Введение.

Говоря о банковской гарантии и удержании как о способах обеспечения исполнения обязательств, сначала необходимо определить, что же представляет собой гражданско-правовое обязательство, каковы его характерные особенности и отличительные черты, например, от вещно-правовых правоотношений. Гражданско-правовое обязательство представляет собой определенное правоотношение, в силу которого одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие (передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т. п.) либо воздержаться от него, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности.

Но для характеристики обязательства недостаточно просто указать на обязанности должника и права требования кредитора. Ведь, например, основной обязанностью налогоплательщика является полная и своевременная уплата налогов, а государство вправе требовать от налогоплательщика неуклонного исполнения его обязанности и применить меры ответственности в виде штрафа за неисполнение такого обязательства. Такие правоотношения не являются гражданско-правовыми и не могут быть признаны обязательством. Дело в том, что административные, финансовые, налоговые отношения основаны, прежде всего, на властном подчинении одного субъекта другому, что не допустимо в гражданских правоотношениях, где главными признаками являются равенство сторон, автономия воли и имущественная самостоятельность участников.

Необходимо также провести отличие обязательства и от других гражданско-правовых отношений, например, от правоотношений собственности. Общим является то, что они аналогично обязательству основаны на равенстве сторон, автономии воли и имущественной самостоятельности субъектов. Отличие же заключается в том, что обязательство отражает динамику указанных гражданских прав и обязанностей. Второй отличительной особенностью является то, что обязательственные правоотношения носят относительный характер, то есть обязанности одной стороны совершить определенные действия всегда противостоит право другой стороны потребовать их выполнения. Право собственности – абсолютное право. Праву собственника противостоит обязанность всех, кто имеет с ним отношение воздержаться от действий, посягающих на право собственности либо нарушающих его. Лишь собственник может действовать в целях реализации своих полномочий по владению, пользованию и распоряжению своим имуществом (ст. 209 ГК). Право собственности фиксирует статику имущественных прав, определяя имущественный статус участников правоотношений.

Но нельзя не отметить, что такое деление на абсолютные и относительные, вещные и обязательственные правоотношения носит довольно условный характер. Действительно существует немало гражданских правоотношений, имеющих смешанный вещно-обязательственный характер. Например, обязательства по передаче имущества имеют в качестве объекта второго плана вещь. Скажем, предметом договора купли-прдажи признается возмездная передача имущества в собственность покупателя (п.1 ст.455 ГК).

Кроме того, целый ряд обязательственных прав кредитора защищаются вещно-правовыми способами от любого и каждого, кто на них посягает. К примеру, права на виндикационный и негаторный иск предоставляются не только собственнику, но и всякому лицу, которое владеет имуществом по основанию, предусмотренному законом или договором: арендатору, залогодержателю, доверительному управляющему (ст.305 ГК).

Тем не менее, такое деление на вещные и обязательственные правоотношения имеет большое практическое значение, ибо их правовое регулирование строится из преймущественно-обязательного или преймущественно-вещного характера соответствующих правоотношений.

Итак, в соответствии со статьей 307 Гражданского кодекса Российской Федерации «в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т. п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности».

Известно, что еще в дореволюционной цивилистике обращалось внимание на неудачное применение к гражданско-правовым отношениям самого термина «обязательство». Так, Д. И. Мейер, указывал, «что лучше называть это юридическое отношение именно правом требования или употреблять выражение право на чужое действие, так как все юридические отношения сводятся к правам и все гражданское право составляет учение о правах и соответствующих правам обязательствах; если же употреблять выражение обязательство, то само право становиться как бы на второй план».

Обязательство имеет определенный субъектный состав (стороны обязательства): должник – лицо, обязанное передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, совершить иные действия, и кредитор – лицо, которое вправе потребовать от должника исполнить его обязанность (п.1 ст.308 ГК). Но реально на стороне как должника, так и кредитора могут находиться несколько лиц, также в гражданском обороте преобладают двусторонние обязательства, когда обе стороны в обязательстве выступают в качестве должника в одном обязательстве и в качестве кредитора в другом. По этому принципу построены почти все обязательства в сфере предпринимательства. Например, по договору аренды арендатор обязан уплатить арендную плату, но вместе с тем он вправе требовать от арендодателя арендуемого им имущества.

