основной суммы без возмещения убытков и неустойки. Поэтому в договоре поручительства должно содержаться конкретное указание на обязательство, за исполнение которого должником поручитель ручается, и сумму, в пределах которой осуществляется поручительство. Судебная практика признает не имеющими юридической силы договоры, по которым поручитель поручается за выполнение должником любых принимаемых им на себя обязательств.

Российское законодательство - как прошлое, так и современное - не определяет однозначно содержание правоотношения поручительства. В действующем ГК РФ договор поручительства рассматривается как договор о возложении ответственности за противоправное поведение третьего лица в обязательственных правоотношениях. Однако в ст. 365 и 366 говорится об "исполнении обязательства" поручителем.

Аналогичные предписания существовали и в двух предшествующих ГК РФ, и в ряде дореволюционных нормативных актов, что всегда давало повод к трактовке поручительства не только как ответственности за действия третьего лица, но и как обязательства поручителя исполнить то же самое, к чему обязывался должник по основному (обеспеченному) обязательству. Такая постановка вопроса существенно и неоправданно сужает возможную сферу применения правоотношений поручительства.

Для устранения несогласованности в содержании норм ГК РФ нужно истолковать указанные и иные аналогичные двусмысленные его положения в том значении, что речь идет об исполнении поручителем собственного обязательства, т.е. обязательства по несению ответственности, а не обязательства должника.

Учитывая значительные трудности, возникающие на практике при заключении и исполнении договоров поручительства, необходимо помнить, что объем (предел) ответственности должен быть конкретно заложен в содержании договора поручительства. Если в тексте договора не закреплены пределы соответствующей ответственности поручителя, он отвечает перед кредитором в том же объеме и так же, как и должник. Для поручителя возникают и все другие отрицательные последствия: он платит основную сумму долга, причитающиеся кредитору проценты; возмещает кредитору судебные издержки по взысканию долга; покрывает другие убытки кредитора, вызванные неисполнением или ненадлежащим исполнением должником своих обязательств. Если составители договора поручительства не указали "усеченную" ответственность поручителя, он несет полную ответственность перед кредитором.

Субъектами (участниками) правоотношения поручительства являются кредитор (активная, управомоченная сторона) и поручитель (должник, т.е. пассивная, обязанная сторона). Должник по основному обязательству - обязательству, обеспеченному поручительством, - не участвует в правоотношениях поручительства.

Договор поручительства заключается между кредитором по основному обязательству и поручителем без участия должника по основному обязательству. Договор, заключенный между поручителем и должником по основному обязательству, в котором поручитель обязуется перед должником нести ответственность перед его кредитором за нарушение им некоего обязательства, не будет являться договором поручительства в строгом смысле этого слова до тех пор, пока к этому договору не присоединится третий участник - кредитор. До этого момента это будет договор особого типа (sui generis); по видимому - особый тип договора в пользу третьего лица.[[18]](#footnote-18)1

Поскольку договор поручительства заключается между кредитором должника и поручителем, мотивы, побудившие поручителя дать поручение за должника, правового значения, как правило, не имеют. Сущность договора поручения в том и состоит, что он возникает как соглашение между кредитором и поручителем, выступающим в гражданском обороте на стороне должника. Между тем действующее гражданское законодательство устанавливает известные ограничения для лиц, которые могут выступать в качестве поручителя в договоре поручительства. В частности, не могут быть поручителями бюджетные организации, казенные предприятия, за которыми закрепляется имущество на праве оперативного управления, филиалы и представительства, не являющиеся по закону юридическими лицами.

Нет никаких препятствий для того, чтобы поручителями становились любые дееспособные граждане. Вопрос о юридических лицах - значительно сложнее. Поручительство не имеет собственной хозяйственной цели, а значит, заключение сделок поручительства не может быть признано необходимым условием какой бы то ни было области хозяйственной деятельности. Правоспособность же юридического лица по законодательству Российской Федерации носит специальный характер: юридическим лицам разрешается приобретать только такие права и нести только такие обязанности, которые соответствуют целям их деятельности (ст. 49 ГК РФ).

Поскольку поручительство само по себе не может соответствовать цели хоть какой-нибудь деятельности, следует признать, что юридические лица могут поручаться за кого-либо только в случае, если такая возможность прямо предусмотрена в их учредительных документах или (для лиц определенного вида) в нормативных актах. Данный вывод распространяется на все организации, как коммерческие, так и некоммерческие.

Очень важным является вопрос о моменте времени, когда может быть дано согласие поручителя или залогодателя отвечать за нового должника. Оно не может быть дано после замены должника, ибо замена должника прекращает ранее существовавшее обязательство с участием переводителя, а значит, и все дополнительные к нему обязательства, в том числе обязательства залогодателей - третьих лиц и поручителей. Следовательно, их согласие должно быть сделано до такой замены, а именно:

а) до или после предварительного согласия кредитора, но до вступления в силу договора перевода долга, либо

б) до или после вступления в силу договора перевода долга, но обязательно до вступления в силу последующего согласия (одобрения) кредитора.

Договор поручительства, заключенный для обеспечения обязательства по кредитному договору, которое возникает в будущем, соответствует ст. 361 ГК РФ. Данное обстоятельство не дает оснований считать договор поручительства незаключенным. Об этом, в частности, говорится в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 сентября 1997 г. N 2515/97. Согласно ст. 361 ГК РФ договор поручительства может быть заключен для обеспечения обязательства, которое возникнет в будущем. Уменьшение объема ответственности поручителя не должно влечь за собой последствий, предусмотренных ч. 2 ст. 367 ГК РФ. Выводы о действительности договора поручительства и солидарной ответственности должника и поручителя являются правильными. Начисление процентов на проценты противоречит требованиям ст. 395 ГК РФ.

Из материалов дела следует, что Сахакредитбанк (кредитор) и КБ "Томмотский" (поручитель) 15 мая 1995 г. подписали договор поручительства, согласно которому поручитель обязался перед кредитором отвечать за исполнение АООТ "Алданслюда" (заемщиком) обязательств по возврату кредита в сумме 1 500 000 000 руб.

