## МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

## МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ОТКРЫТЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

#### **Д И П Л О М Н А Я Р А Б О Т А**

*«Способы обеспечения предпринимательских договоров»*

Кафедра: «Гражданское право и

гражданский процесс»

Научный руководитель:

###### Кандидат юридических наук

доцент **Кручинина Н. В.**

**2000**

## МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

## МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ОТКРЫТЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

## Юридический факультет

## Кафедра гражданского права и гражданского процесса

СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИХ ДОГОВОРОВ

#### **Д И П Л О М Н А Я Р А Б О Т А**

##### Козловой Ольги Анатольевны

студентки 6 курса заочного отделения

**Научный руководитель:**

**Кручинина Н. В. – к. ю. н.**

**Доцент \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**Допущена к защите**

**«\_\_\_» \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ 2000 г.**

**Зав. Кафедрой гражданского**

**права и гражданского процесса**

**И. В. Савельева \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

2000

СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Введение . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .2

Глава 1. Понятие способов обеспечения предпринимательских договоров . . . . . . . . . . . . . . .4

Глава 2. Виды способов обеспечения предпринимательских договоров . . . . . . . . . . . . . . . . . 8

Глава 3. Неустойка . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .10

Глава 4. Залог . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 15

 § 1. Понятие и основания возникновения залога . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .15

 § 2. Виды залога . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .18

§ 3. Предмет залога . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .20

§ 4. Заключение договора залога. Форма залогового соглашения . . . . . . . . . . . . . . . 23

§ 5. Стороны залогового правоотношения . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 28

§ 6. Прекращение залога . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .34

§ 7. Обращение взыскания на предмет залога . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .35

§ 7. 1. Реализация заложенного имущества . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 39

Глава 5. Удержание . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 55

Глава 6. Задаток . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 58

Глава 7. Поручительство . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 62

Глава 8. Банковская гарантия . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 68

Заключение . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 79

Список используемых материалов . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 82

**ВВЕДЕНИЕ**

Одним из наиболее важных институтов в сфере предпринимательства является, безусловно, *предпринимательский договор*. В большинстве своем взаимодействия различных предпринимательских единиц между собой построены на договорной основе. В процессе заключения сделки стороны оговаривают определенные условия, вследствие чего контрагенты возлагают на себя ряд обязанностей и приобретают круг прав.

Вся система делового оборота построена на основе договоренности партнеров. Предпринимательские договоры регулируют практически все сферы предпринимательской деятельности, устанавливая условия тех или иных действий сторон. Значительная часть общественных отношений строится на основе соглашения сторон принять на себя определенные обязанности с тем, чтобы получить определенные права, как правило, вещного характера, так как экономический оборот предполагает определенное перемещение материальных благ для удовлетворения соответствующих потребностей субъектов гражданских правоотношений.

Предпринимательский договор является одним из главных *оснований возникновения обязательств*. С целью урегулирования отношений в области обязательств субъектов делового оборота существует обязательственное право – одна из подотраслей гражданского права Российской Федерации.

Предпринимательский договор – это еще и документ, фиксирующий факт сделки и свидетельствующий о приобретении сторонами прав и обязанностей, оговоренных в соглашении, а также предусмотренных требованиями соответствующих нормативных актов, регулирующих сферу отношений, по поводу которых заключается договор. Однако, к сожалению, в условиях несовершенства сферы исполнения обязательств, повсеместного нарушения действующего законодательства, правового нигилизма и юридической безграмотности населения, факт заключения соглашения не способен гарантировать исполнение договорных обязательств.

В настоящее время сфера российского предпринимательства находится в стадии формирования единой системы расчетов и эффективного аппарата обеспечения надежности совершаемых сделок. Структура российской экономики на текущий момент такова, что периодические кризисные ситуации на рынке, инфляция, падение производства, повсеместные неплатежи за поставленные товары, выполненные работы или оказанные услуги, а также недостаток судебной и иной практики в системе гарантий соблюдения экономических и иных интересов субъектов предпринимательских отношений требуют развития нормативной базы для обеспечения широкого спектра средств и методов надежной защиты законных прав и интересов участников делового оборота.

С целью защиты законных прав и интересов физических и юридических лиц при заключении различных сделок российское законодательство предусматривает ряд мер, способствующих исполнению возникающих обязательств. В юридической терминологии эти меры носят название *«способы обеспечения обязательств»*. Способы обеспечения обязательств призваны охранять интересы менее защищенной стороны договора, то есть кредитора. Особенность этих мер состоит в том, что они представляют собой дополнительное обязательственное бремя, возлагаемое на должника с целью более надёжной защиты прав кредитора. То есть, в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения условий предпринимательского договора на должника ложится дополнительная ответственность. Кроме того, в ряде случаев к исполнению обязательства привлекаются наряду с должником третьи лица, в частности, при поручительстве, задатке, залоге и банковской гарантии.

Сейчас в условиях низкого уровня договорной дисциплины, ненадежности и часто просто недобросовестности контрагентов все большее развитие должны получать различные способы обеспечения исполнения обязательств по предпринимательским договорам, ибо именно способы обеспечения обязательств становятся основой прочности отношений между кредитором и должником, так как гарантируют удовлетворение имущественных требований кредитора в случае неисполнения должником обязательства.

Основной целью способов обеспечения обязательств в целом и обязательств по предпринимательским договорам в частности является *возмещение убытков кредитора* вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства должником с целью максимально снизить убытки и потери кредитора. Но зачастую это не так-то просто сделать. Трудности заключаются в том, что нередко кредитору необходимо вычислить и доказать наличие и размер убытков, их причинную связь с нарушением договора, а это не всегда просто. Кроме того, даже имея на руках решение суда об удовлетворении своих претензий, кредитор нередко не в силах добиться от должника возмещения своих убытков вследствие отсутствия у последнего необходимых средств. Для решения подобных казусов предусмотрены специальные способы обеспечения обязательств, такие, как задаток и удержание имущества должника.

# Глава 1. ПОНЯТИЕ СПОСОБОВ ОБЕСПЕЧЕНИЯ

# ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИХ ДОГОВОРОВ

Заключение соответствующих видов предпринимательских договоров необходимо для осуществления хозяйственной деятельности любого субъекта гражданского оборота. Предпринимательский договор является одним из видов гражданско-правовых договоров и, соответственно, на него распространяются все нормы, установленные для гражданских договоров. Как и все договоры гражданского оборота, предпринимательский договор можно рассматривать как юридический акт, порождающий соответствующие права и обязанности сторон. Следовательно, понятие «способы обеспечения предпринимательских договоров» входит в понятие «способы обеспечения обязательств». Поэтому, рассматривая способы обеспечения предпринимательских договоров, мы будем отталкиваться от норм и положений, закрепленных в обязательственном праве России.

Обеспечение обязательств - традиционный институт гражданского права. Такие способы обеспечения исполнения обязательств, как задаток, неустойка, поручительство и залог, были известны еще римскому праву. Необходимость их использования объясняется тем, что кредитор имеет существенный интерес в том, чтобы быть уверенным в исполнении обязательств, и в том, чтобы обеспечить себе установление убытков, на возмещение которых он имеет право в случае неисполнения обязательства, наконец, кредитор заинтересован в том, чтобы побудить должника к своевременному исполнению под страхом невыгодных для должника последствий в случае неисполнения или надлежащего исполнения обязательства.

Исследуя дореволюционное законодательство и гражданско-правовую доктрину, также можно выделить перечисленные выше способы обеспечения обязательств. В частности Анненков писал: «Под обеспечением следует понимать средства или способы, направленные на укрепление обязательства, т. е. на придание им большей верности в отношении, разумеется, ничего иного, как получения по ним удовлетворения верителем, или, все равно, как говорит Мейер, приемы для доставления обязательственному праву той твердости, которой недостает ему по существу, как праву только на действие другого лица». Иными словами речь идет о неких гарантиях, так необходимых обязательству для того, чтобы он работало, а если быть точнее, то кредитору, позволяющих быть уверенным последнему в соблюдении его имущественных интересов.

Способы обеспечения исполнения обязательств предусмотрены не только российским гражданским правом, но и гражданскими законодательствами стран континентальной Европы, а также англо-американской правовой доктриной. Например, Единообразный торговый кодекс США включает в себя раздел 9 «Обеспечение сделок». «Настоящий раздел применяется к обеспечительным интересам, созданным посредством договора, включая ручной залог, цессию, ипотеку движимости, доверительную собственность на движимое имущество, договор за печатью о доверительной собственности, право удержания, принадлежащее фактору, доверительную собственность на оборудование, условную продажу, аренду и консигнацию, предназначенные служить интересам кредитора».

В российском гражданском праве *способы обеспечения обязательств понимаются как меры специального характера, которые с целью надлежащего исполнения основного обязательства стимулируют должника к соответствующему поведению путем наложения на него дополнительных обязательств, что обеспечивает достаточную гарантию исполнения условий договора.*

Как уже было отмечено ранее, способы обеспечения обязательств направлены в пользу кредитора и носят характер, сходный с экономическими санкциями. Эти меры устанавливаются как законодательством, так и соглашением сторон, но порядок их установления и исполнения чаще всего строго оговорен законом и носит императивный характер.

Одним из основных достоинств способов обеспечения обязательств является то, что не создавая существенных неудобств для должника, они, тем не менее, являются эффективным инструментом, способствующим соблюдению условий заключенного договора. С другой стороны, кредитор в случае существенных нарушений основного обязательства должником вправе погасить свои потери путем привлечения мер обеспечительного характера. Причем нередко исполнение дополнительного обязательства влечет за собой больший объем материальных потерь для должника, нежели исполнение основного обязательства. Так, при лишении должника права владения и пользования имуществом в договоре залога, он не только терпит определенные неудобства, но и потери в виде некоторых издержек. Таким образом, в одних случаях стимулирующим фактором выступает желание должника избежать определенной ответственности, например, штрафных санкций, в других – опасность лишиться имущества. В любом случае, все способы обеспечения обязательств носят обязательственно-правовой характер, направлены на содействие исполнению основного обязательства, ставшего основанием их возникновения, и основываются на материальной ответственности нарушителя.

В зависимости от содержания способов обеспечения обязательств, они либо относятся к *мерам гражданско-правовой ответственности*, либо не являются таковыми. Если способ обеспечения обязательств направлен только на обеспечение основного обязательства и погашение убытков кредитора, то он не признается мерой ответственности. В случае же, когда способ обеспечения обязательств предусматривает дополнительное обременение должника независимо от наличия негативных последствий – он является мерой материальной ответственности. Например, неустойка относится к мерам гражданско-правовой ответственности, так как она применяется независимо от того, претерпел ли кредитор какие-либо убытки или нет. В свою очередь, залог и банковская гарантия не могут быть причислены к мерам материальной ответственности.

Стоит заметить, что применение любого из способов обеспечения обязательств также создает обязательственное правоотношение между кредитором и должником (или третьим лицом, которое обеспечивает обязательство должника). Но это обязательство особого рода. Его специфика состоит в *дополнительном (акцессорном)* характере по отношению к обеспечиваемому обязательству (главному, основному). Эта особенность обеспечительного обязательства проявляется во многих моментах, которые нашли отражение в отечественном законодательстве.

В силу того, что способы обеспечения обязательств в большинстве своем носят дополнительный *(субсидиарный)* характер и зависят от основного обязательства, то при прекращении или недействительности основного обязательства обеспечивающие обязательства также прекращаются. Однако существуют такие способы обеспечения обязательств, которые носят *самостоятельный* характер и не зависят от основного обязательства, к ним, в частности, относится банковская гарантия.

Основное обязательство влияет на обеспечивающее в трех случаях:

* Во-первых, обеспечительное обязательство следует судьбе основного при переходе прав кредитора другому лицу, например, при уступке требования по основному обязательству (ст. 384 ГКРФ);
* Во-вторых, в случае, когда с согласия кредитора степень исполнения обязательства способна снизить количественные характеристики обеспечивающего обязательства. В частности, в соответствии с п. 1 ст. 357 ГКРФ и ст. 46 Закона РФ «О залоге»[[1]](#footnote-1), возможно уменьшение стоимости заложенных товаров в обороте и переработке соразмерно исполненной части основного обязательства. Также допускается снижение стоимости заложенных ценных бумаг (векселей) соответственно исполнения основного обязательства;
* В-третьих, недействительность основного обязательства также влечет за собой недействительность обязательства по обеспечению исполнения. Это правило не действует в случае банковской гарантии (пп. 2 и 3 ст. 329 ГКРФ);
* В-четвертых, при прекращении основного обязательства прекращается и акцессорное. Так происходит, например, в случае применения залога (ст. 352 ГКРФ) и поручительства (ст. 367 ГКРФ). Однако есть и исключения из этого правила. Например, имущество, находящееся в залоге, может стать предметом еще одного залога в обеспечение других требований (последующий залог). Последующий залог допускается, если он не запрещен предшествующими договорами о залоге (ст. 342). При ипотеке (залог недвижимости) допускается уступка кредитором своих прав в отношении ипотеки без уступки прав по основному обязательству (ст. 355). Особое положение среди способов обеспечения обязательств занимает банковская гарантия. Предусмотренное здесь обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит от основного обязательства (ст. 370).

В силу того, что в большинстве своем способы обеспечения обязательств носят акцессорный характер, они не могут каким-либо образом влиять на содержание и действительность основного обязательства. То есть, если по каким-либо причинам обеспечивающее обязательство прекращается, это не оказывает воздействия на правовой характер основного обязательства и оно остается в силе.

**Глава 2. ВИДЫ СПОСОБОВ ОБЕСПЕЧЕНИЯ**

 **ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИХ ДОГОВОРОВ**

В соответствии с современным российским законодательством для стимулирования должника к точному и неуклонному исполнению обязательств, вытекающих из предпринимательских договоров, а также в целях предотвращения либо уменьшения размера негативных последствий, которые могут наступить в случае их нарушения, обязательства могут быть обеспечены одним из способов, предусмотренных ГКРФ. Перечень способов обеспечения обязательств содержится в ст. 329 ГКРФ, согласно которой основными способами обеспечения обязательств в России являются неустойка, залог, удержание имущества должника, поручительство, банковская гарантия и задаток. Советское гражданское право также содержало институт обеспечения обязательств, однако новый Гражданский кодекс ввел в список основных способов обеспечения обязательств удержание имущества и банковскую гарантию. Последняя, кстати, является способом обеспечения обязательств, не зависящим от основного обязательства, то есть самостоятельным способом обеспечения обязательств. Существенным является и то, что действующий ГКРФ содержит примерный, а не исчерпывающий, как было в ГК РСФСР 1964 г., перечень способов обеспечения исполнения обязательств. Поэтому наряду с предусмотренными законом способами обеспечения исполнения обязательств сторонами могут предусматриваться иные способы, например, товарная неустойка или внесение спорной суммы в депозит третьего лица. Кроме того, обеспечительные свойства присущи некоторым видам безналичных расчетов, таким как аккредитив, инкассо, безакцептное списание, предоплата и др. Определенные обеспечительными качествами обладают и некоторые виды договоров страхования, кредита, лизинга, факторинга и др.

Все способы обеспечения обязательств различаются по степени воздействия на должника и методам достижения цели - побудить должника исполнить обязательство надлежащим образом. Поэтому поведение должника во многом будет зависеть от оптимального выбора кредитором способа обеспечения обязательства.

В связи с этим необходимо учитывать особенности того или иного способа обеспечения обязательства и его возможности применительно к конкретной ситуации.

Выбор соответствующего способа во многом зависит от существа обязательства. К примеру, для обязательств, возникающих из договора займа или кредитного договора, более надежными считаются такие способы, как залог, банковская гарантия и поручительство. В то же время, если речь идет об обязательствах по выполнению работ или оказанию услуг, возникающих из договоров подряда, банковского счета и других, предпочтительнее использовать неустойку, поскольку интерес кредитора заключается не в получении от должника денежной суммы, а в достижении определенного результата.

Действующее гражданское законодательство не содержит каких-либо ограничений в выборе способов обеспечения обязательств по предпринимательским договорам, поэтому стороны могут применять одновременно несколько видов обеспечительных мер, например, неустойку совместно с залогом.

# Глава 3. НЕУСТОЙКА

Одним из наиболее важных и распространенных способов обеспечения предпринимательских договоров является, безусловно, неустойка.

Согласно п. 1 ст. 330 ГКРФ *неустойка (штраф, пеня) - это 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.*

Эффективность неустойки, ее широкое применение в целях обеспечения договорных обязательств объясняются 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, приспосабливая ее тем самым 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.

Неустойка, являясь одним из способов обеспечения обязательств, одновременно представляет собой *меру гражданско-правовой ответственности*, носящую имущественный характер. Одним из критериев, по которым неустойку можно отнести к мерам гражданско-правовой ответственности являются основания ее возникновения. Обязанности по уплате неустойки возникают по аналогии с возложением на должника мер гражданско-правовой ответственности. Единственным основанием применения неустойки является нарушение обязательств должника, вытекающих из договора либо нормативных актов. Иногда в качестве основания возникновения требований о неустойке выступает вина должника, но это не касается предпринимательских договоров и в целом сферы предпринимательской деятельности.

Таким образом, одним из важных преимуществ неустойки является то обстоятельство, что кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков, устанавливать их размер и причинную связь с нарушением договора должником. В соответствии с п. 3 ст. 401 ГКРФ, если законом или договором не предусмотрено иное, лицо, нарушившее обязательство, в частности, при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что это произошло вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. При этом нарушение обязанностей контрагентами должника и отсутствие на рынке необходимых для исполнения обязательства товаров, отсутствие у должника денежных средств к таким обстоятельствам не относятся.

Из определения термина «неустойка», содержащегося в ст. 330 ГКРФ можно сделать вывод, что понятия «штраф» и «пеня» являются синонимами термина «неустойка». Однако это не совсем правильно. Штраф и пеня являются скорее видами неустойки. Общим для них является то, что они представляют собой денежные суммы, взыскиваемые в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Но, в отличие от *штрафа*, который являет собой однократно взыскиваемую неустойку, определяемую в твердом денежном размере некоторой суммой или процентами от нее, *пеня* носит прогрессирующий характер и взыскивается увеличивающейся с каждым днем просрочки суммой. Таким образом, пеня устанавливается на случай просрочки исполнения обязательства. Она, как правило, определяется в процентах по отношению к сумме обязательства, неисполненного в установленный срок. Пеня представляет собой длящуюся неустойку, которая взыскивается за каждый последующий период (например, за каждый день) просрочки неисполненного в срок обязательства. Так происходит в случае просрочки оплаты за поставленную продукцию, возврата кредита и т. д.

В зависимости от источника установления различают договорную и законную неустойку. *Договорная неустойка* – это неустойка, оговоренная соглашением сторон. Она не может быть меньше законной неустойки, но может превышать ее в случае согласия сторон. Договорная неустойка обязательно должна быть письменно зафиксирована предпринимателями, в противном случае несоблюдение письменной формы влечет недействительность соглашения о неустойке независимо от формы основного обязательства, которое может возникнуть и из устной сделки (ст. 331 ГКРФ).

*Законная неустойка* – это неустойка, установленная законодательством и не зависящая от воли сторон. В большинстве случаев законная неустойка применяется, если она не оговорена в соглашении сторон, либо если согласно договору ее размеры меньше размеров законной неустойки. Законная неустойка подлежит применению независимо от того, предусмотрена ли обязанность ее уплаты соглашением сторон (ст. 332 ГК). Вместе с тем сфера применения законной неустойки во многом зависит от того, в какой правовой норме она содержится. Если неустойка предусмотрена императивной нормой, она подлежит безусловному применению. В случаях, когда положение о неустойке содержится в диспозитивной норме, она применяется лишь постольку, поскольку стороны своим соглашением не предусмотрели иной размер неустойки.

Примером законной неустойки, содержащейся в диспозитивной норме, может служить неустойка, предусмотренная частью первой п. 8 постановления Президиума Верховного Совета РФ и Правительства РФ от 25 мая 1992 года № 2837-I «О неотложных мерах по улучшению расчетов в народном хозяйстве и повышении ответственности предприятий за их финансовое состояние». Указанная неустойка в виде пени в размере 0,5 процента в день за просрочку платежа за поставленные товары применяется, если в заключенном сторонами договоре поставки или купли-продажи продукции (товаров) для предпринимательской деятельности не содержится иной конкретный размер ответственности за такое нарушение.

Условия договора не могут уменьшить размер законной неустойки, но могут его увеличить, если иное не предусмотрено законом (ст. 332 ГКРФ). Но в случаях, когда размер законной неустойки существенно превышает реальный размер последствий нарушения договора, суд вправе уменьшить размер законной неустойки (ст. 333 ГКРФ). Уменьшение размера неустойки не влечет полного освобождения должника от ее уплаты, то есть должник в любом случае обязан выплатить неустойку. При определении размеров неустойки и соотношения его с последствиями нарушения суд может принять во внимание обстоятельства, не имеющие прямого отношения к последствиям нарушения, в частности, цену товаров и услуг, сумму договора и т. д.[[2]](#footnote-2)

Приведем несколько примеров применения этого положения ВАС РФ[[3]](#footnote-3). ВАС РФ решил уменьшить размер неустойки, когда сторона требовала взыскания неустойки в размере 1 млрд. рублей в связи с нарушением договора, сумма которого составляла 30 млн. рублей[[4]](#footnote-4). В ином случае истец требовал уплаты неустойки в размере 1,360 млрд. рублей, не предоставив никаких доказательств причинения ему убытков в связи с не возвратом тары[[5]](#footnote-5). В следующем деле размер неустойки превысил размер убытков в 1,5 раза[[6]](#footnote-6). Во всех приведенных случаях ВАС РФ принял решение о снижении размеров неустойки.