Как видно из приведенного выше примера одним из оснований возникновения обязательства является договор, но обязательства возникают и из других указанных в законе оснований. Они могут возникать вследствие причинения вреда (деликтные обязательства). Содержание такого обязательства составляют обязанности лица, причинившего вред личности или имуществу гражданина (юридического лица) возместить его в полном объеме и соответственно право потерпевшего лица потребовать возмещения причиненного вреда (п.1 ст. 1064 ГК). Сейчас особое значение приобретают положения об обязательствах, возникших вследствие неосновательного обогащения (п.1 ст.1102 ГК). Должником в таком обязательстве является лицо, которое без установленных законом или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество за счет другого лица (кредитора) и поэтому обязано возвратить последнему неосновательно полученное (сбереженное) имущество.

В ряде случаев источником возникновения обязательств является судебное решение: например, в ситуации, когда на рассмотрение суда сторонами переданы разногласия, возникшие при заключения договора.

Обязательства могут возникнуть также из сделок, из актов государственных организаций и органов местного самоуправления в случаях, предусмотренных законом.

Действующий Гражданский кодекс Российской Федерации уделяет большое внимание защите прав кредиторов в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником своих обязательств. В целях предотвращения или уменьшения размера негативных последствий, причиненных должником, обязательство может быть обеспечено одним из способов, указанных в Гражданском кодексе.

Обеспечение исполнения договорных обязательств.

Заключая гражданско-правовые сделки, предприятия как субъекты гражданского оборота часто сталкиваются с проблемой надлежащего исполнения обязательств со стороны контрагентов. При этом особое внимание юридических лиц к проблеме обеспечения исполнения обязательств обусловлено, конечно, их заинтересованностью в том, чтобы избежать негативных последствий, которые могут возникнуть в результате нарушения партнерами положений договоров. Кроме того, возможность предоставить своему партнеру тот или иной способ обеспечения обязательств является необходимым условием заключения гражданско-правовых сделок. Так, например, в настоящее время большинство коммерческих банков при оформлении кредитных договоров требует подтверждения надлежащего исполнения должником своих обязательств путем предоставления ему тех или иных способов обеспечения.

Институт обеспечения исполнения обязательств – один из традиционных институтов в гражданском праве. Многие из способов обеспечения обязательств были известны еще римскому праву. Это задаток, неустойка, залог и поручительство. Были они и известны российскому и советскому гражданскому праву. Появление этих способов обеспечения обязательств было обусловлено тем, чтобы защитить права кредиторов. Ведь кредитор должен быть уверен в том, что его имущественные интересы будут соблюдены, что должник выполнит взявшие на себя обязательства. В случае же если права кредитора будут нарушены, то есть обязательство не будет выполнено или будет исполнено ненадлежащим образом, то именно эти способы обеспечения исполнения обязательств гарантируют кредитору возмещение убытков, которые он понесет в случае неисполнения обязательства должником. Наконец, такие способы обеспечения обязательств побуждают должника к своевременному исполнению возложенного на него обязательства, ведь в случае просрочки, либо ненадлежащего исполнения, либо неисполнения обязательства, для должника наступят неблагоприятные, невыгодные для него последствия. Также, можно заметить, что кредитор охотнее идет на заключение того или иного договора, если он обеспечен таким акцессорным (дополнительным) обязательством, ведь это гарантирует ему, что обязательство будет надлежащим образом исполнено.

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...».

Итак, способы обеспечения исполнения обязательств призваны обеспечить точное и неукоснительное исполнение должником своих обязательств, плюс к тому они уменьшают размер негативных последствий для кредитора в случае неисполнения таковых должником.