Кредитный договор на момент подписания договора поручительства не был заключен, однако в п. 1.1 последнего предусмотрено, что поручитель отвечает за исполнение должником его обязательств, не только существующих в настоящее время, но и тех, которые могут возникнуть в будущем. Объем ответственности поручителя конкретно сформулирован в договоре поручительства: сумма кредита, размер процентов за пользование им и т.д.

Договор N 596 между Сахакредитбанком и АООТ "Алданслюда" на предоставление последнему кредита в сумме 1 500 000 000 руб. заключен только 15 августа 1995 г. По условиям этого договора размер процентов за пользование кредитом, включая повышенные, не превысил показателей, указанных в договоре поручительства. Таким образом, имущественные интересы поручителя при заключении кредитной сделки не нарушены.[[19]](#footnote-19)1

В соответствии со ст. 361 ГК РФ договор поручительства может быть заключен для обеспечения обязательства, которое возникнет в будущем. Уменьшение объема ответственности поручителя не должно влечь за собой последствия, предусмотренные ч. 2 ст. 367 ГК РФ.

Обязанность поручителя отвечать за неисполнение обязательства должником не означает, что поручитель принимает на себя все обязанности должника. Зачастую по объективным причинам он просто не способен их выполнить. Поэтому поручитель по общему правилу несет обязанность возместить неисполненное должником в денежной форме. В связи с этим наибольшее распространение поручительство получило в денежных обязательствах. Поручитель и должник хотя и несут солидарную ответственность перед кредитором, но основания их обязанностей различны. Должник, например, состоит с кредитором в отношениях по займу (кредитный договор), а поручитель с тем же кредитором - в отношениях поручительства.

Лица, совместно давшие поручительство, отвечают перед кредитором солидарно. Совместные поручители несут солидарную ответственность не только друг перед другом, но и с должником по обеспеченному поручительством обязательству. Солидарная ответственность сопоручителей может быть устранена включением специальной оговорки об этом в текст договора поручительства.

Однако лица, независимо друг от друга поручившиеся за одного и того же должника по разным договорам поручительства, не становятся солидарно обязанными в отношении друг друга, хотя и принимают на себя солидарную с должником ответственность перед кредитором.

# 

# **2.5 Банковская гарантия**

Банковская гарантия представляет собой новый, ранее не известный отечественному законодательству способ обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств. Способ этот состоит в том, что банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате (ст. 368 ГК РФ).

Несмотря на абсолютную новизну банковской гарантии для российского законодательства в юридической литературе не прекращаются попытки найти и определить черты банковской гарантии, делающие ее похожей на иные способы обеспечения исполнения обязательств и даже на иные гражданско-правовые институты, не имеющие отношения к способам обеспечения исполнения обязательств.

Ранее в ГК РСФСР 1964 г. и Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. гарантия приравнивалась к поручительству и на нее распространялись посвященные поручительству правила. В письме Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 мая 1993 г. N С-13/ОП-167 "Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно-арбитражной практике" разъяснялось: свидетельством заключения договора гарантии является сообщение, направленное в письменном виде кредитором гаранту, о том, что он принимает полученное последним гарантийное письмо. В случае, когда подтверждение кредитора не было получено, рекомендовалось исходить из того, имеется ли ссылка на гарантию в основном договоре. При отсутствии в договоре указанной ссылки отношения по гарантии считались неустановленными. В настоящее время извещение бенефициара или ссылка на гарантию в договоре не требуется, хотя стороны могут предусмотреть и такой порядок вступления гарантии в силу. В такой интерпретации банковская гарантия представляется неким результатом развития института гарантии, имевшегося в гражданском законодательстве советского периода.

Банковская гарантия является новым для отечественного законодательства самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательств. Наиболее продуктивным методом исследования данного гражданско-правового института представляется определение и исследование характерных особенностей банковской гарантии, выделяющих ее в отдельный, самостоятельный способ обеспечения исполнения обязательств.

Институт гарантии активно используется в различных зарубежных правовых системах для регулирования имущественного оборота. Гарантия (portefort, garantie, idemnity) носит самостоятельный характер, она не прекращается, например, в случае недействительности основного договора. Обязанное по гарантии лицо гарантирует кредитора от убытков при наступлении определенных условий. Вместе с тем специальных норм, регламентирующих отношения по гарантии, гражданские кодексы многих государств (Франция, ФРГ, Швейцария) не содержат. В регулировании отношений по гарантии большая роль отводится обычаям делового оборота.[[20]](#footnote-20)1

При подготовке проекта нового ГК РФ исходным материалом для определения и формулирования норм о банковской гарантии послужили Унифицированные правила для гарантий по требованию, разработанные Международной торговой палатой в 1992 г. Указанные Правила подлежат применению лишь в случае прямого указания на них сторонами в гарантии.

Следует, однако, отметить, что и ранее, до принятия Международной торговой палатой Унифицированных правил, банковская гарантия активно применялась в международной торговле.

И все же анализ банковской гарантии как самостоятельного способа обеспечения исполнения обязательств по российскому гражданскому праву должен осуществляться исходя из содержания конкретных правовых норм, включенных в текст ГК РФ. Заслуживают внимания следующие наиболее существенные черты банковской гарантии, призванной обеспечить надлежащее исполнение принципалом обязательства перед бенефициаром.

Прежде всего, необходимо отметить особый субъектный состав участников отношений, связанных с банковской гарантией. В качестве гаранта могут выступать только банки, иные кредитные учреждения или страховые организации. Лицо, обращающееся к гаранту с просьбой о выдаче банковской гарантии (принципал), суть должник в основном обязательстве, исполнение которого обеспечивается банковской гарантией. И, наконец, лицо, наделенное правом предъявлять требования к гаранту (бенефициар), является кредитором в основном обязательстве.

Банковская гарантия представляет собой облекаемое в письменную форму одностороннее обязательство, в соответствии с которым гарант обязуется уплатить бенефициару - кредитору по обеспечиваемому банковской гарантией обязательству определенную денежную сумму.

Право бенефициара в отношении гаранта может быть реализовано путем предъявления письменного требования, которое должно соответствовать условиям, предусматриваемым самой банковской гарантией.