Говоря о размерах неустойки, необходимо затронуть и такой важный вопрос: имеет ли право кредитор кроме взыскания неустойки требовать *возмещения убытков*? Прежде всего следует заметить, что неустойка – весьма гибкая санкция и имеет несколько видов. Поэтому право кредитора требовать возмещения вреда при неустойке зависит от того, какой из видов неустойки выбрали стороны в качестве способа обеспечения договора.

Согласно ст. 394 ГКРФ, закон различает четыре вида неустойки: *зачетную, штрафную, исключительную* и *альтернативную.* *Зачетная неустойка* дает кредитору право требовать возмещения убытков в части, не покрытой неустойкой, то есть с учетом неустойки. Зачетная неустойка считается общим правилом, в отличие от остальных трех видов неустойки, которые применяются как исключения. Если законом или договором не предусмотрено иное, то неустойка считается зачетной. Зачетная неустойка является самым распространенным видом неустойки.

*Штрафная неустойка* позволяет кредитору требовать возмещения вреда в полной сумме поверх уплаты неустойки, то есть сумма неустойки не зачитывается. Этот вид неустойки считается самым строгим и крайне редко применяется на практике – только в случаях наиболее грубых и существенных нарушений договора. При ранее действующем законодательстве штрафная неустойка применялась значительно чаще, ныне же к ней прибегают в исключительных случаях, так как она является мерой гражданско-правовой ответственности, которая не вполне соответствует принципам гражданских правоотношений и обычаям делового оборота. Так, например, штрафная неустойка применяется при просрочке заемщика уплаты суммы займа (ст. 811 ГКРФ), когда проценты на сумму займа начисляются независимо от уплаты заемщиком процентов по договору пользования заемными средствами. Также штрафная неустойка применяется при поставке некачественной продукции и товаров массового потребления.

*Исключительная неустойка*, в отличие от штрафной, напротив, исключает возможность кредитора требовать взыскания убытков помимо неустойки. Исключительная неустойка также применяется в крайне ограниченном ряде случаев. В основном, исключительную неустойку применяют в соответствии с транспортным законодательством в отношении органов транспорта и связи за нарушения обязательств по доставке грузов, багажа и корреспонденции (ст. 143 УЖД[[7]](#footnote-7)1 и ст. 152 УАТ[[8]](#footnote-8)2).

*Альтернативная неустойка* дает потерпевшей стороне право выбрать либо взыскание неустойки, либо возмещения ущерба.

Кроме случаев несоразмерности неустойки с реальными последствиями нарушения, размер неустойки может быть уменьшен судом, если неисполнение или ненадлежащее исполнение условий договора произошло по вине обеих сторон. Суд также вправе уменьшить размер неустойки в случае, когда кредитор умышленно либо по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных нарушением договора, либо не принял разумных мер к их уменьшению (п. 1, ст. 404 ГКРФ). Здесь действует принцип смешанной вины, то есть суд при данных обстоятельствах уменьшает размер неустойки соответственно степени виновности потерпевшей стороны.

Помимо этого, вследствие того, что неустойка является мерой гражданско-правовой ответственности, размер этой ответственности может быть уменьшен, то есть, по некоторым видам обязательств и по обязательствам, связанным с определенными видами деятельности, закон ограничивает право на полное возмещение убытков[[9]](#footnote-9)3. Согласно п. 2 ст. 394 ГКРФ, в случаях, когда за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств установлена ограниченная ответственность, убытки, подлежащие возмещению в части, не покрытой неустойкой, либо сверх нее, могут быть взысканы до пределов, установленных таким ограничением. Как правило, это ограничение выражается в том, что возмещаются лишь убытки, относящиеся к положительному ущербу без учета упущенной выгоды.

Как уже отмечалось выше, в основном меры по уменьшению ответственности за нарушение договора, обеспеченного неустойкой, касаются органов транспорта и связи. Многие из них введены положениями международных договоров, ратифицированных Российской Федерацией. В частности, Варшавской конвенцией «Для унификации некоторых правил, касающихся воздушных перевозок» 1992 года, Брюссельской конвенцией «Об унификации некоторых правил о коносаменте» 1924 года, Женевской конвенцией «О договоре международной перевозки грузов автомобильным транспортом» 1959 года и др.

Любой вид неустойки представляет собой форму гражданско-правовой ответственности стороны, поэтому должник может быть освобожден от ответственности, если докажет, что в силу закона или договора он должен быть освобожден от ответственности.

**Глава 4. ЗАЛОГ**

**§ 1. Понятие залога и основания его возникновения**

Залог является одним из способов обеспечения обязательств по предпринимательским договорам. Согласно Закона РФ «О залоге» от 29 мая 1992 г., «залог является способом обеспечения обязательств, при котором кредитор-залогодержатель в случае неисполнения должником обязательства приобретает право получить удовлетворение за счет заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами за изъятиями, предусмотренными законом». Статья 334ГКРФ гласит: «В силу залога кредитор по обеспеченному залогом обязательству (залогодержатель) имеет право в случае неисполнения должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество (залогодателя), за изъятиями, установленными законом». К таким изъятиям относятся, в частности, задолженность по заработной плате, алиментные требования и другие привилегированные требования. В последнее время залог как способ обеспечения обязательств по договорам получил широкое практическое применение в сфере предпринимательской деятельности.

В настоящее время основными законодательными актами, регулирующими залоговые обязательства в Российской Федерации, являются ГКРФ и Закон РФ «О залоге» №2872-1 от 29 мая 1992 г. Отношения ипотеки, как одного из видом залога регулируются Федеральным законом «Об ипотеке (залоге недвижимости)» №102 от 16 июня 1998 г. К тому же действуют также Основные положения о залоге недвижимого имущества (ипотеке), закрепленные распоряжением заместителя Председателя Совета Министров от 22 декабря 1993 г., в части, не противоречащей ФЗ «Об ипотеке».

До сих пор существуют разногласия по поводу того, к какому разделу гражданского права относится залог. Однако Гражданский кодекс РФ выделяет залог в самостоятельный правовой институт, наделяя его статусом обеспечительного обязательства[[10]](#footnote-10)1. Кроме того, залог является договором, сторонами которого являются кредитор (залогодержатель) и должник (залогодатель).

Российское законодательство предусматривает два основных способа возникновения залогового обязательства – в силу закона и в силу договора. Согласно пункту 3 статьи 334 ГКРФ залог возникает в силу договора. Залог возникает также на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств, если в законе предусмотрено, какое имущество и для обеспечения какого обязательства признается находящимся в залоге. Те же положения закрепляются, в свою очередь, в ст. 3 Закона РФ «О залоге», которая гласит: «залог

возникает в силу договора или закона. Закон, предусматривающий возникновение залога, должен содержать указание на то, в силу какого обязательства и какое именно имущество должно признаваться находящимся в залоге». Однако, в отличие от Закона «О залоге», ГКРФ признает договор основным способом возникновения залога, так как этот способ наиболее распространен.

При согласии сторон обеспечение предпринимательского договора залогом может быть оговорено в договоре об основном обязательстве (долге) или же закреплено отдельным соглашением. В любом случае, залоговое обязательство должно быть закреплено письменно, иначе оно теряет свою действительность.

Таким образом, договорная основа возникновения залога требует лишь согласия сторон, а для возникновения залога в силу закона необходимо наступление определенных обстоятельств, предусмотренных законом. В частности, залоговое обязательство возникает в договоре купли-продажи: с момента передачи товара покупателю и до его оплаты товар, проданный в кредит, считается находящимся в залоге у продавца для обеспечения исполнения обязательства по оплате товара, если договором не предусмотрено иное (п. 5 ст. 488 ГКРФ).

Более схематично основания возникновения залога можно отобразить следующим образом:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | Основание возникновения залога |  |
|  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |
|  | Договор |  |  |  |  | Закон |  |
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| Договор, составленный **отдельно** от договора о долге |  | Залоговое обязательство, **включенное** в договор о долге |  | **Примеры**: Комиссионер имеет залоговое право на переданное ему (для продажи) имущество, в обеспечение своих требований комитенту (по уплате вознаграждения, компенсации расходов) При продаже в кредит переданный покупателю товар считается заложенным в пользу продавца до полного получения им покупной цены. |
|  |  |  |  |  |

Согласно ч. 2. п. 3. ст. 334 ГКРФ, правила о залоге, возникающем в силу договора, соответственно применяются к залогу, возникающему на основании закона, если законом не установлено иное.

Говоря о способах возникновения залога, стоит отметить, что Гражданский кодекс РФ содержит новый институт удержания кредитором имущества должника до исполнения последним обязательств по оплате этой вещи или возмещению связанных с этой вещью издержек и других убытков. Впоследствии право удержания может перерасти в право залога, которое возникает не из договора либо закона, а из факта нахождения у кредитора имущества должника (ст. 359 ГКРФ). При этом, если требование возникает из обязательства, стороны которого действуют как предприниматели, обеспечение такого требования возможно удержанием имущества, которое не связано с возникновением данного требования.

По сравнению с большинством других способов обеспечения исполнения обязательств залог имеет одну очень существенную особенность – он носит вещно-правовой характер. Задаток, банковская гарантия, поручительство, неустойка относятся к способам обеспечения исполнения обязательств, не имеющим характера вещных правоотношений. Во всех перечисленных случаях обеспечение строится на доверии кредитора к личности должника либо третьего лица, которое становится дополнительным (акцессорным) должником в силу принятия на себя ответственности за исполнение основным должником своего обязательства перед кредитором. Залог строит защиту прав кредитора на основе риска должника утратить определенные вещные права в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, что придает данному способу обеспечения обязательств свойства, которые позволяют рассматривать его в качестве вещно-правового способа обеспечения исполнения обязательств.

В своем учебнике гражданского права *Г. Ф. Шершеневич*, анализируя сущность залога, обращает внимание на то обстоятельство, что обеспечением требований кредитора в договоре залога «является прежде всего имущество должника в том его составе, какой оно имеет в момент обращения на него взыскания. Но кредитору всегда грозит опасность, что стоимость имущества должника окажется ниже ценности обязательства, что имуществу будет предъявлено одновременно несколько требований и что оно не выдержит тяжести их совокупности. Ввиду такой опасности, предотвратить которую кредитор не в состоянии, он предпочитает выбрать из всего имущества должника определенную вещь, соответствующую по ценности сумме долга, и настоять на праве исключительного удовлетворения своих требований из стоимости этого предмета».[[11]](#footnote-11)1

Установление особого права на имущество залогодателя в сочетании с преимущественным перед другими его кредиторами правом обратить взыскание на предмет залога делают залог одним из самых надежных способов обеспечения исполнения обязательств. Следует также учитывать, что в наших условиях приватизированное жилье зачастую является единственным достаточно ценным имуществом, заложив которое гражданин может получить первоначальный капитал для предпринимательской деятельности. Кроме того, получение кредита на покупку жилья с последующим залогом этого жилья – один из реальных путей решения жилищной проблемы.

Залог обеспечивает требование в том объеме, какой существует к моменту удовлетворения. Залогом обеспечиваются основной долг, расходы кредитора, связанные с содержанием имущества, с оплатой процентов, с организацией публичной распродажи имущества и прочие убытки кредитора, если они проистекают от неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства, обеспеченного залогом. Прочие требования кредитора, хотя бы к тому же должнику, но по обязательствам, не обеспеченным залогом данного имущества, не подлежат преимущественному удовлетворению и погашаются на общих основаниях.

Сфера применения залога прямо указана в ст. 4 Закона «О залоге». В этой статье перечислены четыре пункта или вида сфер применения залога.

1. Залогом может быть обеспечено действительное требование, в частности, вытекающее из договора займа, в том числе банковской ссуды, договоров купли-продажи, имущественного найма, перевозки грузов и иных договоров.
2. Предметом залога могут быть вещи, ценные бумаги, иное имущество и имущественные права. Предметом залога не могут быть требования, носящие личный характер, а также иные требования, залог которых запрещен законом.
3. Залог может устанавливаться в отношении требований, которые возникнут в будущем, при условии, если стороны договорились о размере обеспечения залогом таких требований.

Залог произведен от обеспечиваемого им обязательства. Существование прав залогодержателя находится в зависимости от судьбы обеспечиваемого залогом обязательства.

**§ 2. Виды залога**

Статья 5 Закона РФ «О залоге» содержит перечень нескольких видов залога. В частности, эта статья гласит, что «законом или договором может быть предусмотрено, что заложенное имущество остается у залогодателя либо передается во владение залогодержателю (заклад). Залог же товаров может осуществляться путем передачи залогодержателю товарораспорядительного документа, являющегося ценной бумагой. Заложенные ценные бумаги могут быть переданы в депозит нотариальной конторы или банка».

Данное правило следует положению, закрепленному статьей 338 ГКРФ, которая классифицирует виды залога в зависимости от того, у кого остается заложенное имущество на период действия договора о залоге. В соответствии с этим критерием залог делится на два вида:

* Залог с оставлением имущества у залогодателя;
* Залог с передачей имущества залогодержателю (заклад).

Общим по определению ГКРФ является залог с оставлением имущества у залогодателя. При этом, согласно п. 2 данной статьи, предмет залога может изыматься из оборота и использования залогодателя путем наложения замка и печати или иных знаков, свидетельствующих о залоге данного имущества.

Заклад предусматривает условия, при которых заложенное имущество поступает во владение кредитора-залогодержателя. В этом случае залогодержатель может пользоваться предметом залога, если условия договора позволяют ему это. Такой порядок введен для того, чтобы используя полезные качества заложенной вещи кредитор имел возможность погасить свои расходы на ее содержание и хранение либо с целью зачета приобретенных кредитором доходов от пользования вещью в счет погашения основного долга.

В данном виде залога ограничиваются права залогодателя на пользование и владение имуществом, но в то же время увеличивается уверенность кредитора в надлежащем исполнении обязательства. Данный вид залога предусмотрен также и для залога имущественных прав, удостоверенных ценными бумагами. В таком случае ценные бумаги передаются в депозит нотариальной конторе, если договором не предусмотрено иное. Существуют однако ограничения, касающиеся предметов заклада. Так, например, предметом заклада не могут быть недвижимость и товары в обороте. Также во владении залогодателя всегда остаются такие виды имущества, как:

а) предприятия (ст. 132 ГКРФ) как объект, представляющий собой имущественный комплекс;

б) отдельные здания и сооружения, жилые и нежилые помещения, в отношении которых состоялась приватизация; при отсутствии акта приватизации предметом залога могут быть только права найма или аренды здания, помещения, сооружения;

в) земельный участок, который может передаваться в залог как по договору о залоге совместно со зданием, так и самостоятельно;

г) транспортные средства и космические объекты, залог которых может быть осуществлен в соответствии с международными конвенциями.

В зависимости от технических характеристик заложенного имущества залог подразделяется на залог недвижимости (ипотеку) и залог движимого имущества. Последний, в свою очередь подразделяется на залог транспортных средств, залог товаров в обороте, залог имущественных прав и залог денежных средств, включая СКВ. Согласно п. 2 ст. 334 ГКРФ ипотека регулируется законом об ипотеке.

Гражданское законодательство предусматривает также возможность *перезалога* (последующего залога) уже заложенного имущества (ст. 342 ГКРФ). Указанное положение связано с тем, что стоимость заложенного имущества может значительно превышать сумму долга по обязательству, уже обеспеченному залогом. В соответствии с п. 2 ст. 342 ГКРФ перезалог возможен прежде всего при отсутствии в предыдущем договоре о залоге (перезалоге) прямого запрета на последующий залог. В случае перезалога требования последующих залогодержателей удовлетворяются из стоимости заложенного имущества после требований предыдущих залогодержателей (п. 1 ст. 342 ГКРФ). При заключении договора о перезалоге залогодатель обязан, в соответствии с п. 3 ст. 342 ГКРФ, известить каждого последующего залогодержателя обо всех существующих залогах данного имущества, а также о характере и размере обеспеченных этими залогами обязательств, и отвечает за убытки, причиненные залогодержателям невыполнением этой обязанности

Если первоначальный залогодержатель возражает против использования залогодателем права на перезалог, он вправе оговорить в договоре о залоге, что последующий залог в отношении заложенного имущества не допускается.

**§ 3. Предмет залога**

Основное требование к предмету залога, т. е. заложенному имуществу, заключается в том, что его стоимость должна быть достаточной для обеспечения основного требования кредитора, а также процентов за пользование кредитом, неустойки, суммы убытков, возмещения расходов залогодержателя на содержание и хранение заложенной вещи, возмещения расходов, связанных с принудительным взысканием долга.

Понятие имущества в определении залога включает в себя как собственно вещи, то есть объекты материального мира, так и имущественные права, принадлежащие залогодателю. В соответствии со ст. 336 ГКРФ предметом залога может быть всякое имущество, в том числе вещи и имущественные права (требования), за рядом исключений, к которым относится имущество, изъятое из оборота. Так, не допускается передача в залог «золотой акции», выпущенной или эмитированной по решению Правительства РФ или Министерства государственного имущества РФ при акционировании предприятий; предприятия не должны допускать использования в качестве залога объектов и имущества гражданской обороны; не подлежат передаче в залог объекты, находящиеся в оперативном управлении министерств; не могут быть сданы в залог культурные ценности, хранящиеся в государственных и муниципальных музеях, картинных галереях, библиотеках, архивах и других организациях культуры.

Также запрещены к использованию в качестве залога и требования, неразрывно связанные с личностью кредитора. К таковым, в частности, относятся требования о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, требования об алиментах и права, уступка которых запрещена законом. Кроме того, п. 2 ст. 336 ГКРФ гласит: залог отдельных видов имущества, в частности имущества граждан, на которое не допускается обращение взыскания, может быть законом запрещен или ограничен. Указанная оговорка дает возможность запретить законом (но только законом) залог практически любого вида имущества, поскольку данное положение не устанавливает критерий, на основании которого имущество может быть объявлено незалогоспособным. Подробный перечень имущества граждан, на которое не может быть обращено взыскание, содержится в приложении 1 к ГПК. Вообще же данная норма введена с целью предотвращения случаев залога документов, удостоверяющих личность и других предметов, неотъемлемо связанных с личностью должника.

В свою очередь, ст. 6 Закона «О залоге» устанавливает в качестве предмета залога всякое имущество, которое в соответствии с действующим законодательством РФ может быть отсуждено залогодателем. В силу этой формулировки предметом залога может быть имущество граждан, на которое нельзя обратить взыскание, так как добровольно это имущество может быть гражданами отсуждено. Но даже если представить себе такую ситуацию, что гражданин, который заложил свой дом, попадающий под признаки, указанные в п.1 Приложения 1 ГПК, при наступлении срока неисполнения обеспеченного таким залогом обязательства добровольно продает его, то это не означает реализации залогового права кредитора. Добровольная продажа дома в таком случае будет представлять из себя только способ нахождения должником средств для погашения основного обязательства, но вовсе не реализацию залогового обязательства.

Следует также обратить внимание и еще на одно немаловажное обстоятельство. Ранее в числе имущества, на которое не может быть обращено взыскание, фигурировало также имущество юридических лиц. Так, в соответствии со ст. 98 ГК РСФСР 1964 г. здания, сооружения, оборудование и другое имущество, относящееся к основным средствам государственных организаций не могло быть предметом залога и на них не могло обращаться взыскание по претензиям кредиторов. Аналогичные правила устанавливались в отношении собственности колхозов, иных кооперативных организаций, профсоюзов и иных общественных организаций. В настоящее время эти ограничения утратили силу, так как в соответствии с п. 2 ст. 8 Конституции РФ в России все формы собственности (частная, государственная, муниципальная и другие) в равной степени защищены законом.

В качестве примера можно привести нормативные акты, регулирующие применение залога в сфере таможенного регулирования. «Положение об использовании залога таможенными органами», утвержденное приказом ГТК РФ[[12]](#footnote-12)1 от 22 февраля 1994г. №71, устанавливает, что таможенные органы не принимают в качестве залога электрическую, тепловую и другие виды энергии, объекты недвижимости, имущество уже обремененное залогом, имущественные права, товары и транспортные средства, запрещенные к ввозу или вывозу из РФ, скоропортящиеся товары, товары, свободная реализация которых запрещена в соответствии с Указом Президента РФ от 22.02.92 №174, и ряд других объектов. Это не означает снижение общей залогоспособности перечисленных объектов, речь идет об их незалогоспособности именно в таможенной сфере. Юридическая природа подобного ограничения состоит в том, что сторона в залоговом правоотношении – таможенный орган (залогодержатель) отказывается принимать в качестве залога в обеспечение уплаты таможенных платежей определенные виды имущества и тем самым отказывается заключить договор залога такого имущества, т.е. по сути речь идет о соответствующем условии договора присоединения.

В состав имущества, которое может быть использовано в качестве залога, включается по сути все то, что имеет или должно иметь денежный эквивалент (вещи, деньги, ценные бумаги, транспортные средства, недвижимость и т.д.), т.е. любое материальное благо, на которое при необходимости может быть обращено взыскание. Так, в качестве предмета залога могут приниматься казначейские обязательства с регистрацией факта залога в уполномоченном депозитарии; банки имеют право на предоставление ссуд под залог облигаций государственного республиканского внутреннего займа; уполномоченные банки могут предоставлять кредиты под залог валютных ценностей; собственники недвижимости, граждане, имеющие земельный участок для ведения крестьянского хозяйства в собственности, вправе заложить земельный участок в земельный банк и т.н. Нет запрета и для залога денег. В соответствии с «Положением об использовании залога таможенными органами РФ», от 22 февраля 1994 г., предметом залога могут быть товары, в том числе валюта, валютные ценности, ценные бумаги, а также автотранспортные средства.