Гражданский кодекс Российской Федерации наряду с традиционными способами обеспечения исполнения обязательств (залог, неустойка, поручительство, задаток) вводит два новых способа (по сравнению с ГК 1964г.). Это банковская гарантия и удержание имущества должника. Принципиальным отличием положений об обеспечении обязательств от ранее действующего законодательства является то, что законом либо договором могут быть предусмотрены и иные способы обеспечения обязательств помимо тех, которые предусмотрены п1. ст. 329 ГК. Главное, чтобы соответствующие условия договора не противоречили императивным правовым нормам гражданского законодательства. Стороны по своему усмотрению могут выбирать любой из способов обеспечения исполнения обязательств. Необходимо заметить, что все эти способы различаются по степени воздействия на должника и по методам достижения цели. Поэтому стороны должны выбрать наиболее приемлемый способ относительно конкретной ситуации и сущности основного обязательства. Например, банковская гарантия, залог и поручительство повышают для кредитора вероятность того, что обязательство будет должным образом исполнено. Неустойка же чаще всего используется для обеспечения обязательств, вытекающих из договоров об оказании услуг либо выполнении работ, так как интерес кредитора заключается не в получении денежной суммы, а в достижении определенного результата. Важно учитывать и тот факт, что любой из видов обеспечения исполнения обязательства является дополнительным (акцессорным) по отношению к обеспечиваемому обязательству. Проявляется эта специфика во многих факторах:

* недействительность основного обязательства влечет за собой недействительность обеспечивающего его обязательства, и наоборот, недействительность акцессорного обязательства не влечет за собой недействительность основного обязательства (п.2 и 3 ст.329 ГК)
* прекращение основного обязательства, как правило, влечет и прекращение его обеспечения (ст.352, 367 и др.)
* обеспечительное обязательство следует за основным при переходе прав кредитора другому лицу, например, при уступке прав требования по основному обязательству.

Но существуют и исключения из этих правил. Например, Гражданский кодекс допускает последующий залог, если он не запрещен предшествующими договорами о залоге (ст.342 ГК). Совершенно особое положение среди способов обеспечения исполнения обязательств занимает банковская гарантия: обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от основного обязательства (ст.370 ГК).

Принципиальным отличием ныне действующего законодательства от Гражданского кодекса 1964г. является то, что сейчас законодатель оставил открытым перечень возможных способов исполнения обеспечения обязательств. Это означает, что как законом, так и договором могут быть предусмотрены иные способы обеспечения обязательств. В своей работе, прежде всего мне хотелось бы обратить внимание на такие способы обеспечения исполнения обязательств как банковская гарантия и удержание.

**Банковская гарантия.**

Что же такое банковская гарантия? Какова ее сущность? Что отличает ее от других способов обеспечения исполнения обязательств? На эти и на некоторые другие вопросы необходимо ответить для раскрытия этого понятия.

Как уже отмечалось выше банковская гарантия – это одна из новаций Гражданского кодекса. Российское законодательство, а точнее статья 368 Гражданский кодекс РФ, дает такое определение банковской гарантии: в соответствии с этим способом обеспечения исполнения обязательств банк, иное кредитное учреждение либо страховая компания (гарант) выдают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром требования об ее уплате. Несмотря на новизну банковской гарантии для отечественного законодательства, в юридической литературе различные авторы пытаются выявить в банковской гарантии черты, свойственные другим способам обеспечения исполнения обязательств и делающие ее похожей на них. Многие ученые сравнивают существующую банковскую гарантию с гарантией, установленной ГК 1964 года (ст.210). Но в ГК 1964г. гарантия представляла собой разновидность поручительства, приспособленного к администартивно-командной системе управления экономических отношений. Некоторые современные авторы сравнивают банковскую гарантию с договором страхования. Т.А. Фадеева, например, полагает, что основанием привлечения гаранта к уплате бенефициару денежной суммы является т.н. гарантийный случай. Тем не менее, на мой взгляд, банковская гарантия является совершенно самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательств, имеющим свои характерные черты.

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. Анализируя конкретный нормативно-правовой материал – Гражданский кодекс РФ - необходимо выделить следующие существенные черты банковской гарантии, призванной обеспечить должное исполнение принципалом своих обязательств. Прежде всего, необходимо отметить особый субъектный состав участников данных правоотношений. Принципал – лицо, обратившееся к гаранту с просьбой о выдаче банковской гарантии – должник по основному обязательству. Бенефициар – лицо, наделенное правом требования исполнения обязательства должником либо гарантом, - кредитор в основном обязательстве. Банковская гарантия представляет собой облекаемое в письменную форму односторонне обязательство, по которому гарант обязуется уплатить бенефициару во имя обеспечения исполнения основного обязательства определенную банковской гарантией денежную сумму. Односторонний характер банковской гарантии свидетельствует о том, что в силу п. 2 ст. 154 ГК РФ 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 ГК РФ принципал уплачивает гаранту вознаграждение за выдачу банковской гарантии.