Важно подчеркнуть, что в отличие от поручительства, одним из оснований прекращения которого является непредъявление кредитором к поручителю иска в пределах срока, на который оно выдано, в отношениях по банковской гарантии бенефициар должен обратиться к гаранту с письменным требованием, каковым могут быть признаны претензия либо любое иное представление требования в письменной форме, которое соответствовало бы условиям выданной гарантии. В частности, к такому письменному требованию должны быть приложены документы, указанные в гарантии; в требовании должно быть указано, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана банковская гарантия; требование бенефициара должно быть представлено гаранту до истечения срока, определенного в гарантии (ст. 374 ГК РФ).

Обязанность бенефициара предъявить к гаранту не иск, а письменное требование подтверждается и практикой Высшего Арбитражного Суда РФ. К примеру, по одному из дел Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отменил решение арбитражного суда об отказе в иске, предъявленном бенефициаром к гаранту, по мотиву предъявления указанного иска за пределами срока, определенного банковской гарантией, и вынес новое решение об удовлетворении исковых требований бенефициара. Основанием для такого решения послужило то обстоятельство, что, несмотря на предъявление бенефициаром иска к гаранту по истечении срока, установленного гарантией, письменное требование бенефициара к гаранту было предъявлено в пределах этого срока. К указанному письменному требованию были приложены все документы, предусмотренные гарантией. Между тем гарант каких-либо возражений по поводу предъявленного бенефициаром письменного требования не заявлял[[21]](#footnote-21)1.

Отношения гаранта и принципала характеризуются тем, что банковская гарантия должна выдаваться на возмездной основе; за выдачу банковской гарантии принципал уплачивает гаранту вознаграждение (п. 2 ст. 369 ГК РФ). ГК РФ не содержит никаких правил, позволяющих определить размер такого вознаграждения и порядок его уплаты. Видимо, эти вопросы должны решаться в соглашении о выдаче банковской гарантии, заключаемом между гарантом и принципалом. Необходимость такого соглашения предопределяется также нормой о том, что право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия (п. 1 ст. 379 ГК РФ).

В связи с этим в судебной практике возник вопрос, может ли повлиять на обоснованность требования бенефициара, предъявленного к гаранту, то обстоятельство, что между гарантом и принципалом отсутствует письменное соглашение, определяющее размер и порядок выплаты принципалом вознаграждения гаранту? Судя по постановлениям, которые принимались Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ по конкретным делам, на этот вопрос судебная практика отвечает отрицательно.

Так, по одному из подобных дел Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отклонил протест, принесенный в порядке надзора, в котором ставился вопрос об отмене решения арбитражного суда о взыскании с банка-гаранта денежной суммы, гарантированной указанным банком. Основные доводы протеста заключались в том, что банковская гарантия выдана по просьбе заемщика в целях обеспечения его обязательства по возврату кредита на безвозмездной основе, в силу чего она является недействительной, а одно из условий банковской гарантии о том, что гарант несет ответственность солидарно с должником, свидетельствовало, по мнению лица, принесшего протест, о фактически выданном в данном случае поручительстве. В постановлении Президиума указано: банковская гарантия отражает волеизъявление заемщика (принципала) и банка-гаранта на установление отношений по банковской гарантии и содержит предусмотренные ст. 368 ГК РФ признаки банковской гарантии. Установление солидарной ответственности банка-гаранта не является основанием для определения банковской гарантии как поручительства. Вопрос же о возмездности (или безвозмездности) банковской гарантии касается только отношений гаранта и принципала и не может рассматриваться в качестве основания к отказу гаранта в удовлетворении требований бенефициара. Бенефициаром соблюдены условия, установленные ст. 374 ГК РФ, для предъявления требования гаранту: требование заявлено до истечения срока действия гарантии с указанием на нарушение заемщиком обязательств по возврату кредита и уплате процентов. При таких обстоятельствах арбитражный суд пришел к правильному выводу о том, что банк-гарант выдал именно банковскую гарантию и должен произвести по ней выплату соответствующей денежной суммы независимо от нецелевого использования кредита заемщиком (на что также ссылался гарант), поскольку банковская гарантия согласно ст. 370 ГК РФ не зависит от основного обязательства[[22]](#footnote-22)1.

По общему правилу банковская гарантия является безотзывной, поскольку не может быть отозвана выдавшим ее гарантом; права бенефициара по банковской гарантии непередаваемы, так как принадлежащее бенефициару требование к гаранту не может быть передано другому лицу (ст. 371 и 372 ГК РФ). Оба эти правила носят диспозитивный характер; самой гарантией может быть предусмотрено и право гаранта отозвать банковскую гарантию при определенных условиях, и право бенефициара передать право требования к гаранту иному лицу.

Основная обязанность гаранта состоит в удовлетворении письменного требования бенефициара, предъявленного с соблюдением условий гарантии. ГК РФ устанавливает также сопутствующие этой основной обязанности дополнительные обязанности гаранта, связанные с рассмотрением требования бенефициара. В частности, по получении требования бенефициара гарант должен без промедления уведомить об этом принципала и передать ему копии требования со всеми относящимися к нему документами. Требование бенефициара должно быть рассмотрено гарантом в разумный срок. При этом гаранту необходимо проявить разумную заботливость, чтобы установить, соответствуют ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии (ст. 375 ГК РФ). Оценка того, является ли срок, затраченный гарантом на рассмотрение требования бенефициара, разумным, производится судом при рассмотрении спора между гарантом и бенефициаром с учетом всех конкретных обстоятельств такого спора. Данное обстоятельство имеет большое практическое значение для определения момента, с которого гарант может считаться должником, просрочившим денежное обязательство. От этого зависит объем ответственности гаранта.

Одна из главных отличительных черт банковской гарантии, выделяющих ее из круга всех остальных способов обеспечения исполнения обязательств, - независимость от основного обязательства. Можно констатировать практически полное отсутствие какой-либо связи между обязательством гаранта уплатить соответствующую сумму бенефициару и основным обязательством, обеспеченным банковской гарантией. Более того, в ГК РФ специально подчеркивается, что предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии будет содержаться ссылка на это обязательство (ст. 370 ГК РФ).

Принцип независимости обязательства гаранта перед бенефициаром от основного обязательства проявляется в том, что основаниями к отказу в удовлетворении требования бенефициара могут служить исключительно обстоятельства, связанные с несоблюдением условий самой гарантии, не имеющие никакого отношения к основному обязательству.