Особое внимание при этом ГКРФ уделяет вопросам, связанным с имуществом, на которое распространяются права залогодержателя при ипотеке. Правила, установленные в связи с этим ст. 340 ГКРФ, сводятся к следующему:

* В случае ипотеки предприятия или иного имущественного комплекса в целом право залога распространяется на все входящее в его состав имущество, движимое и недвижимое, включая права требования и исключительные права, в том числе приобретенные в период ипотеки. Исключения из этого правила могут быть установлены договором;
* При ипотеке здания или сооружения одновременно происходит ипотека земельного участка, на котором находится это здание или сооружение, либо части этого участка, функционально обеспечивающего объект залога, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка или его соответствующей части;
* При ипотеке земельного участка право залога предусматривается только непосредственно на участок, не затрагивая те здания или сооружения, которые расположены на этом участке, если оговором не предусмотрено другое.

Приведенный перечень предметов, которые могут передаваться в залог, не является исчерпывающим. Наконец, следует отметить такой особый предмет залога, как вещи и имущественные права, которые будут приобретены залогодателем в будущем. Законодателем допускается залог таких вещей, которые могут возникнуть в будущем, как, например, залог будущего урожая, приплода скота и т.п. Если залоговое обязательство возникает в силу договора, то возможность залога такого имущества предусматривается договором, если же залог возникает в силу закона, то в соответствии с п. 3 ст. 334 и п. 6 ст.340 ГКРФ залог такого имущества должен быть предусмотрен в соответствующем законе.

Также следует обратить внимание на такой немаловажный аспект проблемы, как принадлежность плодов и доходов, полученных в результате использования находящегося в залоге имущества. В соответствии с ч. 2 п. 1 ст. 340 ГКРФ принадлежность данных материальных благ должна быть оговорена сторонами заранее, если же договор не содержит указаний на судьбу этих доходов, то они признаются собственностью залогодателя, так как он является собственником предмета залога.

Действующее законодательство не предусматривает возможность передачи имущества, являющегося предметом залога, в собственность залогодержателя. Всякие соглашения, предусматривающие такую передачу, являются ничтожными, за исключением тех, которые могут быть квалифицированы как отступное (ст. 409 ГКРФ) или новация обеспеченного залогом обязательства (ст. 414 ГКРФ).

**§ 4. Заключение договора о залоге. Форма залогового соглашения**

Право залога по общему правилу возникает с момента заключения договора, если предмет договора не подлежит передаче залогодержателю. В отношении залога имущества, которое подлежит передаче залогодержателю, право залога возникает с момента передачи этого имущества залогодержателю. Но момент возникновения права залога зависит еще и от условий договора.

Договор о залоге может быть самостоятельным, т.е. отдельным по отношению к договору, по которому возникает обеспеченное залогом обязательство, но условие о залоге может быть включено и в основной договор.

Согласно п. 1 ст. 339 ГКРФ существенными условиями договора о залоге являются предмет залога и его оценки, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом, а также условие о том, у какой из сторон, залогодателя или залогодержателя, находится заложенное имущество. Если сторонами не достигнуто соглашение хотя бы по одному из названных условий либо соответствующее условие в договоре отсутствует, договор о залоге не может считаться заключенным.

Договор о залоге должен быть заключен в письменной форме. Договор об ипотеке, а также договор о залоге движимого имущества или права на имущество в обеспечение обязательства по договору, который должен быть нотариально удостоверен, подлежит нотариальному удостоверению (п. 2 ст. 339 ГК). В ряде случаев договор о залоге должен быть зарегистрирован в порядке, установленном для регистрации сделок с соответствующим имуществом (п. 3 ст. 339 ГКРФ).

Несоблюдение нотариальной формы договора, а также правил о регистрации влечет недействительность договора о залоге (п. 4 ст. 339 ГК).

Несмотря на перспективность и явную пользу развития залоговых отношений, оформление конкретных договоров залога жилых помещений зачастую наталкивается на определенные трудности, вызванные прежде всего несовершенством законодательной базы.

Трудности начинаются с определения перечня обязательных условий договора о залоге. В соответствии с частью 1 ст. 339 ГКРФ в договоре о залоге должны быть указаны предмет залога и его оценка, размер, существо и срок исполнения обязательства, обеспеченного залогом, а также у какой из сторон договора находится заложенное имущество. Казалось бы, данная норма однозначно определяет перечень обязательных условий. Необходимость наличия данных условий в договоре об ипотеке подтверждается также пунктом 5 Указа Президента РФ №293 от 26 февраля 1996 г. «О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования»[[13]](#footnote-13)1. Однако в Постановлении Пленума Верховного суда РФ и Высшего Верховного Суда РФ № 6/8 от 01 июля 1996 г. «О некоторых вопросах связанных с применением части первой ГКРФ»[[14]](#footnote-14)2, указывается, что в случаях, когда залогодателем является должник по основному обязательству, условие о существе, размере и сроках исполнения обязательства, обеспеченного залогом, следует признавать согласованным, если в договоре о залоге имеется отсылка к договору, регулирующему основное обязательство и содержащему соответствующие условия.

Понять логику подобного рассуждения достаточно сложно. Если согласиться с точкой зрения, изложенной в указанном постановлении, возникает вопрос о форме, в которой должно совершаться согласие об изменении основного договора, обеспеченного залогом. С одной стороны, изменение условий договора совершается в той же форме, что и заключение договора (ст. 452 ГКРФ). Основной договор, как правило, заключается в простой письменной форме и, следовательно, изменения к нему, казалось бы, также должны совершаться в простой письменной форме. С другой стороны, в случае отсутствия в договоре об ипотеке условий о существе, размере и сроке исполнения основного обязательства со ссылкой на основной договор соглашение об изменении условий основного договора одновременно является и соглашением об изменении договора об ипотеке, непосредственно (без оформления дополнительного соглашения к договору о залоге) изменяющим условия залога. Договор об ипотеке подлежит нотариальному удостоверению и государственной регистрации под угрозой недействительности сделки. Следовательно, и соглашение об изменении условий основного договора, обеспеченного залогом недвижимости, должно быть, по-видимому, нотариально удостоверено и зарегистрировано в соответствующем государственном органе. Поскольку в законодательстве прямо не указывается на необходимость регистрации дополнительных соглашений к основному договору, обеспеченному залогом, следствием вышеуказанного судебного толкования будет не разъяснение порядка применения закона, а наоборот, ухудшение качества правового регулирования.

Формирование конкретных обязательных условий в договоре о залоге также может представлять определенные трудности. Например, условие об оценке предмета залога. В соответствии с пунктом 5 Указа Президента РФ №293[[15]](#footnote-15) и по смыслу ч. 1 ст. 339 и ч. 2 ст. 421 ГКРФ предмет залога оценивается по соглашению сторон, причем стороны свободны в своей оценке. Но следует учитывать, что в соответствии с ч.1 ст. 343 и ч. 1 ст. 338 ГКРФ залогодатель обязан страховать заложенное имущество (если иное не предусмотрено соглашением сторон) в полной его стоимости от рисков утраты или повреждения, если полная стоимость превышает размер обеспеченного залогом требования, - на сумму не ниже размера требований, но при страховании имущества страховая сумма (или иное не предусмотрено договором страхования) не должна превышать действительной стоимости имущества. Несоблюдение залогодателем обязанности по страхованию предмета залога дает залогодержателю право требовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства и при неисполнении этого требования обратить взыскание на предмет залога.

Описание предмета ипотеки, в соответствии с пунктом 5 Указа Президента РФ № 293, должно быть достаточным для его идентификации. Для описания предмета залога при ипотеке жилых помещений необходимо указание адреса недвижимости, общей, жилой и приведенной площади квартиры, количества комнат в квартире, доли закладываемого имущества а также описание закладываемой комнаты (при залоге одной из комнат).

Следует учитывать, что в соответствии с ч. 2 ст. 339 ГКРФ договор о залоге недвижимого имущества должен быть нотариально удостоверен. Согласно ст. 55 Основ законодательства РФ о нотариате договоры о залоге имущества, подлежащего регистрации, могут быть удостоверены при условии предоставления документов, подтверждающих право собственности на закладываемое имущество. В нотариальной практике сложилось правило об обязательном указании реквизитов правоустанавливающих документов в договорах об отсуждении или залоге имущества, подлежащего регистрации.

В связи с вышеупомянутым возникает вопрос о применимости для ипотеки гражданско-правовой нормы, допускающей залог вещей, которые залогодатель приобретет в будущем (ч. 6 ст. 340 ГКРФ). Наиболее вероятны два решения проблемы. С одной стороны, согласно принципам, провозглашенным Федеральным законом №5 от 14 июля 1994 г. «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания», поскольку действующий гражданский кодекс введен в действие позднее Основ законодательства о нотариате, то применяется более поздний закон. Другая точка зрения, представляющаяся более правильной, заключается в том, что ст. 55 Основ законодательства не противоречит норме ГКРФ, но исключает из-под ее действия имущество, подлежащее регистрации. В самом деле, оформление залога жилых помещений связано с наложением запрета на отсуждение закладываемого имущества (ст. 76 Основ законодательства РФ о нотариате, п. 70 Инструкции о порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами РСФСР от 06 января 1987 г. №01116-001, ч. 2 ст. 346 ГКРФ). Наложение запрета на чужую вещь существенно ограничит права собственника (ст. 209 ГКРФ). Кроме того, залог жилья, которое залогодатель приобретет в будущем, не создает реального обеспечения кредита, т.к. не исключается возможность, что жилье в итоге не будет приобретено.

В принципе, возможность реализации подобных отношений, конечно, существует, но оформляться они должны несколько иначе. Можно, например, при предоставлении кредита на покупку жилья заключать в обеспечение данного кредитного договора договор залога с продавцом жилья с указанием в кредитном договоре, что денежные средства предоставляются покупателю исключительно на покупку определенного жилого помещения, причем предоставление средств будет производиться путем выплаты стоимости жилья продавцу. После регистрации с согласия залогодержателя договора купли-продажи покупатель в силу ч. 1 ст. 353 ГК РФ, становится на место залогодателя.

При рассмотрении вопроса о предмете залога при ипотеке жилья следует учитывать особенности, связанные с тем, что право на жилище относится к основным конституционным правам граждан, в связи с чем государство осуществляет особую защиту прав. В частности, ст. 292 ГКРФ предусматривает, что для отсуждения жилого помещения, в котором проживает несовершеннолетние члены семьи собственника, необходимо согласие органа опеки и попечительства. Залог не является осуждением имущества, поэтому для оформления собственно залога согласия органа опеки и попечительства не требуется, если конечно, несовершеннолетний не входит в число собственников. Строго говоря, банки практикующие выдачу кредитов под залог жилья, обычно требуют, чтобы закладываемая квартира была наиболее привлекательна в качестве предмета залога, т.е. чтобы там не было прописанных лиц и чтобы собственник имел другое жилое помещение, пригодное для проживания собственников и членов его семьи. Однако ч. 1 ст. 346 и ч. 1 ст. 338 ГКРФ предоставляют право залогодателю пользоваться заложенной квартирой. Залогодатель в принципе может прописать в заложенной квартире своих несовершеннолетних детей после регистрации залога. В связи с этим в случае обращения взыскания на заложенную квартиру при ее реализации могут возникнуть проблемы, связанные с проживанием в ней несовершеннолетних членов семьи собственника. Решить такую проблему можно следующим образом. Гражданский кодекс действительно предоставляет залогодателю право пользования заложенной квартиры, но только залогодателю, а не членам его семьи. Следовательно, прописка членов семьи залогодателя (предоставления им жилья в постоянное пользование), в том числе несовершеннолетних, в заложенную квартиру без согласия кредитора может рассматриваться как передача предмета залога в безвозмездное пользование другим лицам без согласия залогодержателя с последствиями, предусмотренными ст. 351 ГКРФ о досрочном требовании исполнения обязательства и обращении взыскания. Хорошие результаты могли бы дать извещение о залоге жилого помещения и всех его последствиях органов, осуществляющих учет граждан по месту жительства и пребывания, а также контроль этих органов над поддержанием режима заложенного имущества, однако соответствующие правовые механизмы в настоящее время отсутствуют.

Масса осложнений, возникающих при регистрации залога жилых помещений, связано с наличием различных запрещений, наложенных на сделки с квартирой компетентными органами в связи и исками о признании недействительными сделок с квартирой, расследованием уголовных дел, несогласованными перепланировками квартиры и другими основаниями. Как правило, стороны договора узнают о возникших осложнениях уже при регистрации залога, что достаточно неудобно, т.к. некоторые залогодержатели предоставляют кредит сразу после нотариального удостоверения договора, не учитывая, что договор, подлежащий регистрации, считается заключенным с момента такой регистрации. Дело в том, что при удостоверении сделок нотариусы (да и стороны договора) зачастую ограничиваются требованием справки БТИ[[16]](#footnote-16) (форма 11 «А»), в которой указывается на отсутствие в БТИ сведений о наличии запрещений и т.д. Однако сведения о наличии запрещений и арестов концентрируются не в БТИ, а у держателей реестра прав на жилые помещения, которыми чаще всего являются соответствующие государственные и муниципальные учреждения. Поэтому при оформлении соглашения об ипотеке квартиры желательно не только требовать справку из БТИ, но и выписку из реестра прав на жилые помещения.

Согласование условий договора об ипотеке о существе, размере и сроке исполнения основного обязательства трудностей не вызывает. Однако следует отметить, что в договоре об ипотеке необходимо указывать существо, размер и срок обеспеченного залогом обязательства, а не только вид и реквизиты договора, из которого обязательства вытекают.

Говоря о существе обеспеченного залогом обязательства, следует подчеркнуть, что некоторые виды договоров предусматривают возникновение залога в силу закона. Это, в частности, продажа товара в кредит (в рассрочку) - ст. 488, 489 ГКРФ, а также рента и пожизненное содержание с иждивением (ч. 1 ст. 587 ГКРФ). Несомненно, однако, что нотариусам, удостоверяющим соответствующие договоры, следует разъяснить сторонам сделки содержание норм, регулирующих залоговые отношения.

**§ 5. Стороны залогового правоотношения**

Сторонами залогового правоотношения являются лицо, которое передает свое имущество в залог, (залогодатель) и залогодержатель – лицо, принимающее в залог имущество залогодателя с целью обеспечения исполнения обязательства.

*Залогодержателем* может являться только кредитор по обеспеченному залогом (основному) обязательству. На это прямо указывает ст. 334 ГКРФ. Совпадения в одном лице кредитора по основному обязательству, обеспеченному залогом, и залогодержателя вытекает из самой конструкции залога как способа обеспечения исполнения обязательства.

Гражданское законодательство последовательно придерживается данного принципа. В этом отношении большой интерес представляет ст. 355 ГКРФ «Уступка прав по договору о залоге». В соответствии с п. 2 ст. 355 уступка залогодержателем своих прав по договору о залоге другому лицу действительна, если тому же лицу уступлены права требования к должнику по основному обязательству, обеспеченному залогом.

Эта норма базируется на общем правиле, установленном в ст. 384 ГК, в соответствии с которой, если иное не предусмотрено законом или договором, к новому кредитору переходят права первоначального кредитора в том объеме, который последний имел к моменту перехода права. В частности, к новому кредитору переходят права, обеспечивающие исполнение обязательства, в том числе и права залогодержателя.

При этом уступка прав должна совершаться с соблюдением правил о передаче прав кредитора путем уступки требований, предусмотренных статьями 382 – 390 ГКРФ, которые предусматривают следующее. Кредитор – залогодержатель вправе уступить свои права по основному обязательству, не спрашивая на то согласия должника. Исключение из этого правила может быть предусмотрено в законе или в договоре. При этом должника следует уведомить о состоявшейся уступке прав, иначе новый кредитор несет риск вызванных не уведомлением неблагоприятных последствий. В этом случае исполнение обязательства по отношению к первоначальному кредитору будет считаться исполнением надлежащему лицу (п. 3 ст. 382 ГКРФ). Уступающий требование кредитор обязан передать новому кредитору документы, удостоверяющие право требования (п. 2 ст. 385 ГКРФ). Если должнику не будет предоставлены доказательства о переходе права требования, он в праве не исполнять обязательство новому кредитору до предоставления соответствующих доказательств (п. 1 ст. 385 ГКРФ).

Существуют также правила, относящиеся к форме уступки требования. Общий принцип состоит в том, что для уступки требования должна быть соблюдена та же форма, в которой была совершена сделка, из которой возникло данное требование. Так, в соответствии со ст. 389 ГКРФ уступка требования, основанного на сделке, совершенной в простой письменной или нотариальной форме, должна быть совершена в соответствующей письменной форме; уступка требования по сделке, требующей государственной регистрации, должна быть зарегистрирована в порядке, установленном для регистрации этой сделки.

Залогодержателю в ряде случаев предоставляется право потребовать досрочного исполнения обеспеченного законом обязательства. В соответствии со ст. 351 ГКРФ такое право у залогодержателя возникает, если:

1. предмет залога выбыл из владения залогодателя, у которого он был оставлен, не в соответствии с условиями договора о залоге с оставлением имущества у залогодателя;
2. залогодатель нарушил правила о замене предмета залога, предусмотренные статьей 345 ГКРФ;
3. произошла утрата предмета залога при обстоятельствах, за которые залогодержатель не отвечает, если залогодатель не воспользовался правом, предусмотренным п. 2 ст. 345 ГКРФ.

К тому же, в соответствии с п. 2 ст. 351 ГКРФ залогодержатель вправе не только потребовать досрочного исполнения основного обязательства, но и в случае, если его требование не будет удовлетворено, обратить взыскание на предмет залога, если:

1. залогодатель нарушил правила о последующем залоге;
2. залогодатель не выполнил свои обязанности, связанные с содержанием и сохранностью оставленного у него заложенного имущества;
3. залогодатель нарушил правила о распоряжении заложенным имуществом.

В качестве *залогодателя* может выступать как должник по основному обязательству, обеспеченному законом, так и третье лицо. При этом основное требование, которое предъявляется законодательством к залогодателю, - быть собственником имущества, которое передается в залог, либо распоряжаться им на праве хозяйственного ведения (п. 2 ст. 335 ГКРФ). Основание такого требования вполне объяснимо. Поскольку залог имущества предполагает принципиальную возможность его продажи, то устанавливать залог может только лицо, у которого есть право распоряжения соответствующим имуществом.

Гражданское законодательство также устанавливает, что залогодателем может быть лицо которому предмет залога принадлежит на праве собственности или хозяйственного ведения. Содержание права хозяйственного ведения означает право владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом в пределах, определенных в соответствии с ст. 294 ГКРФ. В свою очередь, статья 295 определяет эти пределы в зависимости от вида имущества. Если речь идет о недвижимом имуществе, то распоряжаться им без согласия собственника предприятие не вправе, если же речь идет об остальном имуществе, то субъект, которому соответствующее имущество принадлежит на праве хозяйственного владения, вправе распоряжаться им самостоятельно, за исключением случаев, установленных законом. Статья 19 закона «О залоге» предусматривает, что залог имущества, на которое распространяется режим полного хозяйственного ведения, осуществляется только с согласия собственника этого имущества или уполномоченного им органа.

В соответствии со ст. 335 ГКРФлицо, которому вещь принадлежит на праве хозяйственного ведения, вправе заложить ее и без согласия собственника в случаях, предусмотренными п. 2 ст. 295, в соответствии с которой предприятие, которому имущество принадлежит на праве хозяйственного владения, вправе заложить недвижимое имущество только с согласия собственника. Что же касается движимого имущества, то предприятие, осуществляющее хозяйственное ведение имущества, вправе заложить его и без согласия собственника, за исключением случаев, установленных законом.

ГКРФ также не предусматривает возможность передачи в залог имущества, принадлежащего предприятию на праве оперативного управления. В законодательстве получили урегулирование главным образом вопросы, связанные с получением согласия собственника на залог имущества, переданного другому субъекту в хозяйственное ведение. Этим вопросом посвящены, в частности, нормативы, установленные Государственным комитетом имущества России, такие как: письмо от 2 сентября 1992 г. № ДВ-17/5851 «О согласовании залога (заклада) государственного имущества» и распоряжение от 21 апреля 1994 г. № 890-Р «Об утверждении временного положения о согласовании залоговых сделок».

Необходимо также заметить, что указанным распоряжением Госкомимущества РФ не рассмотрен вопрос об основаниях, которые могут служить причиной отказа от залога государственного имущества. Единственное относящееся к данному вопросу положение содержится в п. 2.3 вышеуказанного распоряжения, который устанавливает, что при непредоставлении полного перечня документов комитет вправе отказать в рассмотрении заявления о получении согласия на залог имущества. Перечень документов выступает, таким образом, как условие рассмотрения заявления, а не как условие согласия или несогласия на залог государственной собственности. Вполне естественно, что залог государственной собственности не может не контролироваться компетентными органами, однако отсутствие официально закрепленного перечня оснований для отказа в залоге легко может привести к слишком широкой свободе чиновничьего усмотрения, что не слишком желательно для торгового оборота. Любые изменения и дополнения к договору о залоге государственного имущества осуществляются в том же порядке, что и заключение первоначального договора.