Право бенефициара реализуется путем предъявления письменного требования, которое должно соответствовать условиям, содержащимся в самой банковской гарантии. Гарантом по банковской гарантии может выступать только специальный субъект, отвечающий требованиям законодательства, а именно банк, кредитное учреждение или страховая организация (ст. 368 ГК РФ). 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 от 02.12.90 N 395-1 "О банках и банковской деятельности"), либо лицензии, выданной Федеральной службой РФ по надзору за страховой деятельностью (ст. 6 Закона РФ от 27.11.92 N 4015-1 "О страховании"). 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).

Основной целью предоставления банковской гарантии является обеспечение надлежащего выполнения принципалом своих обязательств перед бенефициаром (п. 1 ст. 369 ГК РФ). При этом ГК РФ не содержит положений, предусматривающих признание банковской гарантии недействительной и соответственно не подлежащей удовлетворению в силу недействительности основного обязательства. Если даже гаранту до удовлетворения требования по банковской гарантии стало известно о недействительности основного обязательства, он не освобождается от выполнения требования по гарантии. В этой ситуации гарант должен немедленно уведомить об этом бенефициара и принципала и после получения повторного требования бенефициара исполнить свои обязательства по банковской гарантии (п. 2 ст. 376 ГК РФ). Следует отметить, что несмотря на определенную независимость банковской гарантии от основного обязательства, заключение соглашения о ее предоставлении, равно как и о любом другом способе обеспечения обязательств, возможно только при наличии основного обязательства. Данный вывод подтверждается основными признаками банковской гарантии, которые заключаются в следующем.

1. Наличие функции обеспечения банковской гарантией обязательства принципала. В соответствии с п. 1 ст. 369 ГК РФ целью предоставления банковской гарантии является именно обеспечение надлежащего исполнения принципалом его обязательства перед бенефициаром (основного обязательства).

2. 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).

3. Основанием для предъявления требований к гаранту является нарушение обязательств со стороны принципала по отношению не к гаранту, а к бенефициару по основному обязательству. Иными словами, основанием для выполнения гарантом его обязательств является особое положение сторон, возникающее по основной сделке, в которой гарант не является субъектом.

Игнорирование сущности обеспечения 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.

Постановлением Президиума ВАС РФ от 13.01.98 N 6318/97 было принято решение об отмене постановления апелляционной инстанции и об удовлетворении исковых требований КБ "СДМ-Банк" к КБ "Экономсервисбанк" о взыскании суммы по банковской гарантии.

Как следовало из материалов дела, ответчиком (КБ "Экономсервисбанк") по просьбе физического лица была выдана банковская гарантия, по условиям которой он обязался уплатить бенефициару (КБ "СДМ-Банк") денежную сумму в случае неоплаты эмитентами - иностранными банками дорожных чеков, предъявленных физическим лицом (принципалом) и оплаченных бенефициаром.

Истец принял от принципала дорожные чеки и оплатил их стоимость, однако, при предъявлении их к погашению в иностранный банк выяснилось, что данные ценные бумаги являются недействительными, в связи с чем было отказано в их погашении.

Получив отказ иностранных банков - эмитентов погасить стоимость дорожных чеков, истец обратился к гаранту с требованием об уплате денежной суммы по банковской гарантии. Однако, несмотря на то что гарант обязался выплатить бенефициару денежные средства в случае неоплаты чеков их эмитентами независимо от причины и что требование по банковской гарантии было предъявлено в соответствии с действующим законодательством, ответчик отказался удовлетворить указанные требования.