Что же касается иных обстоятельств, относящихся к основному обязательству и, в частности, свидетельствующих о его исполнении должником, либо прекращении по иным основаниям, либо о признании его недействительным, то они не могут служить основанием к освобождению гаранта от исполнения обязательства, вытекающего из банковской гарантии. В подобных случаях гаранту предоставлено право лишь немедленно сообщить об этих обстоятельствах бенефициару и принципалу. Однако при получении (несмотря на такое сообщение) повторного требования бенефициара гарант обязан его удовлетворить (ст. 376 ГК РФ). Практический смысл данного положения заключается в том, что гарант, сообщивший об известных ему обстоятельствах, касающихся прекращения или недействительности основного обязательства, не может быть признан находящимся в просрочке по своему обязательству перед бенефициаром до получения от последнего повторного письменного требования и истечения разумного срока на его рассмотрение.

Следует заметить, что некоторые авторы находят формулировку ст. 370 ГК РФ "независимость банковской гарантии от основного обязательства" неудачной. По их мнению, обязательство гаранта не может быть абсолютно независимым от основного обязательства, так как в своем требовании об уплате денежной суммы по гарантии бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, и, следовательно, гарант производит платеж по гарантии лишь в случае неисполнения принципалом основного обязательства.

Такая позиция является, скорее всего, следствием недоразумения, вызванного концентрацией внимания не на содержании нормы, а на заголовке статьи, который, как известно, не имеет определяющего правового значения. Что же касается содержания самой нормы, то там речь не идет о независимости банковской гарантии от основного обязательства. Суть правила состоит в том, что от основного обязательства не зависит предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром (причем в отношениях между ними). Данное правило не вызывает сомнений, оно не может быть опровергнуто даже положением о том, что бенефициар в своем требовании к гаранту должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства: указанная обязанность бенефициара носит сугубо формальный характер, поскольку относится скорее к оформлению письменного требования, но никак не к существу отношений, складывающихся между гарантом и бенефициаром. Ведь даже в случае если основное обязательство будет прекращено, в том числе по причине его надлежащего исполнения должником, повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом (п. 2 ст. 376 ГК РФ).

Хотелось бы обратить внимание на иную, более принципиальную проблему, связанную с соотношением обязательств гаранта по банковской гарантии и основного обязательства. Вопрос можно сформулировать следующим образом: как влияет исполнение либо неисполнение гарантом своего обязательства по банковской гарантии на судьбу основного обязательства, и, в частности, на объем прав требований кредитора (бенефициара) к должнику (принципалу)? Видимо, в связи с отсутствием в ГК РФ каких-либо норм, определяющих последствия исполнения гарантом обязательств по гарантии для основного обязательства, а также в силу принципиальной возможности предъявления гарантом регрессных требований к принципалу (ст. 379 ГК РФ), применяя по аналогии нормы о поручительстве, можно сделать вывод о том, что исполнение гарантом своих обязательств перед бенефициаром погашает в соответствующей части права требования последнего (кредитора) к должнику (принципалу) по основному обязательству. Иной вывод (о сохранении основного обязательства в прежнем виде) допускал бы неосновательное обогащение кредитора и противоречил бы принципу справедливости.

Определяя пределы обязательства гаранта (ст. 377), ГК РФ разграничивает само обязательство (уплатить денежную сумму, на которую выдана гарантия) и ответственность гаранта за невыполнение или ненадлежащее выполнение этого обязательства. В первом случае объем выполняемого гарантом обязательства не может выходить за пределы суммы, обозначенной в банковской гарантии. Во втором случае, по общему правилу, ответственность гаранта за нарушение обязательства, вытекающего из банковской гарантии, не ограничивается размером суммы гарантии, если самой гарантией не предусмотрено иное. Это означает, что, опять же по общему правилу, при невыполнении или ненадлежащем выполнении своих обязательств гарант несет ответственность в порядке и на условиях, предусмотренных гл. 25 ГК РФ. В этом плане ответственность гаранта с момента истечения разумного срока на рассмотрение полученного им требования бенефициара ничем не должна отличаться от ответственности должника по денежному обязательству. Помимо требования о взыскании суммы, на которую выдана гарантия (по сути, это требование об исполнении обязательства в натуре), бенефициар вправе также потребовать от гаранта уплаты процентов годовых на эту сумму (ст. 395 ГК РФ), а также в части, не покрытой процентами, возмещения причиненных убытков (ст. 393 ГК РФ).

Вслед за текстом ст. 377 ГК РФ необходимо четко дифференцировать и сами требования бенефициара к гаранту на требование об исполнении обязательства, и требование о применении к гаранту установленной ответственности с точки зрения порядка и сроков их предъявления. Не удовлетворенное гарантом письменное требование бенефициара об исполнении обязательства может быть предъявлено бенефициаром в форме иска в пределах общего срока исковой давности, начальным моментом для исчисления которого может служить истечение разумного срока на рассмотрение гарантом первоначально заявленного письменного требования бенефициара. Этот же момент является отправной точкой и для исчисления срока исковой давности по иску бенефициара о взыскании с гаранта убытков и процентов годовых; при всех условиях такой иск не ограничен сроком, на который выдана гарантия, и может быть предъявлен бенефициаром в пределах общего срока исковой давности.

Кодекс устанавливает ограниченный перечень оснований прекращения банковской гарантии (ст. 378). Все они связаны либо с надлежащим исполнением гарантом своего обязательства, либо с односторонним волеизъявлением самого бенефициара. Всего предусмотрено четыре основания прекращения банковской гарантии:

- уплата бенефициару суммы, на которую выдана гарантия;

- окончание определенного в гарантии срока, на который она выдана;

- отказ бенефициара от своих прав по гарантии и возвращение ее гаранту;

- отказ бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств.

Поскольку прекращение обязательств по банковской гарантии, в том числе по указанным основаниям, касается лишь взаимоотношений, складывающихся между гарантом и бенефициаром, ГК РФ предусматривает также обязанность гаранта, которому стало известно о прекращении гарантии, без промедления уведомить об этом принципала (п. 2 ст. 378).