Статья 17 закона РФ «О залоге» предусматривает обязанность залогодержателя выдать залогодателю (по требованию последнего) документы, подтверждающие полное или частичное исполнение обеспеченного залогом обязательства. Распоряжение предусматривает обязанность залогодателя предоставить эти документы в соответствующий комитет по управлению имуществом.

Поскольку залогодателем может быть только собственник, то при передаче имущества в залог не собственником залоговая сделка должна быть признана недействительной. С целью избежать такого неприятного последствия залогодержателю нужно удостовериться о наличии у залогодателя права собственности на передаваемое в залог имущество. Действующее законодательство не защищает залогодержателя от требований собственника вещи, если вещь залогодержателем была принята в залог от не собственника. Таким образом, как недобросовестный, так и добросовестный закладодержатели не защищены действующим законодательством от недобросовестности залогодателя, в случае, когда последний передаст в залог имущество, в отношении которого у него отсутствует право собственности. В силу этого залогодержателю следует всегда проявлять должную осторожность и внимание и во всех случаях заключения залоговой сделки требовать от залогодателя документы, подтверждающие его право собственности на имущество, которое предполагается передать в залог.

Итак, интересы добросовестного залогодержателя, принявшего в залог имущество от не собственника, не могут защищаться с помощью конструкции защиты интересов добросовестного приобретателя. Прежде всего залогодержатель (закладодержатель) не является приобретателем имущества. Он приобретает не имущество, а право искать удовлетворения из стоимости имущества, а это совершенно разные вещи. Залогодержатель может являться владельцем имущества, но в этом случае его интересы защищаются не против собственника имущества как такового, а против лиц, незаконным образом лишающих его владения этим имуществом. Если собственник вознамерится похитить свое имущество у залогодержателя, последний вправе воспользоваться своим правом истребовать имущество из чужого незаконного владения (виндикационный иск). Но добросовестность залогодержателя не может быть защитой против виндикационного иска собственника.

У имущества, передаваемого в залог, может быть несколько собственников. Общая собственность может быть совместной и долевой. Долевая собственность имеет место, когда определены доли каждого собственника в праве собственности; если же доли участников не определены, имеет место совместная собственность.

Если имущество находится в общей совместной собственности, то каждый из участников совместной собственности вправе совершать сделки по передаче такого имущества в залог лишь при согласии всех остальных участников совместной собственности. Причем в соответствии со ст. 253 ГКРФ такое согласие требуется независимо от того, кем из участников совершается сделка по передаче в залог имущества, находящегося в совместной собственности. Эта норма защищает интересы залогодержателя, принявшего в залог имущество, находящееся в общей совместной собственности. Если окажется, что не было достигнуто согласие всех участников совместной собственности на передачу в залог принадлежащего им имущества и один из участников общей совместной собственности передал в залог имущество, не имея на то полномочий, то сделка может быть признана недействительной по требованию остальных участников только в том случае, если доказано, что залогодержатель знал или заведомо должен был знать об этом.

Если имущество находится в общей долевой собственности, то процедура передачи его в залог будет различной в зависимости от того, передается в залог все имущество или только доля одного из собственников. Если в залог передается все имущество, то для этого необходимо согласие всех собственников, поскольку в соответствии со ст. 246 ГКРФ распоряжение имуществом, находящимся в долевой собственности, осуществляется по соглашению всех участников. Если же в залог передается только доля одного из собственников, то собственник соответствующей доли вправе передать ее в залог по своему усмотрению.

Также следует иметь в виду, что в ряде случаев право выступать в качестве залогодателя может быть ограничено правовыми актами или учредительных документах юридического лица. Так, например, в соответствии с Указом Президента РФ от 7 октября 1992г. №1186 инвестиционные фонды не имеют права совершать залоговые сделки.

Итак, залогодержатель обладает правом:

1. владения предметом залога (при закладе);
2. пользования предметом залога, но лишь с письменного согласия залогодателя;
3. являясь собственником предмета залога, истребовать имущество из незаконного владения третьего лица;
4. проверять наличие и сохранность имущества (при ипотеке);
5. запрещать последующие залоги;
6. реализовать имущество при наступлении срока исполнения обязательства по установленным в законе правилам и удовлетворить свое требование из полученной суммы преимущественно перед другими кредиторами залогодателя;
7. сохраняет залоговое право при переходе права собственности к третьему лицу.

Залогодержатель обязан:

1. обеспечить надлежащее хранение (при закладе);
2. страховать (при закладе) за счет залогодателя
3. возвратить залогодателю часть вырученной от реализации имущества суммы, превышающую размер долга.

Залогодатель имеет право:

1. владения заложенным имуществом (при ипотеке);
2. пользования (при ипотеке, иногда при закладе);
3. отсуждать (передавать) заложенное имущество;
4. в оговоренных в законе случаях истребовать имущество из незаконного владения третьего лица;
5. проверять наличие и сохранность имущества (при закладе);
6. перезакладывать имущество, если предыдущий договор о залоге не запрещает этого;
7. требовать возврата вещи после надлежащего исполнения обязательства;
8. требовать оставшуюся после уплаты долга вырученной от реализации имущества суммы;
9. сохраняет право собственности.

Залогодатель обязан:

1. обеспечить надлежащее хранение (при ипотеке);
2. страховать (при ипотеке) за свой счет;

**§ 6. Прекращение залога**

Статья 352 ГК в отличие от Закона «О залоге» предусматривает исчерпывающий перечень оснований прекращения залога. Договор залога создает между залогодержателем и залогодателем дополнительное обязательство по отношению к основному, обеспеченному законом. Вследствие того, что залоговое обязательство носит акцессорный характер, исполнение обеспеченного залогом обязательства, либо иное его прекращение прекращает договор залога.

В соответствии со ст. 352 ГКРФ договор залога также прекращается в случаях:

1. гибели или повреждения предмета залога, либо прекращения права собственности (хозяйственного ведения) залогодателя на предмет залога, если договор запрещает замену предмета залога, либо залогодатель не воспользовался своим правом заменить заложенное имущество;
2. по требованию залогодателя при грубом нарушении залогодержателем соответствующих обязанностей, создающих угрозу утраты или повреждения заложенного имущества;
3. продажи с публичных торгов заложенного имущества, либо когда его реализация оказалась невозможной.

Вместе с тем могут быть и иные основания прекращения договора залога. Например, ГКРФ предусматривает прекращение залога в случаях изъятия заложенного имущества у залогодателя законным собственником, а также когда имущество изымается в порядке санкции за совершение залогодателем преступления либо иного правонарушения.

Правовое регулирование отношений, возникающих при прекращении залога, далеко от совершенства. Прежде всего, не до конца урегулирован вопрос об основаниях прекращения залога. В подпункте «а» п. 16 Постановления Пленума Верховного Суда РСФСР №11 от 21 декабря 1993 г. «О некоторых вопросах, возникающих у судов по делам о наследовании» указывается, что «на требование залогодержателя по обязательствам обеспеченных залогом, шестимесячный срок, установленный ст. 554 ГК РСФСР, не распространяется, поскольку из ст.201 ГК РСФСР вытекает, что право залога со смертью не прекращается». Статья 201 ГК РСФСР содержала перечень оснований прекращения залога. Следовательно, по смыслу указанного постановления, перечень оснований прекращения залога, содержавшийся в ст.201 ГК РСФСР, является исчерпывающим. Статья 201 ГК РСФСР полностью идентична ст.352 ГКРФ. Таким образом, можно сделать вывод о том, что действующая в настоящее время норма ст. 352 ГКРФ также содержит исчерпывающий перечень оснований прекращения залога. Однако ст. 352 ГКРФ не предусматривает таких важных оснований прекращения залога, как прекращение по соглашению сторон, прекращение по решению суда и прекращение в связи с переходом права собственности к залогодержателю. Что касается прекращения гражданских прав и обязанностей по решению судебных органов, ГКРФ вообще не предусматривает такой возможности.

По всей видимости, исходя из существа гражданско-правового института залога, принципа свободы договора и положений процессуальных кодексов об обязательности исполнения вступивших в законную силу судебных решений, все-таки можно говорить о том, что залог может быть прекращен как судебным решением, так и по согласию сторон, а также переходом права собственности на заложенное имущество, однако ввиду существования норм, установленных Постановлением Пленума Верховного Суда РФ, такой вывод нуждается в дополнительном судебном толковании.

§ 7. Порядок обращения взыскания на заложенное имущество

Несмотря на то, что значение залога как обеспечительного обязательства состоит в том, что кредитор-залогодержатель в случае нарушения должником существенных условий основного договора вправе получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества, не всякое неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства должником предоставляет кредитору право на реализацию предмета залога. Единственным основанием для обращения взыскания на заложенное имущество выступает прямая вина должника за неисполнение или ненадлежащее исполнение обеспеченного залогом обязательства. В обращении взыскания может быть отказано, если допущенное должником нарушение незначительно и размер требований залогодержателя явно не соразмерен стоимости заложенного имущества. При отсутствии хотя бы одного из указанных условий суд вправе отказать залогодержателю в обращении взыскания на заложенное имущество. Таким образом, основанием для обращения взыскания на заложенное имущество является ненадлежащее исполнение или неисполнение обязательства залогодателем по обстоятельствам, за которые он отвечает (п. 1 ст. 348 ГКРФ).

Обращение взыскания на заложенное имущество по требованию залогодержателя производится по решению суда и не может быть осуществлено на основании исполнительной надписи нотариуса (п. 1 ст. 349 ГКРФ). Гражданский кодекс, в отличие от Закона РФ «О залоге», устанавливает различный порядок обращения взыскания на заложенное имущество в зависимости от вида имущества, переданного в залог, а также характера залоговых отношений. С этой точки зрения выделяются два правила обращения взыскания: на недвижимое и движимое имущество.

Как известно, к недвижимости относятся земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все, что прочно связано с землей, то есть объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе леса, многолетние насаждения, здания, сооружения. К недвижимому имуществу также относятся подлежащие государственной регистрации морские и воздушные суда, суда внутреннего водного плавания, космические объекты, а также иное имущество, которое в соответствии с законом относится к недвижимости. Признается недвижимостью и предприятие в целом, как имущественный комплекс.

Общим правилом, регламентирующим порядок обращения взыскания на заложенное *недвижимое* имущество, служит положение, согласно которому требования залогодержателя удовлетворяются из стоимости такого имущества по решению суда (п. 1 ст. 349 ГКРФ). Однако законодатель предусматривает как исключение возможность реализовать заложенное недвижимое имущество и без обращения в суд. Такая внесудебная реализация заложенной недвижимости разрешается в том случае, если после наступления момента неисполнения обеспеченного залогом недвижимости обязательства залогодержатель и залогодатель заключили нотариально удостоверенное соглашение о внесудебной реализации предмета залога и (ч.2 п.1 ст.349 ГК).

Здесь необходимо выделить три существенных обстоятельства.

Во-первых, это момент заключения такого соглашения. Оно будет правомерным лишь в том случае, если заключено залогодателем и залогодержателем после наступления оснований для обращения взыскания. Условие залогового соглашения о праве залогодержателя на внесудебное обращение взыскания на заложенное недвижимое имущество, признается юридически ничтожным, впрочем, как и любое идентичное соглашение, заключенное до установленной даты исполнения обязательства должником.

Во-вторых, Гражданский кодекс РФ предъявляет особые требования к форме соглашения залогодателя и залогодержателя о внесудебном обращении на недвижимое имущество: такое соглашение должно быть удостоверено нотариусом. К этому следует добавить, что несоблюдение нотариальной формы сделки влечет за собой ее недействительность и она признается ничтожной сделкой (ст. 165 ГКРФ).

В-третьих, соглашение об обращении взыскания на недвижимость как предмет залога без предъявления иска в суд может быть оспорено не только залогодателем или залогодержателем, выступающими сторонами такого соглашения, но любым лицом, чьи права нарушены указанным соглашением. Речь идет, например, о предшествующих залогодержателях, о собственнике имущества и т.д.

Как правило, обе стороны – и залогодержатель, и залогодатель заинтересованы в заключение соглашения, по которому требования залогодержателя удовлетворяются за счет заложенного недвижимого имущества без обращения в суд. В этом случае залогодержатель получает возможность оперативно удовлетворить свои требования к должнику, а залогодатель – избежать судебных издержек. Естественно имеются в виду ситуации, когда факт нарушения должником основного обязательства, носит очевидный характер.[[17]](#footnote-17)

Иначе регулируется порядок обращения взыскания на заложенное движимое имущество. Здесь соответствующее правило изложено в виде диспозитивной нормы, предусматривающей, что требования залогодержателя удовлетворяются за счет предмета залога по решению суда, если договором не предусмотрено иное. В данном случае залогодержателю и залогодателю предоставлены более широкие возможности самостоятельно решить вопрос об удовлетворении требований за счет предмета залога. Для этого достаточно оговорить соответствующее условие в соглашении о залоге либо в ином соглашении сторон, которое может быть оформлено и до возникновения у залогодержателя оснований обратить взыскание на заложенное имущество.

Особое правило установлено для обращения взыскания на движимое имущество, являющееся предметом заклада. Взыскание на такое имущество может быть обращено залогодержателем в порядке, предусмотренном договором, если законом не установлен иной порядок. Особенность заключается в том, что здесь не работает презумпция обращения взыскания на предмет залога по решению суда, как это имеет место во всех иных ситуациях, когда в залог передается движимое имущество. То есть, в этом случае установленный порядок взыскания не подлежит изменению условиями договора о залоге.

В соответствии с пунктом 3 статьи 349 ГКРФ независимо от того, является ли предмет залога движимым или недвижимым имуществом, взыскание на предмет залога может быть обращено *только по решению суда в случаях, когда:*

1. для заключения договора о залоге требовалось согласие или разрешения другого лица или органа. Так, унитарное предприятие, основанное на праве хозяйственного ведения, не вправе отдавать в залог принадлежащее ему на праве хозяйственного ведения недвижимое имущество без согласия собственника (ст. 295 ГКРФ). Казенное предприятие вправе распоряжаться закрепленным за ним имуществом, а, следовательно, и передать его в залог лишь с согласия собственника этого имущества (ст. 297 ГКРФ). Следует помнить, что к названным категориям субъектов относятся все государственные и муниципальные предприятия.
2. предметом залога является имущество, имеющее значительную историческую, художественную или культурную ценность для общества. Для подобных случаев законодатель воспользовался оценочными критериями, тем самым, предоставив суду право решать, относятся ли объекты, служащие предметом залога, к названному классу имущества, обращение взыскания, на которое допускается только по решению суда.
3. залогодатель отсутствует и установить место его нахождения невозможно.

При подаче в суд искового заявления об обращении взыскания на заложенное имущество необходимо, чтобы в нем четко были сформулированы основные требования:

* о взыскании с должника задолженности по кредитному договору, включая основную сумму долга, сумму процентов, неустойки;
* об обращении взыскания на предмет залога и реализации заложенного имущества;
* о возмещении расходов истца по госпошлине.

При подаче искового заявления одновременно подается ходатайство о наложении ареста на предмет залога.

Исполнение решений судов общей инстанции, арбитражных и третейских судов, обращение взыскания по исполнительным надписям нотариусов производится судебными исполнителями, состоящими при суде по месту нахождения должника, либо по месту нахождения его имущества. Судебный исполнитель приступает к исполнению по заявлению взыскателя.

Обращение взыскания на имущество состоит из его ареста (описи), изъятия и принудительной реализации.

# § 7. 1. Реализация заложенного имущества

Независимо от того, в каком порядке обращено взыскание на заложенное имущество – по решению суда или без обращения в суд – предмет залога должен быть реализован с соблюдением правил, установленных Гражданским кодексом РФ (ст. 350 ГКРФ).

Во всех случаях реализация заложенного имущества производится путем продажи с публичных торгов в порядке, установленном гражданским или арбитражным процессуальным законодательством, если законом не предусмотрен иной порядок (п. 1 ст. 350 ГКРФ). Таким образом, возможность комиссионной продажи заложенного имущества, предусмотренная ст. 398 ГПК РФ, исключается.

Согласно п. 2 ст. 350 ГКРФ, если обращение взыскания на заложенное имущество производится по решению суда, то по просьбе залогодателя суд имеет право отсрочить его продажу с публичных торгов на срок до одного года. Эта норма практически не применяется в предпринимательской сфере и рассчитана в основном на те случаи, когда предметом залога оказывается единственная квартира, принадлежащая на праве собственности гражданину, либо индивидуальный жилой дом. Залогодателю (гражданину) представляется шанс расплатиться с залогодержателем по долгам и сохранить свое имущество. С другой стороны, нельзя не заметить, что действие данной нормы в определенной мере ущемляет интересы залогодержателя, который в течение длительного периода времени лишен возможности удовлетворить свои, по существу бесспорные, требования к залогодателю. Защите интересов залогодержателя, хотя в минимальной степени, будет служить положение, в соответствии с которым указанная отсрочка не затрагивает прав и обязанностей сторон по основному обязательству, обеспеченному залогом, и не освобождает должника от возмещения возросших за время отсрочки убытков кредитора и неустойки.

Порядок определения начальной продажной цены заложенного имущества различается в зависимости того, обращается ли взыскание на предмет залога по решению суда либо во внесудебном порядке. При судебном порядке обращения взыскания на предмет залога его начальная продажная цена на торгах устанавливается судом. В остальных случаях начальная продажная цена предмета залога определяется соглашением сторон (п. 3 ст.350).

В качестве покупателя реализуемого имущества, являющегося предметом залога, признается лицо, предложившее за него наивысшую цену.

Достаточно часто залогодержатели имеют неправильное представление относительно своих особых прав на заложенное имущество. Истина состоит в том, что ни при каких обстоятельствах залогодержатель не может автоматически в силу каких-либо особых оснований стать собственником заложенного имущества.[[18]](#footnote-18)1 Напротив, по сравнению с другими лицами его права на указанное имущество в определенной степени ограничены.

Залогодержатель вправе по соглашению с залогодателем приобрести заложенное имущество, если торги будут объявлены несостоявшимися. При этом залогодержатель может зачесть в счет покупной цены свои требования по основному обязательству, обеспеченному залогом. Согласно п. 6 ст. 350 ГКРФ, если покупная цена превышает требования кредитора-залогодержателя, последний возвращает разницу залогодателю. Из суммы, полученной от реализации заложенного имущества, сначала покрываются расходы по организации торгов, остальная сумма поступает на удовлетворение требований взыскателей. Только после этого сумма, оставшаяся после удовлетворения всех требований, возвращается должнику.

И только при объявлении повторных торгов несостоявшимися залогодержатель вправе независимо от воли залогодателя оставить заложенное имущество за собой с оценкой его в сумме не более чем на десять процентов ниже начальной продажной цены на повторных торгах (ч. 2 п. 4 ст. 350 ГКРФ). Если же залогодержатель не воспользовался правом оставить за собой заложенное имущество в течение месяца со дня объявления повторных торгов несостоявшимися, договор о залоге прекращается, предмет залога остается в собственности (хозяйственном ведении) залогодателя.

Организация и проведение торгов должны соответствовать ст. 448 ГКРФ.[[19]](#footnote-19)2 В тех случаях, когда реализация заложенного имущества осуществляется без обращения в суд, в качестве организатора торгов выступают залогодержатель и залогодатель. Если требования залогодержателя удовлетворяются из стоимости заложенного имущества по решению суда, обязанность организовать торги либо обратиться к специализированной организации лежит на судебном исполнителе.

Публичные торги проводятся в форме конкурса или аукциона на основании действующих договоров со специализированной фирмой.

Выигравшим торги на аукционе признается лицо, предложившее наиболее высокую цены, а по конкурсу - лицо, которое по заключению конкурсной комиссии, предложило лучшие условия. Аукцион и конкурс, в которых участвовал только один участник, признаются несостоявшимися.

В открытом аукционе и открытом конкурсе может участвовать любое лицо. В закрытом аукционе и закрытом конкурсе участвуют только специально приглашенные лица.

Извещение о проведении торгов должно быть опубликовано не менее чем за 30 дней до их проведения. Извещение должно содержать сведения о времени, месте и форме торгов, их предмете и порядке проведения, в том числе о порядке оформления участия в торгах, определении лица, выигравшего торги, а также сведения о начальной цене.

Если иное не предусмотрено в извещении о проведении торгов, организатор открытых торгов, сделавший извещение, вправе отказаться от проведения аукциона в любое время, но не позднее, чем за три дня до наступления даты его проведения, а конкурса - не позднее, чем за 30 дней до проведения конкурса.

В случаях, когда организатор открытых торгов отказался от их проведения с нарушением указанных сроков, он обязан возместить участникам понесенный ими реальный ущерб. Организатор закрытого аукциона обязан возместить приглашенным им участникам реальный ущерб независимо от того, в какой именно срок последовал отказ.

Лица, желающие принять участие в публичных торгах, вносят задаток в размере, сроки и порядке, которые указаны в извещении.

Если торги не состоялись, задаток подлежит возврату. Задаток возвращается также лицам, которые участвовали в торгах, но не выиграли (размер задатка составляет –10% от начальной цены).

При заключении договора с лицом, выигравшим торги, сумма внесенного задатка засчитывается в счет исполнения обязательств по заключенному договору.

За счет заложенного имущества залогодержатель вправе удовлетворить свои требования в полном объеме, определяемом к моменту фактического удовлетворения, включая проценты, неустойку, убытки, причиненные просрочкой исполнения, а также необходимые издержки по содержанию заложенного имущества и расходы по осуществлению взыскательных операций.

Если предметом залога является несколько вещей, залогодержатель по своему выбору может быть получить удовлетворение за счет всего этого имущества либо за счет какой-либо из вещей.