Апелляционная инстанция отказала в удовлетворении исковых требований бенефициару, ссылаясь на то, что банковская гарантия, выданная ответчиком, является ничтожной, поскольку никаких денежных обязательств между истцом-бенефициаром и гражданином-принципалом не возникло. Исходя из того, что основной целью выдачи банковской гарантии является обеспечение исполнения обязательства, отсутствие последнего означает недействительность и банковской гарантии.

Вместе с тем, как указал Президиум ВАС РФ, данный вывод не соответствует материалам дела, поскольку между принципалом и бенефициаром существовали обязательства, связанные с куплей-продажей ценных бумаг, в результате которых принципал (гражданин) передал в собственность бенефициара дорожные чеки, эмитированные иностранными банками, а бенефициар принял их и уплатил за них определенную денежную сумму.

Таким образом, доказав наличие заключенного обязательства, в обеспечение которого была выдана банковская гарантия, Президиум ВАС РФ рассмотрел спор по существу, в результате чего было принято решение об удовлетворении исковых требований.

Исследуя институт банковской гарантии, следует отметить, что в отличии от поручительства, одним из оснований прекращения которого является непредъявление кредитором иска к поручителю в установленный срок, т.е. в срок установленный поручительством, по банковской же гарантии бенефициар должен обратиться к гаранту с письменным требованием. К такому письменному требованию должны быть приложены документы, указанные в гарантии; в требовании должно быть указано, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана банковская гарантия; требование должно быть предъявлено до истечения срока, указанного в гарантии (ст.374 ГК).

Как уже упоминалось выше и судебная практика это доказывает, что между участниками гражданско-правового оборота возникает немало проблем при заключении и исполнении обязательств по банковской гарантии. 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 19.09.95 и постановление апелляционной инстанции от 24.10.95 Арбитражного суда Удмуртской Республики по делу N 14/75.

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

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 02.03.95. Решением от 19.09.95 в удовлетворении исковых требований отказано. Постановлением апелляционной инстанции от 24.10.95 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. Рассмотрев протест, Президиум не находит оснований для его удовлетворения. Между КБ "Ижмашбанк" и ИЧП "Алане" заключен договор от 03.03.95 о предоставлении кредита в сумме 250 000 000 рублей со сроком возврата до 03.06.95. В обеспечение обязательства заемщика по кредитному договору Ижевским филиалом Инкотрансбанка выдана банковская гарантия от 02.03.95 со сроком действия три месяца с момента ее выдачи. 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 03.06.95, а срок действия банковской гарантии истекал 02.06.95, 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 19.09.95 и постановление апелляционной инстанции от 24.10.95 Арбитражного суда Удмуртской Республики по делу N 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.

Важнейшей отличительной особенностью банковской гарантии является то, что она независима от основного обязательства, это и выделяет ее среди остальных способов обеспечения исполнения обязательств. Принцип независимости банковской гарантии от основного обязательства сохраняется и в случае, если в самой гарантии содержится ссылка на основное обязательство (ст. 370 ГК РФ). 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 ГК РФ). 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 юридические последствия в силу их недействительности, так как они противоречат нормам закона (ст. 370 ГК РФ).

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 20.05.97 N 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 11.02.93 N 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 11.03.76 N 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. Суть статьи 370 ГК, провозглашающей независимость банковской гарантии от основного обязательства, заключается в том, что от основного обязательства не зависит обязательство гаранта перед бенефициаром. Ведь даже в том случае, если основное обязательство будет прекращено, в том числе и по причине его надлежащего исполнения должником, повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом (п.2 ст. 376 ГК). В случае если гарант исполняет свое обязательство перед бенефициаром, то можно сделать вывод о том, что таким образом он погашает права требования бенефициара к принципалу. Иной вывод допускал бы неосновательное обогащение кредитора и противоречил принципу справедливости.

Рассуждая об ответственности гаранта (ст. 377 ГК), необходимо отметить, что объем выполнения гарантом своих обязательств не может выходить за рамки, очерченные в самой банковской гарантии. Ответственность же гаранта за неисполнение своего обязательства ничем не отличается от ответственности должника по денежному обязательству. Помимо требования о взыскании суммы, на которую выдана банковская гарантия, бенефициар вправе требовать от гаранта уплаты процентов годовых на эту сумму (СТ.395ГК), а также в части, не покрытой процентами, возмещения причиненных убытков (ст. 393 ГК).