С практической точки зрения важно ответить на вопрос: могут ли служить основаниями прекращения банковской гарантии общие основания прекращения обязательства (гл. 26 ГК РФ)? Собственно говоря, специальные правила о прекращении банковской гарантии включают в себя и некоторые общие основания прекращения гражданско-правового обязательства. К примеру, уплата бенефициару гарантом суммы, на которую выдана банковская гарантия, означает надлежащее исполнение должником своего обязательства, что признается общим основанием прекращения всякого обязательства (п. 1 ст. 408); отказ бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательства может быть одновременно квалифицирован как прощение долга (ст. 415).

Что касается иных общих оснований прекращения гражданско-правового обязательства, то исходя из содержания норм, их устанавливающих, представляется, что нет никаких препятствий для их применения и к обязательствам, вытекающим из банковской гарантии. Таким образом, помимо специальных оснований прекращения банковской гарантии, предусмотренных в ст. 378 ГК РФ, основанием прекращения обязательств гаранта могут служить также отступное (ст. 409), зачет встречного однородного требования (ст. 410), совпадение должника и кредитора в одном лице (ст. 413), новация обязательства (ст. 414) и др. Исключение, видимо, составляет лишь такое основание прекращения обязательства, как невозможность исполнения (ст. 416), которое не подлежит применению к любому денежному обязательству, включая банковскую гарантию.

Особый интерес вызывает содержащееся в п. 1 ст. 379 ГК РФ положение о том, что право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия. Данное положение приводится буквально, поскольку его редакция в ГК РФ имеет принципиальное значение.

Указанная норма в литературе истолкована следующим образом: гарант, уплативший соответствующую сумму бенефициару, имеет право на предъявление регрессных требований к принципалу только в том случае, когда это прямо предусмотрено соглашением с последним. Такой подход не соответствует норме, содержащейся в п. 1 ст. 379 ГК РФ, ни по ее содержанию, ни по буквальному выражению. Указанная норма не устанавливает правила, в соответствии с которым право гаранта на регрессные требования к принципалу возникает из соглашения с последним. Иначе редакция нормы была бы иной, например: "Гарант вправе потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, если это предусмотрено соглашением гаранта с принципалом" либо "гарант не вправе требовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, если иное не предусмотрено соглашением гаранта с принципалом".[[23]](#footnote-23)1

Своеобразная редакция положения п. 1 ст. 379 ГК РФ, которое гласит, что "право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия", вызвана особенностями взаимоотношений между гарантом и принципалом, главная из которых заключается в их возмездном характере: за выдачу банковской гарантии принципал уплачивает гаранту вознаграждение. Размер и порядок уплаты такого вознаграждения должны быть определены соглашением между гарантом и принципалом. Право на регрессное требование к принципалу, которым, безусловно, обладает гарант, уплативший бенефициару денежную сумму по банковской гарантии, не может не учитывать размер вознаграждения, полученного гарантом от принципала за выданную банковскую гарантию. Именно этот вопрос об объеме регрессного требования гаранта к принципалу с учетом полученного гарантом вознаграждения от последнего (а не о предоставлении гаранту права регресса) должен решаться в соглашении между гарантом и принципалом во избежание неосновательного обогащения гаранта за счет принципала. Только в этом состоит причина необычной редакции нормы, содержащейся в п. 1 ст. 379 ГК РФ.

Противоположный предлагаемому подход, в соответствии с которым гарант получает право на регрессное требование к принципалу в отношении суммы, уплаченной бенефициару, только в случае, предусмотренном соглашением между гарантом и принципалом, при отсутствии такого соглашения допускает неосновательное обогащение принципала. Как уже отмечалось, уплата гарантом соответствующей денежной суммы бенефициару погашает полностью или частично основное обязательство принципала (должника) перед бенефициаром (кредитором). При этих условиях отказ гаранту в праве на регрессное требование к принципалу по сути является признанием законности неосновательного обогащения на стороне принципала, что было бы верхом несправедливости, поскольку в нашем случае в роли принципала выступает должник, не исполнивший основное обязательство.

Отмеченные характерные черты банковской гарантии делают ее самым надежным, по существу твердым обеспечением исполнения обязательств. В этом ее привлекательность для кредиторов, что может послужить причиной широкого применения банковской гарантии в имущественном обороте.

**Заключение**

В ходе проведённого исследования мы пришли к следующим выводам. Обеспечительное обязательство гражданско-правовая мера имущественного характера, создающая для кредитора в основном обязательстве дополнительный, внешний по отношению к этому обязательству источник его исполнения.

Обеспечительные обязательства основаны на каузе особою вида (обеспечительной каузе). Дефекты этой каузы вызывают обычные последствия для обеспечительного обязательства. Особенность же ее состоит в том, что обеспечительную каузу порочат недействительность или отпадение основного обязательства.

Обеспечительные обязательства обладают свойством акцессорности. Из п. 3 ст. 329 ГК следует исключить указание на независимые обеспечения. В ГК следует включить иные признаки акцессорное помимо признака, установленного п. 3 ст. 329 ГК:

— прекращение основного обязательства влечет прекращение обеспечения;

— изменение основного обязательства влечет прекращение обеспечения, за исключением случаев, когда предоставивший обеспечение должник, не являющийся одновременно должником по основному обязательству, согласен нести свою обязанность и дальше; кредитор по основному обязательству имеет право требовать сохранения обеспечения, доказав, что изменение основною обязательства не нарушает интересы должника, предоставившего обеспечение;

- кредитором в основном и обеспечительном обязательствах должно являться одно и то же лицо;

-получение кредитором исполнения за счет обеспечения прекращает обеспечительное и основное обязательства (полностью или в соответствующей части).

Обеспечения в силу своей объективной природы направлены не на стимулирование должника к исполнению обязательства, а на защиту кредитора от неисполнения. Причем защита осуществляется определенным способом - созданием дополнительного источника исполнения основного обязательства. Поэтому неустойка и задаток, будучи мерами гражданско-правовой ответственности, должны быть исключены из числа обеспечении.

Независимость и акцессорность являются альтернативными свойствами обязательств. Банковская гарантия не обладает свойством акцессорности, а поэтому нет оснований для отнесения ее к числу обеспечении, регулируемых гл. 23 ГК. Нормы о банковской гарантии следует выделить в самостоятельную главу и поместить в раздел ГК «Отдельные виды обязательств».