Если реализуется заложенное имущество, обремененное правами нескольких залогодержателей, то распределение сумм, вырученных от продажи такого имущества, производится с учетом очередности заключенных договоров залога. Требования последующего залогодержателя удовлетворяются из стоимости предмета залога после удовлетворения требований предыдущего залогодержателя.

Требования каждой последующей очереди удовлетворяются после полного погашения требований предыдущей очереди. При недостаточности взысканной суммы для полного удовлетворения требований одной очереди эти требования удовлетворяются пропорционально причитающейся каждому взыскателю сумме.

В первую очередь удовлетворяются привилегированные требования (по взысканию алиментов, возмещению вреда, причиненного здоровью, а также возмещение вреда, причиненного лицам, понесшим ущерб в результате смерти кормильца).

Во вторую очередь удовлетворяются требования работников, вытекающие из трудовых правоотношений, выплата вознаграждения авторам и пр.

В третью очередь – отчисления в Пенсионный фонд, соцстрах и фонд занятости.

В четвертую очередь – требования по платежам в бюджеты всех уровней и государственные внебюджетные фонды,

И лишь в пятую очередь удовлетворяются все остальные требования, в том числе и требования залогодержателей.

Аукционный принцип продажи заложенного имущества при отсутствии развитого рынка (в особенности недвижимости), который дает необходимые ориентиры в определении его цены, как отмечается в литературе, позволяет с большой степенью вероятности предсказать массовый характер случаев, когда предмет залога будет продаваться с публичных торгов по цене, значительно отличающейся от той, которую кредитор и должник имели в виду, обеспечивая исполнение обязательства залогом соответствующего имущества. Это, в свою очередь, приведет к тому, что выручка от продажи заложенного имущества либо не позволит удовлетворить требования залогодержателя либо, напротив, после погашения долга останется в излишке.

Во избежание подобных казусов п. 5 ст. 350 ГКРФ предусмотрены следующие правила. В случаях, когда сумма, вырученная от заложенного имущества, окажется недостаточной для погашения требований залогодержателя, он имеет право, при отсутствии иного указания в законе или договоре, получить недостающую сумму из другого имущества должника. Правда, такие требования залогодержателя лишаются тех преимуществ, которые имеют требования, обеспеченные залогом.

Залогодатель, в роли которого может выступать как должник в основном обязательстве, так и третье лицо, имеет возможность в любой момент до продажи заложенного имущества (в том числе даже после начала публичных торгов) прекратить обращение взыскания на предмет залога. Для этого залогодатель должен исполнить обеспеченное залогом обязательство, либо ту его часть, исполнение которой оказалось просроченным. Если исполнение обязательства будет произведено залогодателем в период проведения торгов, данное обстоятельство явится безусловным основанием для их приостановления. Данное право залогодателя не может быть отменено или ограничено ни законодательством, ни соглашением сторон, любое соглашение об этом признается ничтожным (п. 7 ст. 350 ГКРФ).

Реализовать заложенное имущество кредитор может и минуя публичные торги в случаях, когда:

1.Неплатежеспособный залогодатель соглашается уступить залогодержателю предмет залога или другую собственность, представляющую интерес для банка (отступное – ст. 409 ГКРФ).

2.ГКРФ разрешает кредитору заменить кредитный договор на договор купли-продажи предмета залога. Должник рассчитывается с залогодержателем, заключая договор купли-продажи на предмет залога.

Несмотря на то, что реализация заложенного имущества является одной из наиболее важных стадий обеспечения прав кредитора-залогодержателя, именно на этой стадии чаще всего возникает ряд серьезных проблем, носящих в большинстве своем процессуальный характер. В частности, ряд проблем связан с регулированием процесса реализации заложенного жилого помещения с публичных торгов, так как зачастую собственниками либо иными лицами, имеющими материальные права на это помещение, являются одновременно несколько лиц.

Как уже было указано выше, статья 349 ГКРФ предусматривает две формы реализации – по решению суда и на основании нотариально удостоверенного соглашения залогодателя с залогодержателем, заключенного после возникновения оснований для обращения взыскания. В принципе, возможность заключения соглашения о порядке обращения взыскания достаточно привлекательна для сторон, так как позволяет избежать осложнений, связанных с несовершенством судебной системы, и в наибольшей степени соблюсти интересы как залогодержателя, так и залогодателя. Однако ч. 1 ст. 350 ГКРФ устанавливает, что реализация заложенного имущества производится с публичных торгов «в порядке, установленном процессуальным законодательством, если законом не установлен иной порядок». Но в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством, торги организуются судебным исполнителем и проводятся по исполнительным документам, исчерпывающий перечень которых содержится в ст. 339 ГПК РСФСР. Получается, что для реализации заложенного имущества по соглашению сторон, если предметом залога является движимое имущество, и договором залога предусмотрено обращение взыскания на него во внесудебном порядке, то после принятия решения об обращении взыскания на предмет залога следует исходить из того, что реализация заложенного имущества должна производится судебным исполнителем (ГПК РСФСР). Для этого необходимо подать в суд заявление о возбуждении исполнительного производства. Только при отказе народного суда следует самостоятельно реализовывать заложенное имущество путем проведения публичных торгов. Процедура, как мы видим, более чем сложная.

Заключение договора на торгах регулируется также статьями 447 и 448 ГКРФ, однако, в указанных нормах прямо не указывается, что они применяются для залоговых отношений.

Не урегулирован также вопрос о том, каким актом должно формироваться право собственности залогодержателя в случае оставления последним предмета залога за собой при объявлении повторных торгов несостоявшимися. Представляются возможными такие документы, как заявление в адрес регистрирующего органа, специальное решение залогодержателя, либо и то и другое.

Есть также еще одна проблема. В соответствии с ч. 4 ст. 350 ГКРФ, если залогодержатель не воспользуется правом оставить за собой предмет залога в течение месяца со дня объявления повторных торгов несостоявшимися, договор о залоге прекращается. Право собственности залогодержателя на недвижимость возникает только после государственной регистрации данного права (ч. 2 ст. 8 ГКРФ), а подобная процедура занимает зачастую объем времени, превышающий установленный данной нормой период.

Реализация предмета залога по решению суда в настоящее время также неотлажена. Прежде всего существуют чисто организационные проблемы, заключающиеся в недостатке квалифицированных судей и судебных исполнителей. С другой стороны, при вынесении решения об обращении взыскания арбитражным судом возникают осложнения, связанные с взаимодействием общих и арбитражных судов. Например, известны случаи, когда суды общей юрисдикции при оставлении залогодержателем предмета залога за собой после объявления несостоявшимися торгов, проводимых по решению арбитражных судов, выносили определения о переходе к залогодержателю права собственности, указывая при этом, что определение вынесено «во исполнение порядка и способов исполнения решения арбитражного суда».

§ 8. Ипотека

*Ипотека* (от греч. hypoteke – залог, основание, заклад; англ. mortgage), то есть залог недвижимости является наиболее сложным, мало применяемым в нашей стране, но весьма развитым в зарубежье способом обеспечения обязательств. Впервые понятие «ипотека» было введено федеральным законом «О залоге». Впоследствии Гражданский кодекс РФ дополнил его содержание, поставив равенство между ипотекой и залогом недвижимого имущества. Согласно п. 2 ст. 334 ГКРФ *ипотекой признается залог предприятия, строения, здания, сооружения или иного объекта, непосредственно связанного с землей, вместе с соответствующим земельным участком или правом пользования им*. С целью наиболее эффективного регулирования ипотечных отношений в Российской Федерации был принят Федеральный Закон «Об ипотеке (залоге недвижимости)» №102 от 16 июля 1998 г. Также одним из нормативных актов, регулирующих отношения ипотеки, является Указ Президента РФ №293 от 26 февраля 1996 г.

Основным отличительным признаком ипотеки, как одного из видов залога является ее предмет. По договору ипотеки в качестве имущества, передаваемого в залог, выступает недвижимость. По общему правилу к недвижным вещам относятся земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все, что прочно связано с землей, то есть объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе леса, многолетние насаждения, здания, сооружения. К недвижимым вещам относятся также подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты. Также объектом ипотеки может быть предприятие в целом как имущественный комплекс. Законом к недвижимым вещам может быть отнесено и иное имущество (п. 1 ст. 130 ГКРФ).

Часть недвижимого имущества, раздел которого в натуре невозможен без изменения его назначения (неделимая вещь), кроме квартир в многоквартирном жилом доме, не может быть самостоятельным предметом ипотеки.

В зависимости от предмета ипотеки, ее назначение различают на:

* ипотеку предприятий,
* ипотеку зданий, строений жилого и нежилого фонда, сооружений и других производственных объектов,
* ипотеку земельных участков,
* ипотеку жилых домов, квартир и комнат.

Ипотека *предприятия* как имущественного комплекса рассматривается как залог недвижимости. Предмет такой ипотеки включает в себя различные виды имущества, предназначенного для производственной деятельности предприятия, как материальные (земельный участок, здания, сооружения, оборудование), так и нематериальные активы и некоторые неимущественные права (фирменное наименование, товарный знак и т. д.).

Ипотека предприятия как имущественного комплекса, допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором он находится. В случае, когда залогодатель не имеет права собственности или аренды на земельный участок, в ипотеку передается принадлежащее ему право пользования этим участком.

Согласно п. 3 ст. 340 ГКРФ ипотека *здания или сооружения* допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором находится это здание или сооружение, либо части этого участка, функционально обеспечивающей закладываемый объект, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка или его соответствующей части. Если, закладывается здание, находящееся на земле, переданной залогодателю в пользование, то закладывается именно здание, с оговоркой, что оно расположено на таком то земельном участке.

В объекты ипотеки *земельных участков* входят земельные наделы, в том числе участки из состава земель сельскохозяйственного назначения. При ипотеке земельного участка право залога не распространяется на находящиеся или возводимые на этом участке здания и сооружения, если в договоре не предусмотрено иное (п. 4 ст. 340 ГКРФ). При отсутствии в договоре такого условия залогодатель в случае обращения взыскания на заложенный участок земли сохраняет право ограниченного пользования (сервитут) той его частью, которая необходима для использования здания или сооружения в соответствии с его назначением. Условия пользования этой частью участка определяются соглашением залогодателя с залогодержателем, в случае спора – судом.

Если ипотека установлена на земельный участок, на котором находятся здания или сооружения, принадлежащие не залогодателю, а другому лицу, то при обращении залогодержателем взыскания на этот участок и его продаже с торгов к приобретателю участка переходят все права и обязанности, которые в отношении этого лица имел залогодатель. Если предметом залога является помещение, находящееся в доме и, соответственно не являющееся отдельным зданием, либо пристроенное к нему, то здесь не требуется ипотеки земельного участка.

Объектом ипотеки *в жилищной сфере* является земельный участок и прочно связанные с ним жилые дома с жилыми и нежилыми помещениями, приусадебные хозяйственные постройки, многолетние зеленые насаждения, жилые дома, квартиры, иные жилые помещения в жилых домах и других строениях, пригодные для постоянного и временного проживания.

На сегодняшний день представляется невозможным заложить недостроенный дом, строение, сооружение незаконченного строительства, ибо право собственности на такое имущество возникает с момента регистрации акта приемки. Вместе с тем собственник, начавший строительство будущего жилого или иного строения, имеет право собственности и соответственно все полномочия по распоряжению такими объектами: фундамент, стены, стройматериалы, проектно-сметная документация, вложенные в строительство денежные средства, имущественные права на объект незавершенного строительства. Стоимость их определяется по соглашению сторон.

Существует ряд особенностей залога жилых домов, квартир и комнат:

- залогодателем может быть только собственник;

- если в квартире прописан залогодатель и (или) члены его семьи, другие лица, необходимо согласие всех прописанных на ипотеку.

Так как данное жилье не подлежит передаче залогодержателю и в договоре не может быть условий по ограничению пользования, то залогодатель имеет право распоряжаться им любым образом, в том числе путем отчуждения с переводом на приобретателя долга по обязательству, обеспеченному залогом, завещать, сдавать для проживания другим лицам по найму и т. д. При этом договор найма, заключенный с согласия залогодержателя, сохраняет силу в будущем для нового собственника жилья. Если найм был заключен без согласия залогодержателя, то при обращении взыскания на это жилье новый собственник имеет право не возобновлять договор найма на новый срок.

Обращение взыскания на жилой дом не является основанием для выселения покупателем проживающих в нем залогодателя, членов его семьи и других лиц. Они могут быть выселены лишь в судебном порядке, если кредит был получен на постройку жилого дома или покупку квартиры.

Особенности ипотеки зависят еще и от объема правомочий по распоряжению имуществом, в частности, объектом ипотеки может быть имущество, находящееся в *общей* собственности, которая, в свою очередь, может быть *совместной и долевой*.

Условием ипотеки имущества, находящегося в общей совместной собственности, в том числе жилых и нежилых помещений, является наличие письменного нотариально удостоверенного согласия на это всех собственников имущества.

Передача же в залог имущества, находящегося в долевой собственности, зависит от того, передается ли в залог все имущество или только доля одного из собственников. Если в залог передается все имущество, то как владение, пользование, так и распоряжение им осуществляется по соглашению всех его участников. Если же закладывается только доля одного из них, то согласие остальных собственников не требуется, поскольку для данного участника объектом распоряжения являются его имущественные права, его доля в праве собственности, а не само имущество. В случае обращения взыскания на эту долю при ее продаже сохраняет силу преимущественное право покупки данной доли другими собственниками.

Согласно Указа Президента РФ от 28 февраля 1996 года **не допускается ипотека** следующих объектов:

* участки недр, особо охраняемых территорий;
* имущество, на которое в соответствии с федеральным законом не может быть обращено взыскание;
* имущество, приватизация которого запрещена;
* многоквартирные и индивидуальные жилые дома, находящиеся в муниципальной собственности.

В отличие от других договоров залога *договор ипотеки* требует обязательного нотариального удостоверения и регистрации, так как ипотека относится к сделкам с недвижимым имуществом. Доверенность, независимо от имени каких субъектов она выдается, (физического или юридического лица), на совершение такой сделки должна быть нотариально удостоверена. Федеральное законодательство не содержит каких либо ограничений относительно места удостоверения договора о залоге. Так как отчуждения имущества не происходит, по соглашению сторон договор ипотеки может быть оформлен у любого нотариуса, как по месту нахождения имущества, так и в другом месте. Государственная регистрация ипотеки происходит по общим правилам, то есть по месту нахождения имущества. Договор об ипотеке считается заключенным и вступает в силу с момента его государственной регистрации по месту нахождения недвижимости.

В договоре ипотеки должно быть указано право, в силу которого имущество, являющееся предметом ипотеки, принадлежит залогодателю, и орган государственной регистрации прав на недвижимое имущество, зарегистрировавший это право залогодателя. По проекту закона «Об ипотеке» договор залога недвижимости может быть оформлен в форме закладной.

Оценочная стоимость предмета определяется по соглашения сторон (или приглашается профессиональный оценщик) и указывается в договоре в денежном выражении. Залоговая стоимость земельных участков не может устанавливаться ниже их нормативной цены, отраженной в акте о нормативной цене земельного участка, выдаваемого Комитетом по землеустройству. К договору прилагаются копия чертежа границ земельного участка.

В договоре должно быть четко указано обязательство, обеспечиваемое ипотекой, с указанием его величины, основания его возникновения, срока исполнения.

В договоре может быть предусмотрено, что ипотека обеспечивает требования залогодержателя, обеспеченные в том объеме, какой они приобретут к моменту их удовлетворения за счет заложенного имущества, или в фиксированной сумме. Если в договоре установлена фиксированная сумма требований залогодержателя, обеспеченных ипотекой, обязательства должника перед залогодержателем в объеме, превышающим эту сумму, не считаются обеспеченными ипотекой.

Залогодателем может быть как собственник, так и лицо, имеющее на предмет право хозяйственного ведения. Обязательным условием является наличие согласия собственника или уполномоченного им органа (при залоге имущества государственных и муниципальных предприятий) на передачу недвижимого имущества в залог.

При заключении договора об ипотеке залогодатель обязан письменно предупредить залогодержателя обо всех известных ему к моменту регистрации ипотеки правах третьих лиц на предмет ипотеки (правах залога, пользования, аренды, сервитута). Неисполнение этой обязанности дает кредитору по основному обязательству право потребовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства или изменений условий договора.

Права залогодателя, а при обращении взыскания на здание или сооружение – и права покупателя на земельный участок, должны определяться исходя из ст. 37 Земельного кодекса РФ, согласно которому при проходе права собственности на строение, сооружение или при передаче их другим юридическим лицам или гражданам вместе с этими объектами переходит и право пользования земельным участком.

В договоре не предусматривается передача предмета залога кредитору или третьим лицам. Однако залогодатель вправе использовать имущество, заложенное по договору ипотеки, в соответствии с его назначением: завещать, продать, подарить, обменять, внести в качестве пая в кооператив только с согласия кредитора, если договором не предусмотрено иное. В этом случае лицо, которое приобрело заложенное имущество, приобретает обязанности залогодателя, включая и те, которые не были им надлежаще выполнены.

При пользовании заложенным имуществом залогодатель не должен допускать ухудшения имущества и уменьшения его стоимости сверх того, что называется нормальным износом.

Залогодатель обязан:

- поддерживать имущество в исправном состоянии и нести расходы по содержанию этого имущества до момента прекращения ипотеки;

- производить текущий и капитальный ремонт имущества, заложенного по договору.

Залогодержатель вправе в любое время проверять состояние заложенной недвижимости. Он может потребовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства в случае его нарушения, даже незначительного. Для предупреждения подобных конфликтных ситуаций залогодателю целесообразно застраховать свое имущество по полной стоимости в надежной страховой кампании, а если его стоимость превышает размер кредита, на сумму залоговой стоимости имущества, которая, как правило, составляет 70% стоимости имущества.

При удостоверении сделки нотариус и кредитный эксперт визуально и документально удостоверяются в личности и дееспособности участников сделки. Для оформления договора о залоге ипотеки требуется предоставление следующих документов:

* описание предмета ипотеки (индивидуальная характеристика жилья, его местонахождение, размер общей и жилой площади, количество комнат в квартире), конкретный перечень хозяйственных и бытовых построек и сооружений, характеристика земельного участка;
* свидетельство о праве собственности;
* договор купли-продажи, мены, дарения и т. д.;
* свидетельство о внесении в реестр собственников;
* справки БТИ об оценке имущества для залога;
* договор аренды земельного участка (если последний арендуется);
* свидетельство о праве собственности на землю (если она собственная);
* копия чертежа границ закладываемого земельного участка, выданная Комитетом по земельным ресурсам и землеустройству,
* акт о нормативной цене закладываемой земли, выданный Комитетом по земельным ресурсам и землеустройству;
* договор о закреплении за государственным предприятием на правах хозяйственного ведения недвижимого имущества (при необходимости);
* договор страхования, страховой полис на страхование заложенного имущества от основных видов риска.

При залоге частной квартиры:

* паспортные данные владельца;
* свидетельство о собственности или договор купли-продажи, мены, дарения;
* справка БТИ и поэтажный план;
* справка о выписке всех жильцов и отсутствия задолженности по квартплате;
* при наличии несовершеннолетних детей, документы, подтверждающие согласие органа опеки и попечительства;
* заключение БТИ об оценочной стоимости;
* выписка из домовой книги;
* справка налоговой инспекции об уплате налога на собственность;
* если квартира кооперативная, справку из ЖС о членстве и размере взноса;
* согласие жены (мужа) на залог квартиры (при совместной собственности), заверенная нотариально.

Государственная регистрация прав осуществляется по месту нахождения недвижимого имущества и является единственным доказательством существования зарегистрированного права. Государственная регистрация ипотеки проводится на основании заявления залогодателя после регистрации его вещных прав на недвижимое имущество. К заявлению залогодателя прилагается договор об ипотеке вместе с указанными в договоре документами. В государственной регистрации может быть отказано в случаях, когда ипотека указанного в договоре имущества не допускается в соответствии с законодательством РФ и (или) если содержание договора или прилагаемых к нему документов не соответствует требованиям государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

При государственной регистрации ипотеки указываются данные о залогодержателе, предмете ипотеки, стоимость обеспеченного ипотекой обязательства или данные о порядке и условиях определения этой стоимости.

Присваивается регистрационный номер договора об ипотеке. Регистрационная запись об ипотеке погашается на основании заявления залогодержателя, заявления залогодателя с приложением документов об исполнении основного договора либо на основании вступившего в силу решения суда, арбитражного или третейского суда.

30 января 1998 года вступил в силу Федеральный Закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», который предполагает создание единой системы регистрации прав на недвижимость. Основной задачей данного нормативного акта является создание Единого реестра прав, проведение правовой экспертизы. Необходимость закона обусловлена отсутствием надлежащего порядка в системе учета, технической инвентаризации недвижимости, а также регистрации прав. В настоящее время регистрация прав, в зависимости от объекта, разрозненна:

* права на жилые помещения регистрируются в БТИ;
* сделки с земельными участками в Комитете по земле и землеустройству;
* операциями с производственными зданиями и сооружениями, а также нежилыми помещениями занимаются территориальные комитеты по управлению имуществом.