Все способы обеспечения исполнения обязательства оказывают определенное воздействие и на кредитора, и на должника; во всех перечисленных случаях кредитору предоставлены дополнительные меры, обеспечивающие защиту его имущественных интересов, в то время как должник находится под дополнительным бременем имущественных потерь. Такое положение стимулирует его к надлежащему исполнению своих обязанностей.

Особо следует отметить такой способ обеспечения исполнения обязательств, как банковская гарантия. Банковская гарантия в соответствии с положением нормы ст. 370 ГК РФ действительно является независимой от обеспечиваемого ею обязательства, что ни в коей мере не перечеркивает ее дополнительный характер, и, соответственно, ставит в один ряд с другими способами обеспечения исполнения обязательств. Мы пришли к выводу, если обязательство уже исполнено или прекращено, или признано недействительным, отпадает необходимость в его обеспечении. Поэтому правило части второй п. 2 ст. 376 ГК РФ о том, что полученное гарантом повторное требование бенефициара об уплате суммы по банковской гарантии подлежит удовлетворению, целесообразно исключить.

Такое положение позволило бы рассматривать банковскую гарантию именно как способ обеспечения исполнения обязательств, потому что, несмотря на свою независимость, она, как и другие способы обеспечения исполнения обязательств, носит акцессорный характер, призвана обеспечить основное обязательство, играет служебную роль и в той или иной мере производна от обеспечиваемого ею обязательства.

Помимо указанных способов законодатель в качестве специальных правовых мер рассматривает и иные способы обеспечения исполнения обязательств, предусмотренные законом либо договором. К предусмотренным законом, но не указанным в перечне п. 1 ст. 329 ГК РФ (помимо удержания) способам обеспечения исполнения обязательств необходимо отнести меры оперативного воздействия. Категория мер оперативного воздействия является результатом научной классификации правоохранительных мер, закрепленных в законодательстве. Но именно потому, что меры оперативного воздействия - это реально закрепленные в действующем законодательстве правовые конструкции, обладающие только им присущими признаками, их можно отнести к иным предусмотренным законом способам обеспечения исполнения обязательств.

Возможность применения кредитором мер оперативного воздействия в качестве способов обеспечения исполнения обязательств вытекает из закона, но может быть установлена сторонами и в соглашении, определяющем содержание обеспечиваемого обязательства. Как и неустойка, любая мера оперативного воздействия, за исключением права удержания, используемого в предпринимательских целях, является элементом самого обеспечиваемого обязательства.

Широкое применение неустойки в целях обеспечения договорных обязательств объясняется прежде всего тем, что она представляет собой удобное средство упрощенной компенсации потерь кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением должником своих обязательств. В этом смысле неустойке присущи следующие черты: предопределенность размера ответственности за нарушение обязательства, о котором стороны знают уже на момент заключения договора; возможность взыскания неустойки за сам факт нарушения обязательства, когда отсутствует необходимость доказывать наличие убытков, причиненных таким нарушением; возможность для сторон по своему усмотрению формулировать условие договора о неустойке (за исключением законной неустойки), в том числе в части ее размера, соотношения с убытками, порядка исчисления, тем самым, приспосабливая ее к конкретным взаимоотношениям сторон и усиливая целенаправленное воздействие.

Порядок исчисления денежной суммы, составляющей неустойку, может быть различным: в виде процентов от суммы договора или его неисполненной части; в кратном отношении к сумме неисполненного или ненадлежаще исполненного обязательства; в твердой сумме, выраженной в денежных единицах.

Несмотря на кажущуюся простоту, применение неустойки за нарушение договорных обязательств сопряжено с немалыми трудностями. Это в полной мере относится и к законной неустойке. Иллюстрацией к сказанному могут служить многочисленные разъяснения Высшего арбитражного суда Российской Федерации, основанные на обобщении и анализе материалов дел, рассмотренных арбитражными судами, по вопросам применения неустоек за наиболее типичные нарушения в сфере предпринимательства.

Залог представляет собой один из способов обеспечения исполнения обязательств, сущность которого заключается в том, что кредитор по обеспеченному залогом обязательству имеет право в случае неисполнения должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество, за изъятиями, установленными законом (п. 1 ст. 334 ГК).

В современных условиях залог занимает особое место среди способов обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств. Излишне напоминать о таких негативных явлениях, присущих переходному периоду нашей экономики, как суперинфляция, падение уровня производства, повсеместные неплатежи за поставленные товары, выполненные работы или оказанные услуги. В такой ситуации широкое использование ранее популярных способов обеспечения исполнения обязательств, таких, например, как неустойка, теряет практический смысл. В самом деле, откуда контрагенту по договору, который не имеет денежных средств в количестве, достаточном для уплаты долга, взять деньги для уплаты штрафа или пени?

В этом смысле залог обладает несомненными преимуществами. Во-первых, договор залога имущества обеспечивает наличие и сохранность этого имущества на тот момент, когда должнику придется рассчитываться с кредитором. Причем стоимость заложенного имущества будет возрастать пропорционально уровню инфляции. Во-вторых, залог имущества должника обеспечивает кредитору-залогодержателю возможность удовлетворить свои требования за счет предмета залога преимущественно перед другими кредиторами. В-третьих, реальная опасность потерять имущество в натуре (а предметом залога является, как правило, особо ценное, быстроликвидное имущество) является хорошим стимулом для должника исполнить свои обязательства надлежащим образом.

Несмотря на все свои преимущества, залог пока не получил широкого распространения в предпринимательских отношениях. Объясняется это, в первую очередь, отсутствием системы единой государственной регистрации прав на недвижимость и сделок с недвижимым имуществом, которое в качестве предмета залога (ипотеки) является наиболее привлекательным для кредиторов. В результате нередко случается, что одно и то же имущество передается в залог неоднократно. При этом каждый последующий кредитор-залогодержатель не имеет представления о том, что его обязательство обеспечено залогом имущества, уже обремененного ранее заключенными договорами.