Ипотека позволяет органам государственного управления в рамках мероприятий по урегулированию проблем неплатежеспособности осуществлять реструктуризацию и финансовое оздоровление предприятий, попавших в кризисную ситуацию. Поскольку ипотека предприятия распространяется на все его имущество, включая и оборотные средства, а также иные ценности, отраженные в балансе предприятия, при неисполнении обязательств, обеспеченных ипотекой, залогодержатель вправе принять меры по оздоровлению финансового положения предприятия, предусмотренные договором об ипотеке, включая назначение своих представителей в руководящие органы предприятия, ограничение права распоряжаться произведенной продукцией и иным имуществом. Если такие меры не дают надлежащих результатов, залогодержатель вправе обратить взыскание на находящееся в ипотеке предприятие и оно продается с аукциона как единый комплекс в порядке, предусмотренном законодательством. Таким образом, без проведения процедур, предусмотренных законодательством о несостоятельности (банкротстве), методом ипотеки можно достичь аналогичных целей. Законом запрещено передавать в ипотеку предприятие, в отношении которого уже возбуждено дело о банкротстве либо принято решение о ликвидации или реорганизации.

В России развитие ипотечных отношений сдерживается проблемами применения законодательных актов и отсутствием соответствующих институтов, связанных с обслуживанием ипотеки.

Большие трудности у кредиторов, в частности, банков и инвесторов имеются при определении цены залога. Если с оценкой квартир или дач особых проблем не возникает, то назвать точную цену предприятия, особняка очень сложно, что требует работы специалистов. Для этого необходимо постоянно заниматься мониторингом рынка, анализом цен.

До недавних пор серьезной проблемой залогодателей являлось получение достоверной информации о титуле собственности. Сейчас этот вопрос урегулирован благодаря принятию 30 января 1998 г. Федерального Закона «О регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

Значительных ресурсов времени требует оценка имущества, проверка и оформление документов, реализация заложенного имущества в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства.

Для операций с недвижимостью необходимы юридические нормы, регулирующие деятельность всех звеньев ипотечной системы. Рынок ипотечных обязательств требует проработки всех аспектов сделок с недвижимостью, включая действующую процедуру обращения взыскания, т. е. отчуждения недвижимости в случае неисполнения обязательства.

В Законе РФ «0 залоге» не в полной мере проработаны вопросы ипотеки. Некоторые из них не согласуются с иными нормами действующего законодательства в части использования залога квартир. Не четко отрегулирован порядок залога земельного участка, находящегося под зданиями и сооружениями. Не принят закон о кондоминиуме. В должной мере не отработана и процедура реализации залога через судебные органы. Дела по отчуждению недвижимости рассматриваются наряду с общими судебными исками чрезвычайно длительное время, что резко снижает привлекательность ипотеки. С другой стороны, необходимы законы, обеспечивающие реальную защиту прав потребителя.

Для полноценного функционирования системы ипотечного кредитования в России необходимо создать систему страхования операций с недвижимостью. Пока что в наших условиях, при всей несовершенности системы ипотечного кредитования, а также системы законодательства часто используются так называемые системы псевдо-ипотеки (например, предварительная передача прав на объект недвижимости кредитору, а затем сдача в аренду этого объекта недвижимости фиктивному кредитополучателю).

# Глава 5. УДЕРЖАНИЕ

*Удержание* в России является новым способом обеспечения исполнения обязательств.

Существо указанного способа заключается в том, что *кредитору, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику или указанному им лицу, предоставлено право в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещению кредитору связанных с этой вещью издержек и других убытков удерживать ее у себя до тех пор, пока соответствующее обязательство должником не будет исполнено* (ст. 359 ГКРФ).

Особенность такого обеспечения исполнения обязательства, как удержание, состоит в том, что кредитор наделен правом удерживать вещь должника до исполнения последним его обязательства непосредственно, то есть для реализации этого права кредитору не требуется, чтобы возможность удержания вещи должника была предусмотрена договором.

Нормы об удержании носят диспозитивный характер, поскольку сторонам предоставлено право предусмотреть в договоре условие, исключающее применение названного способа обеспечения исполнения обязательства (п. 3 ст. 359 ГКРФ).

В предпринимательских отношениях удержанием вещи должника могут обеспечиваться также его обязательства, не связанные с оплатой удерживаемой вещи или возмещением издержек на нее и других убытков (ч. 2 п. 1 ст. 359 ГКРФ).

В роли кредитора, располагающего правом удерживать вещь должника, может оказаться комиссионер, которому комитент не платит комиссионное вознаграждение, хранитель по договору хранения, ожидающий оплаты услуг, связанных с хранением вещи, перевозчик по договору перевозки, не выдающий груз получателю до полного расчета за выполненную перевозку, подрядчик, не передающий заказчику созданную им вещь до оплаты выполненной работы, и т. п.

Кроме того, согласно п. 2 ст. 359, кредитор не лишается права удерживать находящуюся у него вещь даже в тех случаях, когда после того, как эта вещь оказалась у кредитора, права на нее приобретены третьим лицом. В качестве примера можно привести случаи, когда перевозчик сохраняет право на невыдачу груза (его удержание), если груз от отправителя перешел в собственность третьего лица, приобретшего, например, коносамент, по которому перевозился данный груз.

Если, несмотря на принятые кредитором меры по удержанию вещи, должник тем не менее не исполнит свое обязательство, кредитор вправе *обратить взыскание* на удерживаемую им вещь (ст. 360 ГКРФ). При этом стоимость вещи, объем и порядок обращения на нее взыскания по требованию кредитора определяются в соответствии с правилами, установленными для удовлетворения требований залогодержателя за счет заложенного имущества (ст. 349-350 ГКРФ).

Вообще удержание, как способ обеспечения обязательств имеет много общего с залогом, а точнее, с такой его разновидностью, как заклад. В частности, при удержании, как и при залоге, кредитор вправе требовать удовлетворения своих требований по основному договору из стоимости удерживаемого имущества. Он также несет ответственность за сохранность удерживаемого имущества и т. д.

В отличие от залога, устанавливаемого письменным соглашением, удержание может возникнуть в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, независимо от условий основного или обеспечивающего договора.

В соответствии со ст. 359 ГКРФ удержание имеет своим предметом вещь. Однако остается не ясным, относятся ли к объектам удержания вещные права должника или лица, к которому они перешли. Исходя из текста ст. 359 ГКРФ, держатель до момента надлежащего исполнения обязательства обладает одним из вещных прав – *правом владения* вещью. Что касается других вещных прав на удерживаемое имущество – их судьба остается не ясной. Если следовать принципу, по которому на удержание распространяются правила о залоге, то вещные права должника также могут служить предметом удержания. Но согласно п. 3 ст. 346 ГКРФ кредитор-залогодержатель имеет право пользоваться переданным ему имуществом только если это разрешено ему условиями договора о залоге. Удержание же, в отличие от залога, может возникать независимо от условий договора. То есть, соответственно, если условие об удержании не содержится в договоре, то и не содержится условие о пользовании предметом удержания. По общим правилам кредитор не имеет права пользования удерживаемой вещью без согласия собственника вещи. Также кредитор, удерживающий вещь, не вправе распоряжаться ею. Исходя из вышесказанного представляется наиболее вероятным, что предметом удержания является лишь право владения удерживаемым имуществом должника.

Во избежание казусов, связанных с применением на практике удержания как способа обеспечения обязательств, необходимо внести в законодательство поправки, касающиеся предмета удержания. Это необходимо еще и для того, чтобы урегулировать такой вопрос, как *стоимость* предмета удержания. Законодатель не оговаривает, какой должна быть стоимость удерживаемого имущества. В случае если стоимость удерживаемой вещи равна либо превосходит сумму требований кредитора, то его права, несомненно, можно считать защищенными, однако, если стоимость удерживаемой вещи ниже размера требований кредитора, он рискует потерпеть убытки. К тому же кредитор, удерживающий вещь, несет обязанность хранения вещи, а это также требует определенных материальных затрат.

Что касается *обращения взыскания* на удерживаемое имущество должника, то оно производится в порядке, установленном для удовлетворения требований, обеспеченных залогом (ст. 360 ГКРФ).

Как и залог, удержание *следует* за вещью, обременяя ее. То есть, в данном случае применяются правила об уступке требования (п. 1 ст. 328 и п. 1 ст. 388 ГКРФ).

Как уже отмечалось ранее, удержание имеет сходные черты с закладом, так как при удержании, как и при закладе, вещь остается у кредитора.

Еще одним отличием удержания от залога является то, что предметом удержания может стать и вещь, которая на момент заключения сделки, обеспечиваемой удержанием, еще не принадлежала должнику, а была приобретена им позже. В договоре залога предмет оговаривается заранее.

Иногда удержание приводят в качестве примера самозащиты. Однако от самозащиты удержание существенно отличается хотя бы тем, что при необходимости обращения взыскания на удерживаемое имущество кредитор осуществляет это не собственной властью, а в порядке, установленном для обращения взыскания при залоге, в то время как самозащитой достигается восстановление нарушенного права без обращения в суд или иные правозащитные органы.

Право на удержание вещи имеет *любая* сторона по договору, если она вправе требовать платежа или совершения иных действий от контрагента. Именно по этой причине удержание может приобрести достаточно широкое практическое применение.

Глава 6. ЗАДАТОК

*Задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения* (п. 1 ст. 380 ГК).

Несмотря на то, что с помощью задатка обеспечиваются чаще всего договоры между гражданами, нет оснований, препятствующих применению его в предпринимательской сфере.

Специфические черты задатка, отличающие его от всех остальных способов обеспечения обязательств, заключаются в следующем.

Во-первых, задатком могут обеспечиваться лишь обязательства, возникающих из договоров, то есть нет оснований возникновения этого способа обеспечения обязательств в силу закона. Следовательно, он не может быть использован для обеспечения деликатных обязательств, обязательств, возникающих вследствие неосновательного обогащения, и некоторых других.

Во-вторых, задаток, являясь способом обеспечения договорного обязательства, одновременно выполняет роль доказательства заключения договора, то есть выполняет удостоверительную функцию. Это означает, что, если сторонами оспаривается факт заключения договора, но имеется документ, свидетельствующий о выдаче (получении) задатка, договор считается заключенным. С другой стороны, если договором предусмотрена уплата одной из сторон задатка, он будет считаться заключенным лишь после исполнения соответствующим контрагентом этой обязанности.

В-третьих, задатком может быть обеспечено только исполнение денежных обязательств. Этот вывод следует из положения о том, что задаток выдается соответствующей стороной в договорном обязательстве в счет причитающихся с нее платежей. То есть, задаток выполняет также платежную функцию.

Соглашение о задатке независимо от его суммы должно быть заключено в *письменной форме* (п. 2 ст. 380 ГКРФ). В ГК не говорится о том, что несоблюдение письменной формы приводит к недействительности соглашения о задатке. Следовательно, наступают общие последствия несоблюдения простой письменной формы сделки, определенные ст. 162 ГК, то есть несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий, на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства (п.1 ст. 162 ГК). Имеет существенное значение четкость составленного документа о задатке. Во избежание спора передаваемая в качестве задатка сумма должна быть названа именно в качестве задатка.

Если же говорить о новых положениях в области задатка, привнесенных новым Гражданским Кодексом, то, прежде всего, необходимо отметить значительное расширение сферы договорных обязательств, исполнение которых может обеспечиваться задатком. Ранее этим способом могли обеспечиваться лишь такие договорные обязательства, в которых хотя бы одной из сторон являлся гражданин (ст. 186 ГК РСФСР 1964 г.). В связи с этим задаток обычно применялся при заключении гражданами договоров найма нежилых помещений в домах, принадлежащих гражданам на праве личной собственности, договоров подряда и т. п. Теперь ограничения обязательств, обеспечиваемых задатком, в зависимости от их субъектного состава устранены. Задаток может выступать в качестве способа обеспечения также договорных обязательств, сторонами которых являются и юридические лица, и индивидуальные предприниматели.

Кроме того, ГКРФ дополняет правовое регулирование задатка положениями, определяющими судьбу денежной суммы, внесенной в качестве задатка, в двух конкретных случаях, когда:

- имеются сомнения в том, является ли уплаченная сумма задатком (в частности, вследствие несоблюдения правила о простой письменной форме соглашения о задатке), – в этом случае внесенная денежная сумма признается авансом, если не будет доказано другое (п. 3 ст. 380 ГКРФ);

- обязательство, обеспеченное задатком, прекращается по основаниям, установленным законом, до начала его исполнения, тогда уплаченная денежная сумма должна быть возвращена стороне, внесшей задаток (п. 1 ст. 381 ГКРФ). Отсутствие вины сторон и прекращение основного обязательства делают бессмысленным существование задатка, поэтому оставление задатка у стороны, получившей его, приводило бы к неосновательному ее обогащению.

Задаток выполняет три функции: платежную, удостоверительную и обеспечительную. Задаток выдается в счет причитающихся платежей по основному обязательству, тем самым он оказывается средством полного или частичного исполнения основного обязательства, способом его исполнения и выполняет *платежную* функцию. Способность к оплате основного долга сближает задаток с авансом, который также выполняет платежные функции. Однако в отличие от аванса задатку присущи и иные функции. Исполняя передачей задатка часть или все основное обязательство, должник подтверждает его наличие. С этим связана *удостоверительная* функция задатка. Сумма, переданная в качестве задатка, засчитывается в счет исполнения основного обязательства и в этой части гарантирует, обеспечивает его исполнение. В этом проявляется *обеспечительная* функция задатка.

Задаток может выполнять и *компенсационную* функцию, ибо сторона, ответственная за неисполнение договора, обязана возместить другой стороне убытки с зачетом суммы задатка (ч.2 п.2 ст. 381 ГКРФ).

Что касается значения задатка как способа обеспечения договорного обязательства, то оно состоит в том, что задаток прежде всего имеет целью предотвратить *неисполнение* договора. Этой цели служат нормы о последствиях неисполнения обязательства, обеспеченного задатком. В соответствии с п. 2. ст. 381 ГКРФ, если за неисполнение обязательства ответственна сторона, предоставившая задаток, денежная сумма, внесенная в качестве задатка, остается у другой стороны. Если же за неисполнение обязательства ответственна сторона, получившая задаток, она обязана уплатить стороне, внесшей задаток, двойную сумму задатка. Однако следует отметить, что названные правила применяются лишь в ситуациях, когда соответствующее обязательство не исполнено сторонами в полном объеме, и не распространяются на случаи ненадлежащего исполнения договорных обязательств.

Неисполнение обязательства влечет и возмещение убытков виновной стороной. ГК содержит положение, определяющее соотношение убытков и денежной суммы, внесенной в качестве задатка: если в договоре не предусмотрено иное, убытки подлежат возмещению с зачетом суммы задатка (ч. 2 п. 2 ст. 381). То есть, если за неисполнение договора отвечает сторона, предоставившая задаток, она должна возместить убытки в части, превышающей сумму задатка. В случаях, когда за неисполнение договора отвечает сторона, получившая задаток, другая сторона в обязательстве, предоставившая задаток, может потребовать уплаты двойной суммы задатка и, сверх того, возмещения убытков в части, превышающей однократную сумму задатка. Это положение Гражданского Кодекса наделяет задаток свойствами экономических санкций, установленных на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Однако законодатель предоставляет сторонам возможность оговорить в соглашении условие, по которому стороны отказываются от права на возмещение убытков, не покрытых суммой задатка.

Приходится с сожалением констатировать, что в современных условиях нет свидетельств широкого применения задатка в целях обеспечения исполнения договорных обязательств как в отношениях между организациями, так и обязательствах с участием граждан. Однако, учитывая отсутствие в настоящее время каких-либо законодательных барьеров, препятствующих активному использованию задатка участниками имущественного оборота, данное обстоятельство можно объяснить экономическими причинами, и в частности недостатком денежных средств у организаций в силу инфляции, а также определенной инерцией советского периода.

Вместе с тем в последние годы задаток активно применяется при проведении различных конкурсов и аукционов, в том числе и в порядке, предусмотренном законодательством о приватизации.

Действующий сегодня ГК включает в себя императивные нормы, обязывающие участников публичных торгов вносить задаток в размере, сроки и порядке, которые указаны в извещении о проведении торгов. Если торги не состоялись, задаток подлежит возврату. Задаток возвращается также лицам, которые участвовали в торгах, но не стали победителями. Что же касается победителя торгов, то сумма внесенного им задатка засчитывается в счет исполнения обязательств но заключенному с ним договору. Уклонение победителя от подписания протокола о результатах торгов влечет утрату им внесенного задатка, организатор торгов, уклонившийся от подписания протокола, обязан возвратить победителю торгов задаток в двойном размере, а также возместить ему убытки, причинённые участием в торгах, в части, превышающей сумму задатка (пп.4-5 ст. 448 ГКРФ).

Практика рыночных отношений в странах с развитой экономикой свидетельствует, что задаток - это одно из самых надежных средств, обеспечивающих выполнение обязательств перед кредиторами, которое реализуется во внесудебном порядке. В сложившихся в России условиях хронических неплатежей юридических лиц задаток может сыграть существенную роль в повышении платежной дисциплины субъектов делового оборота.

Глава 7. ПОРУЧИТЕЛЬСТВО

*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 ГКРФ). Поручительство повышает для кредитора вероятность исполнения обязательства, поскольку в случае его нарушения должником кредитор может предъявить свои требования поручителю, то есть здесь дополнительное обеспечение заключается в том, что в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства кредитор вправе предъявить требования двум лицам – должнику и поручителю по выбору.

Связь между должником и поручителем, в силу которой поручитель обязуется отвечать за исполнение полностью или частично обязательства должника, может быть разнообразной. Это может быть самостоятельный договор или такая связь может иметь неправовой характер (например, отношения взаимовыручки). В любом случае, эти мотивы не столь важны для самого договора поручительства, ибо он заключается между кредитором и поручителем *без участия должника*.

Для договора поручительства установлена обязательная *письменная форма*, невыполнение этого условия влечет недействительность договора (ст. 362 ГКРФ). Если отношения поручительства не оформлены подписанным двумя сторонами договором, то доказательством заключения такого договора может явиться письменное сообщение поручителю от кредитора о принятии им полученного текста поручительства. В случае, когда кредитор не дал такого письменного сообщения о принятии поручительства, доказательством заключения договора поручительства может служить ссылка на это поручительство в основном договоре, а при отсутствии такой ссылки договорные отношения поручительства следует считать неустановленными.[[20]](#footnote-20)

Договор поручительства является *односторонне обязывающим, консенсуальным и возмездным*, хотя законодатель дает возможность сторонам при заключении соглашения прибегнуть и к безвозмездному поручительству (ст. 423 ГКРФ). Однако согласно п. 1 ст. 365 ГКРФ это не освобождает должника от обязанности возмещения убытков поручителю.

В тексте договора поручительства должны быть указаны такие аспекты, как:

* обязательство, обеспечиваемое поручительством;
* объем ответственности поручителя (принимает ли 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.

Действующее законодательство, в отличие от ГК РСФСР 1964 г., предусматривает возможность заключения договора поручительства с целью обеспечения обязательства, которое не существует на момент заключения поручительства, но может возникнуть в будущем (ч. 2 ст. 361 ГКРФ). Это очень важное новшество, которое приобретает особое значение для кредитных и заемных обязательств.

Основным критерием, выступающим в качестве гарантии прав кредитора в договоре поручительства, является, безусловно, *личность* поручителя, его деловая репутация, авторитет, но прежде всего – платежеспособность. Согласно нынешнему гражданскому законодательству существует ряд ограничений для лиц, которые могут быть поручителями. Так, в роли поручителей не могут выступать бюджетные организации, казенные предприятия, за которыми закрепляется имущество на праве оперативного управления, филиалы и представительства, не являющиеся по закону юридическими лицами.

Согласно п. 1 ст. 363 ГКРФ ответственность поручителя перед кредитором зависит от условий договора, однако общим правилом, установленным ГКРФ, является *солидарная* ответственность поручителя и должника. Таким образом, в соответствии со ст. 323 ГКРФ, если договором не установлено иное, кредитор имеет право предъявлять требование об ответственности к должнику и поручителю совместно, либо к любому из них, как в полном объеме к каждому, так и в части. Не получив удовлетворения от одного из них, либо получив его не в полном объеме, кредитор вправе обратить свои требования в неисполненной части к другому.

Если договором установлена *субсидиарная* ответственность, кредитор обязан в первую очередь обратить свои требования к должнику, и лишь не получив от него удовлетворения, обращаться за исполнением обязательства к поручителю. Также в этом случае кредитор вправе обратиться в поручителю, если истек срок для ответа должника.

В соответствии с п. 2 ст. 363 ГКРФ объем ответственности поручителя равен объему ответственности должника и включает в себя как реальный ущерб, так и упущенную выгоду, а также судебные издержки, хотя и эта норма является диспозитивной и дает право сторонам изменить размер ответственности поручителя.

Если иное не оговорено в соглашении, лица, совместно давшие поручительство, отвечают перед кредитором солидарно (п. 3 ст. 363 ГКРФ), совместные поручители несут солидарную ответственность не только друг с другом, но и с основным должником.

Лица, независимо друг от друга поручившиеся за одного и того же должника по разным договорам поручительства, не становятся солидарными обязанными в отношении кредитора, хотя и несут с должником солидарную ответственность перед кредитором.

В этой норме содержится некоторая неясность. Исходя из того, что к поручителю, исполнившему обеспечиваемое обязательство, переходят все права кредитора (п. 1 ст. 365 ГКРФ), к кому обращаться сопоручителю, исполнившему обязательство перед кредитором – к другому сопоручителю или непосредственно к должнику? Представляется наиболее вероятным, что в данном случае договор не утрачивает своей силы и исполнивший обязательство поручитель становится в договоре поручительства на место кредитора, адресуя свои требования согласно договору.

В случае предъявления к поручителю требования кредитора поручитель вправе выдвигать против требований кредитора возражения, которые мог бы представить должник (ст. 364 ГКРФ). Эта норма существенно упрощает процесс опротестования требований кредитора, так как ранее действовавшее законодательство требовало от поручителя предварительного обращения к должнику и привлечения его к участию в деле.

Поручитель, добровольно или по решению суда исполнивший обязательство должника, приобретает все права кредитора по этому обязательству. Он вправе требовать от должника исполнения обязательства в том объеме, в каком он сам исполнил требование кредитора и возмещения иных, понесенных в связи с этим расходов (процентов за просрочку исполнения, судебных издержек и т. д.). В этом случае кредитор, чьи требования были удовлетворены поручителем, обязан передать последнему документы, удостоверяющие требование к должнику, и передать права, обеспечивающие требование, например, право залога.

Если должник сам исполнит обязательство, обеспеченное поручительством, то он во избежание двойного исполнения обязательства обязан немедленно, то есть как только это будет возможно, известить об этом поручителя (ст. 366 ГКРФ). Если поручитель, не уведомленный должником, в свою очередь, исполнит обязательство, он вправе либо взыскать с кредитора неосновательно полученное, либо предъявить регрессное требование к должнику о возмещении ему фактом двойного исполнения обязательства убытков. Должник, возместивший убытки поручителю, будет вправе получить с кредитора только неосновательно полученное. В результате может сложиться такая ситуация, когда должник возвратит поручителю сумму, которая больше по размеру той, которую должник перечислил по основному обязательству. Возможность наступления таких невыгодных последствий побуждает должника к своевременному уведомлению поручителя об исполнении обязательства им самим.

К поручительству применяются общие нормы гражданского законодательства о договорах, в том числе и правило о *недопустимости одностороннего расторжения* (изменения) договора. То есть действие договора не может быть прекращено по воле одной из сторон.

Главным *основанием к прекращению* договора поручительства является полностью исполненное или возмещенное обязательство, обеспеченное поручительством.

В соответствии со ст. 367 ГКРФ поручительство прекращается:

1. С прекращением обеспеченного им обязательства, а также в случае изменения этого обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего;
2. С переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель не дал кредитору согласие отвечать за нового должника;
3. Если кредитор отказался принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем;
4. По истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано. Если такой срок не установлен, оно прекращается, если кредитор в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства не предъявит иска к поручителю. Когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или определен моментом востребования, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства.

Для реализации обеспечительских функций поручительства кредитор при неисполнении основного обязательства должником обращается с иском в суд. Ранее были названы сроки, установленные для обращения с иском в суд. Хотя эти сроки названы сроками для обращения иска в суд, их нельзя признавать исковыми, так как правовые последствия их истечения отличаются от правовых последствий сроков исковой давности. Истечение срока исковой давности служит основанием к вынесению судом решения об отказе в иске. В исключительных случаях срок исковой давности может быть восстановлен. Годичный или, соответственно, двухлетний срок определен в п. 4 ст. 367 ГКРФ как срок существования поручительства. Его истечение влечет прекращение поручительства. Он не подлежит восстановлению судом, следовательно, указанные сроки являются пресекательными, то есть сроками существования самого права кредитора возложить обязанность по неисполненному должником обязательству на поручителя.

Несмотря на то, что регулирующие поручительство нормы в новом ГК сформулированы традиционно, имеется ряд нововведений принципиального характера, отличающих его от ранее действовавшего законодательства. Они позволяют устранить основные барьеры, ранее препятствовавшие широкому применению этого способа обеспечения исполнения обязательств. Имеются в виду трудности с привлечением поручителя к ответственности в случае неисполнения должником своего обязательства, которые вызывались следующими обстоятельствами.

Во-первых, действовало правило, в соответствии с которым поручитель нес перед кредитором лишь субсидиарную ответственность. Он мог быть привлечен к ответственности лишь при недостаточности средств у должника (см. п. 6 ст. 68 Основ гражданского законодательства 1991 года). Правда, это правило было сформулировано в виде диспозитивной нормы, в силу которой в договоре поручительства могла быть предусмотрена и солидарная ответственность поручителя перед кредитором. Однако, учитывая, что инициатива в заключение договора всегда исходила от поручителя, включение в договор условия о его солидарной ответственности перед кредитором было маловероятным. Действие данного правила означало, что кредитор в случае неисполнения должником своего обязательства сначала должен был предъявить свои требования должнику, добиться обращения взыскания на его имущество (а это было возможно только в судебном порядке) и лишь после этого кредитор получал право предъявить оставшиеся неудовлетворенными требования поручителю. Однако даже при соблюдении всех названных условий он натыкался на другое препятствие, которое зачастую становилось непреодолимым.

Во-вторых, поручительство считалось прекращенным, если в течение трехмесячного срока кредитор не предъявлял иска к поручителю (см. ст. 208 ГК РСФСР 1964 г.). Этот срок исчислялся со дня наступления срока исполнения обязательства должником. Причем он являлся пресекательным, не подлежащим восстановлению. Таким образом, кредитору предлагалось в течение трех месяцев предъявить требования должнику, добиться через суд обращения взыскания на его имущество, а затем предъявить свои требования поручителю. На практике достичь такого результата было невозможно.

Отмеченные барьеры на пути кредитора к привлечению поручителя к ответственности теперь устранены. Прежде всего, хотелось бы отметить, что в ГК восстановлен принцип солидарной ответственности поручителя (п. 1 ст. 363), утраченный в Основах[[21]](#footnote-21). В отношении срока, предоставляемого кредитору для предъявления требования поручителю, вопрос решается в ГК следующим образом. Поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, а если он договором не предусмотрен, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства. Возможен и такой вариант: когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть установлен или определен моментом востребования, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства (п. 4 ст. 367 ГКРФ).

Установление солидарной ответственности поручителя и определение реальных сроков для предъявления к нему кредитором своих требований в значительной степени повысили риск поручителя. Пресечение необоснованного наступления для него нежелательных последствий предусмотрено нормами о защите законных интересов поручителя. Речь идет о случаях, когда поручительство прекращается в интересах поручителя. Такие ситуации могут возникнуть, когда после заключения договора поручительства без согласия поручителя происходит изменение основного обязательства и это изменение неблагоприятно для поручителя: возросла его сумма, увеличился или сократился в зависимости от ситуации срок основного обязательства и т. п. Это дает поручителю повод отказаться от договора и влечет прекращение поручительства. Другие случаи могут возникнуть в связи с переводом долга по основному обязательству (долг переведен на другое лицо и кредитор дал на это согласие). Поручитель в подобной ситуации отвечать за нового должника не обязан, если он сам на это не согласился.

И, наконец, может возникнуть ситуация, когда кредитору со стороны должника было предложено надлежащее исполнение обязательства, однако кредитор по каким-либо причинам отказался принять предложенное исполнение. В этом случае поручительство также прекращается.

Глава 8. БАНКОВСКАЯ ГАРАНТИЯ

Одним из способов обеспечения предпринимательских договоров является *банковская гарантия*. Это новый для отечественного гражданского права способ защиты обязательств по договору. Согласно ст. 368 ГКРФ *в силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант[[22]](#footnote-22)) дает по просьбе другого лица (принципала[[23]](#footnote-23)) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару[[24]](#footnote-24)) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате.* Отметим, что в силу того, что банковская гарантия является нововведением, заимствованным из римского и международного права, в определении этого понятия законодатель использует также иностранные юридические термины, широко применяемые в международной практике.

Новшество этого способа обеспечения обязательств заключается в том, что он рассматривается как совершенно самостоятельный вид обеспечивающих обязательств в отличие от ранее действовавших положений Основ гражданского законодательства 1991 г., устанавливающих банковскую гарантию как один из видов поручительства или гарантию, предоставляемую вышестоящим над принципалом органом.

В системе российского гражданского законодательства используется самая удобная для практического применения форма банковской гарантии – *гарантия по первому требованию*. Этот вид банковской гарантии предусматривает выплату гарантом обеспечивающей обязательство суммы без предъявления бенефициаром каких-либо доказательств неисполнения или ненадлежащего исполнения основного обязательства принципалом, то есть кредитору (бенефициару) не обязательно предъявлять гаранту судебные решения либо иные факты, свидетельствующие о нарушении основного обязательства принципалом.

Существуют определенные признаки, отличающие банковскую гарантию от других способов обеспечения исполнения обязательств.

Во-первых, это особый субъектный состав участников отношений, связанных с банковской гарантией. В качестве гаранта могут выступать только специфические организации, чья профессиональная деятельность позволяет проводить подобные гарантийные операции, это банки, иные кредитные учреждения, имеющие лицензию на проведение банковских операций, или

страховые организации. Предприятие, изъявившее желание заключить с юридическим лицом соглашение о предоставлении банковской гарантии, должно убедиться в наличии у потенциального гаранта лицензии, выданной Центральным банком РФ (ст. 1 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» от 02 февраля 1990 г. №395-1), либо лицензии, выданной Федеральной службой России по надзору за страховой деятельностью (ст. 6 Закона РФ «О страховании» от 27 ноября 1992 г. №4015-1). В случае если у гаранта отсутствует лицензия, подтверждающая правомерность осуществления кредитной или страховой деятельности, соглашение о банковской гарантии считается недействительным с момента его заключения как противоречащее нормам закона (ст. 168 ГК РФ).

Лицом, обращающимся к гаранту с просьбой о выдаче банковской гарантии (принципалом), является должник в основном обязательстве, исполнение которого обеспечивается банковской гарантией. И, наконец, лицо, наделенное правом предъявлять требования к гаранту (бенефициар), является кредитором принципала в основном обязательстве.

Во-вторых, практически полное отсутствие какой-либо связи между обязательством гаранта уплатить соответствующую сумму бенефициару и основным обязательством, обеспеченным банковской гарантией. Более того, в законодателем 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 ГКРФ).

В-третьих, это безусловная обязанность гаранта уплатить по письменному требованию бенефициара ту сумму, которая была предусмотрена гарантией. Такое требование бенефициара должно содержать указание на допущенное принципалом нарушение основного обязательства и должно быть представлено гаранту в письменной форме до окончания определенного в гарантии срока. Дело гаранта лишь определить, соответствует ли требование бенефициара и приложенные к нему документы условиям гарантии. Отказ гаранта в удовлетворении требования бенефициара допускается лишь в ситуации, когда такое требование не соответствует условиям гарантии (например, по сумме) либо предоставлено гаранту по истечении установленного в гарантии срока. Даже в тех случаях, когда гаранту стало известно, что обеспеченное гарантией обязательство уже исполнено должником или прекращено, он не наделен правом отказать бенефициару в удовлетворении его требований (п. 2 ст. 376 ГКРФ).

В-четвертых, ограничен перечень оснований прекращения банковской гарантии, которые связаны либо с надлежащим исполнением гарантом своего обязательства, либо с односторонним волеизъявлением бенефициара.

Специфика банковской гарантии дополняется правилом о безотзывности банковской гарантии (ст. 371 ГКРФ) и ее возмездном характере в отношениях между гарантом и принципалом (п. 2 ст. 369 ГКРФ).

Банковская гарантия может заключаться гарантом не только в пользу непосредственно контрагента принципала (*прямая гарантия*), но и в пользу банка, обслуживающего контрагента (*гарантия через посредство банка*).

Отталкиваясь от цели и специфики основного обязательства как от характеризующего критерия, можно выделить несколько видов банковской гарантии:

* гарантии твердого предложения товара;
* гарантии платежа;
* гарантии поставки;
* гарантии предоставления (займа, товара);
* гарантии возврата авансовых платежей;
* налоговые, таможенные, судебные гарантии.

Банковская гарантия представляет собой облекаемое в письменную форму *одностороннее обязательство*, по которому гарант обязуется уплатить бенефициару с целью обеспечения исполнения основного обязательства определенную банковской гарантией денежную сумму. Односторонний характер банковской гарантии свидетельствует о том, что в силу п. 2 ст. 154 ГКРФ обязанности по гарантии возникают именно у гаранта. При этом данное положение не означает, что у принципала отсутствуют какие-либо обязанности перед гарантом - в соответствии с п. 2 ст. 369 ГКРФ принципал уплачивает гаранту вознаграждение за выдачу банковской гарантии.

По договору банковской гарантии гарант обязуется к уплате определенной денежной суммы в случае наступления *гарантийного случая*. Под понятием гарантийного случая подразумевается перечень нарушений основного договора, с наступлением которых у бенефициара появляются основания требовать от гаранта выплаты оговоренной денежной суммы.

В соответствии с п. 2 ст. 369 ГКРФ договор банковской гарантии является возмездным. Так как принципал является наиболее заинтересованной стороной договора, вознаграждение гаранту обязан выплачивать именно он. *Сумма* договора банковской гарантии, как обеспечительная, так и сумма вознаграждения банку-гаранту, оговариваются по соглашению сторон. Согласно п. 2 ст. 369 ГКРФ гарант взимает вознаграждение в процентном соотношении к сумме гарантии, либо в твердой сумме. Предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром ограничивается уплатой суммы, на которую выдана гарантия. Ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение условий гарантии не ограничивается суммой, на которую выдана гарантия, если договором не предусмотрено иное (ст. 377 ГКРФ).

Договор банковской гарантии, как и любой другой обеспечивающий договор, должен быть заключен в *письменной форме*. Доказательством заключения договора банковской гарантии может служить гарантийное письмо банка с подтверждением всех условий гарантийного соглашения об ответственности гаранта перед бенефициаром.

Право бенефициара реализуется путем предъявления письменного требования, которое должно соответствовать условиям, содержащимся в самой банковской гарантии. Договор банковской гарантии должен содержать перечень документов, которые бенефициар должен предоставить гаранту при предъявлении требования об оплате подтвержденной гарантией суммы. В соответствии с п. 1 ст. 374 ГКРФ бенефициар обязан представить это требование гаранту в письменной форме с приложением соответствующих документов, указывающих на нарушение обеспечиваемого гарантией договора принципалом. Кроме того, эти документы должны строго соответствовать условиям гарантии, иначе гарант имеет право отказать бенефициару в удовлетворении его требований (п. 1 ст. 376 ГКРФ).

Договор банковской гарантии должен также предусматривать *срок действия* гарантии. Требование кредитора (бенефициара) не подлежит удовлетворению, если оно представлено гаранту по истечении указанного в гарантии срока (п. 2 ст. 374 ГКРФ).

По общему правилу договор банковской гарантии считается заключенным с момента выдачи гарантии, то есть с момента подписания гарантийного письма, если иное не оговорено в гарантии (ст. 373 ГКРФ). Гарант обязан удовлетворить требование кредитора (бенефициара), если последний предъявляет к гаранту требование в письменной форме с указанием, в чем конкретно состоит нарушение принципалом условий основного договора.

Кроме того, *гарант обязан*:

* без промедления уведомить принципала о получении требования бенефициара и передать принципалу копии требования со всеми относящимися к нему документами (п. 1 ст. 375 ГКРФ);
* рассмотреть требование бенефициара и приложенные к нему документы в разумные сроки и проявить надлежащую заботливость, чтобы установить, соответствует ли это требование и приложенные документы условиям гарантии (п. 2 ст. 375 ГКРФ);
* немедленно уведомить бенефициара в отказе от удовлетворения его требований (ч. 2 п. 1 ст. 376 ГКРФ);
* уведомить принципала и бенефициара, если до удовлетворения требований бенефициара гаранту стало известно, что основное обязательство, обеспеченное гарантией, уже исполнено полностью или частично, прекращено или признано недействительным (п. 2 ст. 376 ГКРФ);
* удовлетворить полученное после вышеуказанного уведомления повторное требование бенефициара (ч. 2 п. 2 ст. 376 ГКРФ);
* гарант, которому стало известно о прекращении гарантии, обязан немедленно уведомить об этом принципала (п. 2 ст. 378 ГКРФ).

В отличие от остальных способов обеспечения обязательств банковская гарантия является *безотзывной*, если иное не предусмотрено условиями договора (ст. 371 ГКРФ). Следует также помнить, что отозвать гарантию после того, как бенефициар предъявил свои требования принципалу, нельзя.

На банковскую гарантию не распространяются также и положения об уступке требования, хотя и это правило носит диспозитивный характер. То есть, принадлежащее бенефициару право требования к гаранту *не может быть передано* другому лицу, если договором не предусмотрено иное (ст. 372 ГКРФ).

Как уже упоминалось ранее, банковская гарантия является *самостоятельным* способом обеспечения обязательств. Независимость банковской гарантии выражается прежде всего в том, что отношения между принципалом и бенефициаром по основному обязательству не влияют на обязанности сторон в договоре гарантии, кроме того, согласно ст. 370 ГКРФ, банковская гарантия сохраняет свою силу даже после прекращения обеспечиваемого ею обязательства или признания его недействительным. При этом ГКРФ не содержит положений, предусматривающих признание банковской гарантии недействительной и соответственно не подлежащей удовлетворению в силу недействительности основного обязательства. Гарант обязан выплатить гарантийную сумму бенефициару даже в том случае, если принципал возражает против этого и приводит доказательства, свидетельствующие о справедливости его возражений.

Указанная особенность банковской гарантии в конечном итоге означает, что гарант не может выступать в качестве арбитра при рассмотрении спорных ситуаций, возникших между принципалом и бенефициаром, даже если они связаны с его обязанностью по уплате гарантийных платежей. Гарант вправе рассмотреть требование бенефициара с учетом приложенных к нему документов лишь на предмет соответствия его условиям гарантии (п. 1 ст. 376 ГКРФ). Соблюдение принципа независимости гарантии от основного обязательства означает невозможность уменьшения гарантированной суммы в случае уменьшения ответственности принципала перед бенефициаром. Более того, в силу указанного положения в текст гарантии неправомерно включать положения, устанавливающие зависимость исполнения гарантом его обязательств от отношений, возникающих между принципалом и бенефициаром:

* возможность неисполнения требования по банковской гарантии по причине изменения основного обязательства;
* частичного или полного его исполнения принципалом;
* прекращения его по иным обстоятельствам.

Включение указанных положений в текст гарантии не влечет за собой юридических последствий в силу их недействительности, так как они противоречат нормам закона (ст. 370 ГКРФ).

Однако, несмотря на то, что банковская гарантия обладает относительной независимостью от основного обязательства, она все же является обязательством дополнительного характера. Обязанность банка выплатить гарантийную сумму бенефициару возникает в случае нарушения принципалом условий именно основного договора. Иными словами, основанием для выполнения гарантом его обязательств является особое положение сторон, возникающее по основной сделке, в которой гарант не является субъектом. К тому же существуют еще два обстоятельства, свидетельствующие о дополнительном характере банковской гарантии:

1. поводом для возникновения отношений между гарантом и принципалом является существование (намерение заключить) гражданско-правовых сделок, по условиям которых принципал является (становится) должником перед третьим лицом (бенефициаром);
2. основанием для предъявления требований к гаранту является нарушение обязательств со стороны принципала по отношению не к гаранту, а к бенефициару по основному обязательству.

Игнорирование обеспечительной сущности банковской гарантии, а также обязательной связи между банковской гарантией и основным обязательством, в обеспечение которого она была выдана, может служить основанием для принятия арбитражным судом решения об отказе в удовлетворении исковых требований бенефициара.

Именно поэтому при заключении договора банковской гарантии банк-гарант должен ознакомиться с условиями обеспечиваемого обязательства, а также условиями его изменения и исполнения с целью защиты своих интересов в договоре гарантии.

Заключая договор банковской гарантии, гарант имеет право оговорить такие условия его прекращения, как:

* перевод обеспечиваемого долга принципала на другое лицо, если на то не было получено согласие гаранта (ст. 372 ГКРФ);
* отказ бенефициара принять предложенное принципалом надлежащее исполнение.

Отмеченные характерные черты банковской гарантии делают ее самым надежным обеспечением исполнения обязательств. В этом ее привлекательность для кредиторов, что может послужить причиной широкого применения банковской гарантии в целях обеспечения исполнения обязательств.

Можно ожидать появления большого количества коммерческих организаций, имеющих статус кредитных учреждений, которые будут профессионально заниматься деятельностью по выдаче банковских гарантий. Ведь такого рода деятельность, учитывая ее риск, может осуществляться за довольно высокое вознаграждение. И с этой точки зрения необходимо обратить внимание на предоставление гаранту, уплатившему соответствующую сумму бенефициару, права предъявить принципалу *регрессные требования*. Право гаранта потребовать от принципала возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия (п. 1 ст. 379 ГКРФ). Однако необходимо помнить, что, если иное не предусмотрено договором, гарант не вправе требовать от принципала возмещения сумм, уплаченных бенефициару не в соответствии с условиями гарантии или за нарушение обязательства гаранта перед бенефициаром (п. 2 ст. 379 ГКРФ).

Согласно п. 1 ст. 378 ГКРФ предусмотрены четыре *основания прекращения* банковской гарантии:

1. уплата бенефициару суммы, на которую выдана гарантия;
2. окончание определенного в гарантии срока, на который она выдана;
3. отказ бенефициара от своих прав по гарантии и возвращение ее гаранту;
4. отказ бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств.

Зачастую существующую банковскую гарантию сравнивают с гарантией, установленной ГК РСФСР 1964 г. (ст. 210). Но в ГК 1964 г. гарантия представляла собой разновидность поручительства, приспособленного к административно-командной системе управления экономических отношений, так как при кредитовании она предоставлялась гаранту вышестоящим органом принципала.