Однако отмеченные причины не являются неустранимым препятствием. Напротив, в соответствии с Гражданским Кодексом (ст. 131) предусмотрено, что право собственности и другие вещные права на недвижимые вещи, ограничения этих прав, их возникновение, переход и прекращение подлежат государственной регистрации в едином государственном реестре учреждениями юстиции. Будут регистрироваться право собственности, право хозяйственного ведения, право оперативного управления, право пожизненного наследуемого владения, право постоянного пользования, ипотека и сервитуты. Учитывая, что органам, осуществляющим регистрацию, независимо от места ее совершения вменено в обязанность предоставлять информацию о произведенной регистрации и зарегистрированных правах любому лицу, проблема отсутствия у залогодержателя сведений о правах третьих лиц на заложенное имущество будет разрешена. В связи с этим необходимо принять закон о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

В целом систему правового регулирования отношений по залогу предполагается построить следующим образом. Все основные принципиальные положения содержатся непосредственно в ГК (ст. 334-358), поэтому отдельного закона о залоге не потребуется. Вместе с тем в самом Гражданском Кодексе имеются нормы, отсылающие к специальным законам, регулирующим отдельные виды залога. Прежде всего это закон об ипотеке, сфера действия которого будет распространяться на залог земельных участков, предприятий, зданий, сооружений, квартир и другого недвижимого имущества. Общие правила о залоге, содержащиеся в ГК, применяются к ипотеке в том случае, если законом об ипотеке не будут установлены иные правила. Потребуется также принять закон, регулирующий отношения, связанные с кредитованием граждан ломбардами под залог принадлежащих гражданам вещей, и, видимо, закон о залоге товаров в обороте.

**Список литературы:**

## Нормативная литература

1. Конституция Российской Федерации – М.: принята 12 декабря 1993.

# 2. Гражданский кодекс Российской Федерации часть первая от 30 ноября 1994 г. N 51-ФЗ, часть вторая от 26 января 1996 г. N 14-ФЗ и часть третья от 26 ноября 2001 г. N 146-ФЗ (с изменениями от 2 февраля 2006 г.)

3.Федеральный закон от 16 июля 1998 г. N 102-ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)" (с изм. и доп. от 9 ноября 2001 г., 11 февраля, 24 декабря 2002 г., 5 февраля, 29 июня, 2 ноября, 30 декабря 2004 г.)

4.Закон РФ от 29 мая 1992 г. N 2872-I "О залоге"

5.Федеральный закон от 21 июля 1997 г. N 119-ФЗ "Об исполнительном производстве" (с изм. и доп. от 24 декабря 2002 г., 10 января, 8, 23 декабря 2003 г., 29 июня, 22 августа 2004 г., 12 октября, 27 декабря 2005 г.)

### Научная литература

1. Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. - М.: Статут, 1998.

2. Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2-х ч. М., 1997. Ч. 2.

3. Хвостов В.М. Система римского права: Учебник. М., 1998.

4. Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая. СПб., 1911.

5. Вишневский А.А. Залоговое право. Учебное и практическое пособие, М. 1997г

6. Яковлев В. Ф. О роли гражданского права в реализации решений XXVII съезда КПСС // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. В.Ф. Яковлева, М.Я. Шиминовой, Т.Н. Илларионовой и др. Свердловск, 1986.

7. Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей // М. И. 31.Брагинский, В. В. Витрянский, В. П. Звеков и др. / Под ред. В. Д. Карповича. М., 1995.

8. Эрделевский А.М. Постатейный научно-практический комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: 2006 г.

9. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ. Часть первая. / Под ред. проф. Т.Е.Абовой и А.Ю.Кабалкина - Юрайт-Издат; Право и закон, 2006.

10. Гражданское право: Учебник.- 6-е изд., Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. – М.: 2004 г.

11. Гражданское право. Учебник. Часть II\ Под ред. Эрделевского А.М. - М.: «ПРОСПЕКТ», 1997 г.

12. Советское гражданское право. В 2-х т. / Под ред. О.А. Красавчикова. М., 1985. Т. 2.

13. Гражданское право: Том I. Учебник/ Отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд. М.: БЕК, 2004 г.

14. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ (постатейный) (под ред. О.Н.Садикова). М.: 2006 г.

15. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. - М., «Спарк», 1995,

16. Белов В. А. Эволюция понятия обязательства в российском гражданском праве // Гражданско-правовые обязательства. Вопросы теории и практики. Владивосток. 2001.

17. Новицкий И. Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950.

21. В.Н. Кастальский. Обеспечение обязательств залогом: законодательная база и практическое применение // Аудиторские ведомости, N 1, январь 2003 г.

18. Скуднов Д.В. Учет обеспечения исполнения обязательств. // Аудиторские ведомости, N 6, июнь 2000 г.

19. Сафонов М.В. Исполнение обязательств и способы обеспечения их исполнения // Журнал российского права, N 7, июль 2003 г.

20. Хаметов Р., Миронова О. Обеспечение исполнения обязательств: договорные способы // Российская юстиция, 2006 г., N 5.

21. Кропова Л.Д. Задаток как способ обеспечения исполнения обязательств // Финансовая газета. Региональный выпуск N 25, июнь 2002 г.

22. Завидов Б.В. Правовое регулирование проблем обеспечения обязательств в предпринимательской сфере (Краткий аналитический комментарий: исполнение, обеспечение, ответственность за нарушение) - СПС "Гарант", 2003 г.

23. Бабанин В.А. Воронина Н.А. Поручительство и банковская гарантия: особенности правового регулирования обеспечения исполнения обязательств // Законодательство и экономика N 11, 12, ноябрь, декабрь 2005 г.

24. Рассказова Н.Ю. Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // Юрист 2006 № 2.

25. Бабанин Н.В. Поручительство и банковская гарантия: особенности правового регулирования обеспечения исполнения обязательств // Законодательство и экономика N 11, 12, ноябрь, декабрь 2005 г.

26. Орлова М.А. Порядок обеспечения обязательств // Советник бухгалтера социальной сферы, N 5, май 2005 г.

**Приложение**

ООО"Лемур" обратилось в коммерческий банк за получением кредита для расчета за покупаемый товар. Банк дал согласие на выдачу кредита, но потребовал от общества предоставления обеспечения на случаи невозврата кредита в установленный срок. Директор 000 "Лемур" предложил банку такой способ обеспечения исполнения кредитного договора, как договор страхования ответственности заемщика в любом страховом обществе, указанном банком.

Банк обратился к своему юристу с вопросами:

1. Будет ли договор страхования ответственности заемщика заключенный на случай невозврата кредита в срок, обеспечивать исполнение должником обязательства по кредитному договору?

2. Может ли банк договориться с клиентом о таких условиях договора страхования, которые позволили бы банку при невозврате кредита в срок получить страховое возмещение самому, минуя страхователя?

3. Можно ли договор страхования, заключенный в интересах банка, признать способом обеспечения исполнения обязательства по кредитному договору?

**Решите дело**

Согласно статьи 932 Гражданского кодекса Российской Федерации страхование риска ответственности за нарушение договора допускается лишь в случаях, предусмотренных законом.

По договору страхования риска ответственности за нарушение договора может быть застрахован только риск ответственности самого страхователя. Договор страхования, не соответствующий этому требованию, ничтожен.

Российское законодательство не содержит нормы, предусматривающей страхование заемщиками ответственности по кредитным договорам.

Соглашение о страховании ответственности заемщика за непогашение кредита ничтожны на основании статей 168, 422, 929, 932 Гражданского кодекса Российской Федерации, как сделки, не соответствующие закону.

Согласно статьи 932 ГК РФ следует что, при страховании ответственности за нарушение договора (договорной ответственности) объектом страхования является интерес, связанный с возможной ответственностью за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, вытекающих из договора.

Общие правила об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств установлены гл. 25 ГК. Они состоят в обязанности возместить убытки (ст. 393) и уплатить неустойку (ст. 394) либо проценты (ст. 395). Для большинства видов договоров неисполнение договорного обязательства влечет только те последствия, которые предусмотрены гл. 25 ГК РФ.

## **Ответ**

На основании вышеизложенного следует:

1. Договор страхования ответственности заемщика заключенный на случай невозврата кредита в срок, не будет обеспечивать исполнение должником обязательства по кредитному договору;
2. Банк договориться с клиентом о получении страхового возмещения не может в случае страхования ответственности заемщика. Общие правила об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств установлены гл. 25 ГК. Они состоят в обязанности возместить убытки (ст. 393) и уплатить неустойку (ст. 394) либо проценты (ст. 395). Для большинства видов договоров неисполнение договорного обязательства влечет только те последствия, которые предусмотрены гл. 25 ГК РФ;
3. Договор страхования, заключенный в интересах банка, признать способом обеспечения исполнения обязательства по кредитному договору нельзя.

1. 1 Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. - М.: Статут, 1998. - С.385. [↑](#footnote-ref-1)
2. 1 Хаметов Р., Миронова О. Обеспечение исполнения обязательств: договорные способы // Российская юстиция, 1996 г., N 5. С.9. [↑](#footnote-ref-2)
3. 1 Кривцов А.С. Абстрактные и материальные обязательства в римском и в современном гражданском праве // Юрист 2003 № 4. С.14. [↑](#footnote-ref-3)
4. 1 Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2-х ч. М., 1997. Ч. 2. С. 179. [↑](#footnote-ref-4)
5. 2 Гражданское право: Учебник.- 6-е изд., Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. – М.: 2004 г. С.204. [↑](#footnote-ref-5)
6. 1 Гражданское право: Учебник.- 6-е изд., Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. – М.: 2004 г.С.307. [↑](#footnote-ref-6)
7. 1 Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая. СПб., 1911. С. 707. [↑](#footnote-ref-7)
8. 1 Рассказова Н.Ю. Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // Юрист 2006 № 2. С. 22. [↑](#footnote-ref-8)
9. 1 В.Н. Кастальский. Обеспечение обязательств залогом: законодательная база и практическое применение // Аудиторские ведомости, N 1, январь 2003 г. [↑](#footnote-ref-9)
10. 1 СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400; [↑](#footnote-ref-10)
11. 2 Ведомости РФ. 1992. № 23. Ст. 1239. [↑](#footnote-ref-11)
12. 1 Кастальский В.Н. Обеспечение обязательств залогом: законодательная база и практическое применение // Аудиторские ведомости, N 1, январь 2003 г. С.34. [↑](#footnote-ref-12)
13. 1 Скуднов Д.В. Учет обеспечения исполнения обязательств. // Аудиторские ведомости, N 6, июнь 2000 г. С.35. [↑](#footnote-ref-13)
14. 1 Райхер В.К. «Штрафные санкции в борьбе за договорную дисциплину» // Советское государство и право. 1955. № 5. С. 73 [↑](#footnote-ref-14)
15. 1 М.Н. Сафонов. Исполнение обязательств и способы обеспечения их исполнения // Журнал российского права, N 7, июль 2003 г. С.43. [↑](#footnote-ref-15)
16. 1 Шичанин О.Д. Залог как способ обеспечения обязательств и баланс интересов участников гражданских правоотношений // Адвокат N 9, сентябрь 2004 г. С.4. [↑](#footnote-ref-16)
17. 1 Бабанин Н.В. Поручительство и банковская гарантия: особенности правового регулирования обеспечения исполнения обязательств // Законодательство и экономика N 11, 12, ноябрь, декабрь 2005 г. С.55. [↑](#footnote-ref-17)
18. 1 Бабанин Н.В. Поручительство и банковская гарантия: особенности правового регулирования обеспечения исполнения обязательств // Законодательство и экономика N 11, 12, ноябрь, декабрь 2005 г. С.55. [↑](#footnote-ref-18)
19. 1 Бабанин Н.В. Поручительство и банковская гарантия: особенности правового регулирования обеспечения исполнения обязательств // Законодательство и экономика N 11, 12, ноябрь, декабрь 2005 г. С.55. [↑](#footnote-ref-19)
20. 1 Орлова М.А. Порядок обеспечения обязательств // Советник бухгалтера социальной сферы, N 5, май 2005 г. С.88. [↑](#footnote-ref-20)
21. 1 Бабанин В.А. Воронина Н.А. Поручительство и банковская гарантия: особенности правового регулирования обеспечения исполнения обязательств // Законодательство и экономика N 11, 12, ноябрь, декабрь 2005 г. С.20. [↑](#footnote-ref-21)
22. 1 Бабанин В.А. Воронина Н.А. Поручительство и банковская гарантия: особенности правового регулирования обеспечения исполнения обязательств // Законодательство и экономика N 11, 12, ноябрь, декабрь 2005 г. С.31. [↑](#footnote-ref-22)
23. 1 Орлова М.А. Порядок обеспечения обязательств // Советник бухгалтера социальной сферы, N 5, май 2005 г. С.89. [↑](#footnote-ref-23)