Некоторые современные авторы сравнивают банковскую гарантию с договором страхования. Однако наличие договора страхования не всегда подчинено цели обеспечения исполнения другого обязательства, например, кредитного договора. По общему правилу договор страхования – самостоятельный договор, и кредитор страхователя лишь тогда получает дополнительное обеспечение в форме договора, когда он указан в договоре страхования в качестве выгодоприобретателя, а неисполнение или ненадлежащее исполнение должником возложенного на него обязательства включено в круг страховых рисков.

Несмотря на то, что правовой режим заключения соглашения и исполнения обязательств по банковской гарантии нормативно достаточно урегулирован, арбитражная практика показывает, что проблемы, связанные с заключением и исполнением обязательств по банковской гарантии, остаются весьма актуальными. Приведем несколько примеров из судебной практики.

Вот, например, рассмотрен случай, взятый из судебной практики, где стороны, составляя соглашение о банковской гарантии, нарушили саму суть этого способа обеспечения исполнения обязательств.

Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассмотрел протест заместителя Генерального прокурора Российской Федерации на решение от 19 сентября 1995 г. и постановление апелляционной инстанции от 24 января 1995 г. Арбитражного суда Удмуртской Республики по делу №14/75.

Заслушав и обсудив доклад судьи и выступление заместителя Генерального прокурора Российской Федерации, поддержавшего протест, Президиум установил следующее.

Между КБ «Ижмашбанк» и ИЧП «Алане» заключен договор от 03 марта 1995 г. о предоставлении кредита в сумме 250 000 000 рублей со сроком возврата до 03 июня 1995 г. В обеспечение обязательства заемщика по кредитному договору Ижевским филиалом Инкотрансбанка выдана банковская гарантия от 02 марта 1995 г. со сроком действия три месяца с момента ее выдачи.

Коммерческий банк «Ижмашбанк» обратился в Арбитражный суд Удмуртской Республики с иском к Инновационному коммерческому транспортному банку (Инкотрансбанк) в лице его Ижевского филиала о взыскании 250 000 000 рублей - суммы по банковской гарантии от 02 марта 1995 г.

Решением от 19 сентября 1995 г. в удовлетворении исковых требований отказано. Постановлением апелляционной инстанции от 24 октября 1995 г. решение суда оставлено без изменения. В кассационном порядке законность и обоснованность решения и постановления не проверялись. В протесте заместителя Генерального прокурора Российской Федерации предлагается состоявшиеся судебные акты отменить и удовлетворить исковые требования «Ижмашбанка». Рассмотрев протест, Президиум ВАС РФ не находит оснований для его удовлетворения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 369 Гражданского кодекса Российской Федерации банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение принципалом его обязательства перед бенефициаром (основного обязательства). Срок исполнения заемщиком основного обязательства по возврату кредита наступал 03 июня 1995 г., а срок действия банковской гарантии истекал 02 июня 1995 г., то есть на день раньше. При таких обстоятельствах при выдаче данной банковской гарантии изначально отсутствовала ее обеспечительная функция по отношению к основному обязательству, срок исполнения которого наступал позже, чем истекал срок действия гарантии. Следовательно, банковская гарантия является недействительной сделкой, не порождающей соответствующие ей правовые последствия, и исковые требования бенефициара к гаранту подлежали отклонению.

Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации постановил:

решение от 19 сентября 1995 г. и постановление апелляционной инстанции от 24 октября 1995 г. Арбитражного суда Удмуртской Республики по делу №14/75 оставить без изменения, а протест заместителя Генерального прокурора Российской Федерации - без удовлетворения.

Видно, что стороны, указывая такой срок действия банковской гарантии, не учли то, что в таком контексте банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательства теряет свой смысл. Она призвана обеспечить надлежащее исполнение принципалом своего основного обязательства перед бенефициаром. В данном конкретном случае стороны указали такой срок действия банковской гарантии (срок исполнения по основному обязательству наступал позже, чем истекал срок действия банковской гарантии), что терялся смысл этого акцессорного (дополнительного) обеспечивающего обязательства.

Принцип независимости банковской гарантии от основного обязательства очень важно соблюдать не только при оформлении гарантии, но и при удовлетворении требования бенефициара. Дело в том, что организации, выступающие в качестве гаранта, нередко отказывают бенефициарам в удовлетворении требований, ссылаясь на различные положения, свидетельствующие об изменении основного обязательства, что является основанием для обращения бенефициара с исковым требованием в арбитражный суд.

Постановлением Президиума ВАС РФ от 20 мая 1997 г. №5491/96 было принято решение об отказе в удовлетворении исковых требований КБ «Кредо Банк» к КБ «Аскания Траст» о признании не подлежащей исполнению исполнительной надписи нотариуса, совершенной на банковской гарантии.

Как следовало из материалов дела, между ответчиком и акционерной компанией «Восток» был заключен кредитный договор. В обеспечение исполнения заемщиком обязательств по возврату кредита и оплате процентов истцом КБ «Кредо Банк» была выдана банковская гарантия, в которой последний принял на себя обязательство в случае невыполнения принципалом (акционерной компанией) его обязательств уплатить бенефициару (КБ «Аскания Траст») определенную денежную сумму. Заемщик - принципал свои обязательства по возврату кредита нарушил, и бенефициар направил гаранту требование о выплате суммы по банковской гарантии. Однако гарант требование бенефициара не выполнил, сославшись на то, что принципал не дал безусловного отказа от выполнения обязательств по возврату кредита, а лишь сообщил о невозможности погашения кредита в срок.

Руководствуясь статьями 89, 90 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате, утвержденного ВС РФ 11 февраля 1993 г. №4462-1, а также п. 3 разд. II Перечня документов, по которым взыскание задолженности производится в бесспорном порядке на основании исполнительных надписей органов, совершающих нотариальные действия, утвержденного Постановлением Совета Министров РСФСР от 11 марта 1976 г. №171, бенефициар обратился к нотариусу с просьбой о совершении исполнительной надписи о взыскании с гаранта задолженности в бесспорном порядке, которая была совершена, а задолженность взыскана.

Несогласие гаранта с бесспорным списанием сумм по банковской гарантии послужило основанием для подачи в арбитражный суд исковых требований о признании исполнительной надписи нотариуса недействительной. Решением арбитражного суда иск был удовлетворен. Однако, как указал Президиум ВАС РФ, при рассмотрении искового заявления по существу необходимо исходить из сущности имущественных отношений, существующих между гарантом и бенефициаром, а не из оценки правомерности полномочий нотариуса в совершении исполнительной надписи. Как следует из материалов дела, банковская гарантия была оформлена в соответствии с требованиями действующего законодательства и заявлена в пределах гарантийного срока. Невозможность исполнения принципалом своих обязательств по возврату кредита в срок означает отказ заемщика от своевременного выполнения обязательств, в связи с чем гарант, безусловно, был обязан уплатить бенефициару денежную сумму. При этом гарант был обязан удовлетворить требования бенефициара по банковской гарантии независимо от возможного изменения условий исполнения основного обязательства.

Как видно из обозначенных примеров, применение на практике банковской гарантии сталкивается с определенными трудностями, связанными, как правило, с ошибочным представлением сторон о самой сущности банковской гарантии. В обоих случая банки-гаранты фактически не являлись гарантами надлежащего исполнения основного обязательства принципалом. В первом случае бенефициар просто не мог предъявить свои требования в период действия гарантии, во втором – гарант отказался удовлетворить правомерные требования бенефициара. Такое недобросовестное отношение гарантов к выполнению своей обеспечительной функции наряду с необходимостью судебных процедур объясняет некоторую непопулярность банковской гарантии в сфере предпринимательских отношений. Хотя согласно закону именно банковская гарантия является наиболее надежной защитой предпринимательских договоров.

Думается, что с развитием банковской системы обеспечения обязательств подобные казусы утратят свою актуальность, а банковская гарантия как способ обеспечения обязательств обретет широкое применение в практике делового оборота.

# ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Подводя итог, можно сделать следующие выводы.

Несмотря на то, что текущий уровень платежной дисциплины и частое нарушение обычаев делового оборота требуют широкого применения различных способов обеспечения обязательств, на практике многие обеспечительные меры остаются невостребованы. Это объясняется несколькими причинами. Во-первых, не развитую систему специализированных организаций по обеспечению предпринимательских договоров, разрозненность отдельных ее компонентов, несовершенство законодательной базы, а зачастую и отсутствие судебной практики по некоторым видам дел. Непопулярность некоторых способов обеспечения обязательств объясняется и их спецификой. Так, например, применение ипотеки сталкивается в нашей стране с препятствиями, связанными с правовыми аспектами жилищного и земельного законодательства, ограничивающими как предмет ипотеки, так и возможность выступать в качестве сторон договора ипотеки. К тому же до последнего времени отсутствовала система единой государственной регистрации прав на недвижимость и сделок с недвижимым имуществом, которое в качестве предмета залога является наиболее привлекательным для кредиторов. Указанная проблема была урегулирована с принятием в 1998 году Федерального Закона «О регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». Существуют и трудности, связанные с обращением взыскания на заложенное имущество. В частности, недобросовестность залогодателя приводит к тому, что каждый последующий кредитор-залогодержатель не имеет представления о том, что его обязательство обеспечено залогом имущества, уже обремененного ранее заключенными договорами.

К обстоятельствам, препятствующим развитию сферы обеспечения как обязательств в целом, так и обязательств по предпринимательским договорам в частности, можно отнести и сложившиеся в советский период обычаи гражданского оборота. В частности, задаток применяется в основном при заключении сделок между гражданами, хотя нет никаких видимых причин для обеспечения задатком предпринимательских договоров.

Новшество таких способов обеспечения обязательств, как удержание и банковская гарантия иногда объясняет их сравнительно не широкое распространение. К тому же, банковская гарантия, наряду с поручительством и иногда залогом, требуют привлечения третьих лиц в качестве гарантов надлежащего исполнения обязательства, что влечет определенный материальный риск для этих лиц. Дабы максимально обезопасить поручителя и гаранта от убытков ГКРФ провозглашает возмездный характер этих способов обеспечения обязательств.

Однако следует отметить, что довольно широкую сферу применения в России нашел залог. Популярность этого способа обеспечения обязательств можно объяснить тем, что в отличие от иных способов в договоре залога обеспечивающим фактором служит вещь (либо вещное право) должника или третьего лица, а не личность и платежеспособность обеспечителя (например, банковская гарантия, поручительство). К тому же залог, в отличие от банковской гарантии, предусматривает удовлетворение требований кредитора в том объеме, который они будут иметь на момент обращения кредитора с этим требованием. Это же свойство присуще и иным способам обеспечения обязательств.

Отрицательное воздействие на развитие практики способов обеспечения обязательств оказывает также такое неблагоприятное обстоятельство, как частые кризисные ситуации на внутреннем рынке страны, что влечет массовое банкротство предприятий, а основная цель способов обеспечения обязательств заключается в том, чтобы к моменту, когда должник не исполнит своего обязательства, кредитор располагал реальной возможностью получить удовлетворение своих требований из имущества должника.

Для того, чтобы избежать подобных неприятностей, законодатель предусмотрел такие способы обеспечения обязательств, которые не зависят от материального состояния должника на момент предъявления требований кредитора. Это, в частности, заклад, задаток, поручительство и т. д.

Следует также отметить, что для наиболее эффективной защиты прав кредитора закон разрешает сочетание нескольких способов обеспечения обязательств одновременно, что, по моему мнению, должно сыграть как благоприятный фактор в развитии обеспечительных обязательств в нашем государстве.

К тому же, некоторые правила гражданского законодательства предусматривают преимущественные права кредитора, чьи интересы защищены обеспечительным обязательством. Например, Гражданский кодекс РФ уточняет, что залогодержатель имеет право на преимущественное удовлетворение своих требований «из стоимости заложенного имущества» должника или «лица, которому принадлежит это имущество».

Более того, способы обеспечения обязательств в ряде случаев играют также роль штрафных санкций. Таковыми являются, в частности, неустойка и задаток.

Нельзя не отметить и такое нововведение в гражданском законодательстве, как учет инфляционных процессов на рынке. То есть, закон дает возможность контрагентам при расчетах учитывать не только процентные ставки, но и размер инфляции.

Материальная сущность способов обеспечения обязательств способствует их эффективности, поскольку в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства должник несет убытки, а это, в свою очередь стимулирует его к надлежащему исполнению обязательства. Так, предметом залога является, как правило, особо ценное, так называемое быстроликвидное имущество.

Отношения по обеспечению обязательств в целом получили детальное регулирование в действующем законодательстве. Четко определены предмет, субъекты обеспечительных отношений, права и обязанности сторон. Регулирование способов в основном основывается на диспозитивных принципах, что дает субъектам делового оборота возможность заключить договор на наиболее взаимовыгодных условиях. Применение императивных норм в этой сфере, как правило, связано с гарантией обеспечения реализации прав сторон по договору.

Еще одним достижением отечественного гражданского права является положение о перемене лиц в обязательстве (Гл. 24 ГКРФ). То есть, при переводе долга или уступке требования права кредитора и обязанности должника остаются в силе, если закон или договор не ограничивают эту норму.

Указанные преимущества способов обеспечения обязательств не могут не послужить эффективным стимулом для развития этого института гражданского права. Уже сейчас анализируя сферу отечественного предпринимательства можно отметить, что способы обеспечения обязательств, описанные в данной работе, хоть и медленно, но становятся все более распространенными в предпринимательской сфере.

Список используемых материалов

1. Конституция Российской Федерации.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации.
3. Комментарий к гражданскому кодексу РФ. Институт законодательства сравнительного правоведения при Правительстве РФ. «Юринформцентр». Москва.1997.
4. «Комментарий к части 1 ГКРФ РФ для предпринимателей». Москва. 1996.
5. Закон РФ «О залоге» от 29.05.92.
6. Основы гражданского законодательства 1991 г.
7. Земельный кодекс РФ.
8. Постановление Верховного Совета РФ от 14.07.92 №3301 – I «О регулировании гражданских правоотношений в период проведения экономической реформы».
9. Письмо Центрального Банка РФ от 01.08.1997. «О некоторых особенностях проведения залоговых операций с драгоценными металлами и /или драгоценными камнями, а также ювелирными изделиями».
10. Постановление Правительства РФ №319 от 15.03.1997. «О порядке определения нормативной цены земли».
11. «Гражданское право». Учебник. Часть первая. Под редакцией доктора юридических наук, профессора Сергеева А. П. и доктора юридических наук, профессора Толстого Ю. К. Издательство «Проспектъ –Н».ISBN 5-8369-0051-5. Москва. 1999.
12. «Юридическая энциклопедия». Под редакцией кандидата юридических наук Тихомирова М. Ю. Издательство «Юринформцентр». ISBN 5-89194-004-3. Москва. 1997.
13. «Основы гражданского права». Мушинский В. О. Издательство «Международные отношения». ISBN 5-7133-0894-6. Москва. 1996.
14. «Закон и бизнес». Буреев Н. К. Издательство «Иваново». Том первый. ISBN 5-85-229-002-5. Москва. 1996.
15. «Закон и бизнес». Буреев Н. К. Издательство «Иваново». Том второй. ISBN 5-85-229-003-3. Москва. 1996.
16. «Закон и бизнес». Буреев Н. К. Издательство «Иваново». Том третий. ISBN 5-85-229-004-1. Москва. 1996.
17. «Римское право». Учебник. Под редакцией профессора Новицкого И.Е. и профессора Перетерского И.С. ISBN 5-8436-0049-7. Москва. 1996.
18. «Договорное право. Общие положения». Брагинский М.И., Витрянский В.В. Издательство «Статут». ISBN 5-8192-067-2. Москва. 1997.
19. «Управление государственной собственностью». Учебник. Под редакцией доктора экономических наук Кошкина В.И., кандидата экономических наук Шупыро В.М. Издательство «Юристъ». ISBN 5-8943-2285-4. Москва.1997.
20. «Гражданское и торговое право». Е. Богатых. Издательство «Инфра – М». ISBN 5-8344-005-246-4. Москва. 1996.
21. «Залоговое право». Учебное и практическое пособие. Вишневский А. А. Издательство «БЕК». ISBN 5-8367-292-004-1. Москва. 1995.
22. «Юридический мир». Журнал. Выпуск №1 за 1997 г. Издательство «Дело и право».
23. «Гражданское и предпринимательское право». Сборник документов. Издательство «Манускрипт». ISBN 5-8362-494-7. Москва. 1996.
24. «Порядок обращения взыскания на заложенное имущество». Витрянский В. «Закон» №5 за 1995 г.
25. «Экономика и жизнь». Журнал №24 за 1997 г.
26. «Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств». Белов В. «Бизнес и банки» №№45 –46 за 1997 г.
27. «Регистрация прав на недвижимость и сделок с ней». Воронин М. «Экономика и жизнь» №32 за 1997 г.
28. «Банковское кредитование: правовые гарантии возврата кредитов». Глотов А., Карчевский С. «Экономика и жизнь» №27 за 1996 г.
29. «О мерах по стабилизации и повышению надежности системы банков». Егоров Е. «Деньги и кредит» №5 за 1997 г.
30. «Регистрировать по новому». Крашенников П. «Экономика и жизнь» №39 за 1997 г.
31. «К вопросу об оценке кредитоспособности». Кузьмин И., Сазонов А. «Деньги и кредит» №5 за 1997 г.
32. «Показатели платежеспособности и ликвидности в оценке кредитоспособности заемщика». Куштуев А. «Деньги и кредит» №12 за 1996 г.
33. «Экономика и жизнь». Журнал №33 за 1996 г.
34. «Ипотечное кредитование: проблемы и перспективы развития». Рябченко А. «Деньги и кредит» №3 за 1997 г.
35. «Стоит ли уповать на банковский залог». Свириденко В. «Экономика и жизнь» №44 за 1997 г.
36. «Проблемы залогового законодательства». Свириденко В. «Банковский бюллетень» №№31-32 за 1997 г.
37. «Ипотека: кабала или сотрудничество». Смолянинов А. «Экономика и жизнь» №7 за 1997 г.
38. Указ Президента РФ №293 от 26.02.1996. «О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования».
39. Указ Президента РФ №199 от 14.02.1996. «Временное положение о порядке обращения взыскания на имущество организаций»
40. Закон РФ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».
41. «Регистрация означает законность». Халин Д. «Экономика и жизнь» №38 за 1996 г.
42. « Что следует знать о залоговых обязательствах». Шинкарев Р. «Экономика и жизнь» №3 за 1997 г.
43. «Способы, обеспечивающие возврат кредита, определяет ситуация». Шумская М. «Банковский бюллетень» №2 за 1997 г.
1. Закон Российской Федерации «О залоге» от 29. 05. 1992 г. [↑](#footnote-ref-1)
2. См. Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ № 6/8 от 01.07.1998 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского Кодекса РФ». [↑](#footnote-ref-2)
3. Высший Арбитражный Суд Российской Федерации. [↑](#footnote-ref-3)
4. См. Вестник ВАС РФ 1997 год, №4, стр. 47. [↑](#footnote-ref-4)
5. См. Вестник ВАС РФ 1997 год, №2, стр. 59. [↑](#footnote-ref-5)
6. См. Вестник ВАС РФ 1996 год, №2, стр. 84. [↑](#footnote-ref-6)
7. 1 Устав железных дорог СССР, утвержденный Постановлением Совета Министров СССР от 06.04.1964 г. №270. [↑](#footnote-ref-7)
8. 2 Устав автомобильного транспорта РСФСР, утвержденный Постановлением Совета Министров РСФСР от 08.11.1969 г. №12. [↑](#footnote-ref-8)
9. 3 См. ст. 400 ГКРФ (ограниченная ответственность). [↑](#footnote-ref-9)
10. См. гл. 23 ГКРФ «Обеспечение исполнения обязательств». [↑](#footnote-ref-10)
11. 1 См. Шершеневич Г. Ф. – Учебник гражданского права – «Спарк», М., 1995 г., стр. 250. [↑](#footnote-ref-11)
12. 1 Государственный таможенный комитет [↑](#footnote-ref-12)
13. 1 Собрание Законодательства РФ, 1996 г., №10, ст. 880, п. 5

2 «Российская газета» от 14 августа 1996 г. [↑](#footnote-ref-13)
14. [↑](#footnote-ref-14)
15. Указ Президента РФ №293 от 26 февраля 1996 г. «О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования» [↑](#footnote-ref-15)
16. Бюро технической инвентаризации. [↑](#footnote-ref-16)
17. См.: В. Витрянский. «Порядок обращения взыскания на заложенное имущество». Закон. 1995. № 5. С. 83 –84. [↑](#footnote-ref-17)
18. 1 См.: Пункт 46 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 01.07.96 № 6/8. [↑](#footnote-ref-18)
19. 2 Ст. 448 ГКРФ – «Организация и порядок проведения торгов». [↑](#footnote-ref-19)
20. А. Глотов, С. Карчевский. «Способы обеспечения кредитных обязательств юридических лиц». Экономика и жизнь №27 за 1996 г. [↑](#footnote-ref-20)
21. 1 Основы гражданского законодательства 1991 г. [↑](#footnote-ref-21)
22. Гарант (от французского garant (англ. guarantor) – порука, поручительство) – в широком смысле поручитель; государство или организация, предоставляющие гарантию. [↑](#footnote-ref-22)
23. Принципал (от латинского principalis ( англ. prinsipal)) – 1) в широком смысле глава, хозяин, начальник; 2) в праве основной, главный должник в обязательстве; лицо, от имени которого действует агент, представитель. [↑](#footnote-ref-23)
24. Бенефициар – лицо, в пользу которого совершается платеж, аккредитив, или получатель по страховому полису. [↑](#footnote-ref-24)