Каковы же основания прекращения банковской гарантии? Гражданский кодекс РФ предусматривает исчерпывающий перечень таких оснований (ст. 378 ГК), их четыре:

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

При этом гарант обязан предупредить принципала о прекращении банковской гарантии (п. 2 ст. 378 ГК). На мой взгляд, очень интересно положение статьи 379 ГК, в которой говорится о праве гаранта на регрессные требования к принципалу о возмещении уплаченных им сумм. Это право гаранта определяется соглашением гаранта с принципалом. В связи с этой формулировкой в литературе возникает много споров о том, как ее трактовать. Многие истолковывают это положение в том аспекте, что гарант имеет право на регрессные требования к принципалу только в том случае, когда это прямо предусмотрено соглашением с последним. Мне представляется это не совсем верным. Данная норма не устанавливает правила, в соответствии с которым право гаранта на регрессные требования к принципалу возникает из соглашения с последним. Иначе норма была написана в несколько иной редакции. Ведь взаимоотношения между гарантом и принципалом строятся на возмездной основе: за выдачу банковской гарантии принципал выплачивает гаранту вознаграждение. Размер и порядок уплаты такого вознаграждения должны быть определены соглашением между гарантом и принципалом. Естественно, что гарант, обращая свои регрессные требования, должен учитывать и размер вознаграждения, уплаченный принципалом. Именно вопрос о регрессном требовании, а точнее о его размере, должен решаться в соглашении сторон во избежание неосновательного обогащения гаранта. Если же рассматривать иную точку зрения (гарант имеет право на регрессные требования к принципалу только в том случае, если это предусмотрено соглашением сторон), то в этом случае наступает неосновательное обогащение принципала за счет гаранта. При данных условиях прослеживается явная несправедливость по отношению к гаранту, ведь принципал – это должник, не исполнивший свои обязательства.

**Удержание.**

Удержание как способ обеспечения исполнения обязательств является еще одной новацией ГК 1994 года. Сущность данного 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 возмещение 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 ГК). В чем же особенности данного способа обеспечения исполнения обязательства. Прежде всего, они заключаются в том, что кредитор наделен правом удерживать эту вещь до исполнения должником своего обязательства непосредственно. Что это значит? Это значит, что кредитор может реализовывать свое право удержания без указания на то в договоре. Хотя нормы, касающиеся удержания, носят диспозитивный характер. Стороны могут предусмотреть в договоре невозможность использования данного способа обеспечения исполнения обязательств (п.3 ст.159 ГК). Кредитор не лишается права удерживать у себя вещь даже в том случае, когда на нее приобрело права третье лицо (не должник). Кто же выступает в роли кредитора, имеющего право на удержание вещи должника? Это:

* перевозчик по договору перевозки, не выдающий груз получателю до полного расчета за выполненную перевозку
* хранитель по договору хранения, ожидающий оплаты услуг, связанных с хранением вещи
* подрядчик, не передающий созданную им вещь до полной ее оплаты заказчиком и т. д.

В предпринимательских отношениях удержанием вещи должника могут обеспечиваться также его обязательства, не связанные с оплатой удерживаемой вещи или возмещением издержек на нее. Если же должник не исполнит своего обязательства, то ст.360 ГК позволяет кредитору обратить взыскание на удерживаемую им вещь. 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 ГК).

В некоторых случаях применительно к отдельным видам договорных обязательств ГК с учетом конкретных обстоятельств, связанных с неисполнением или ненадлежащим исполнением должником своих обязательств, наделяет кредитора правом удерживать его имущество. Так, по договору комиссии комиссионер вправе удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче комитенту либо лицу, указанному комитентом, в обеспечение своих требований по договору комиссии. Так в соответствии со ст. 712 по договору подряда при неисполнении заказчиком обязанности уплатить установленную цену либо иную сумму подрядчику в связи с выполнением договора подряда, подрядчик имеет право на удержание в соответствии со ст.359 и 360 Кодекса результата работ, а также принадлежащих заказчику оборудования., переданной для переработки вещи, остатка неиспользованного материала и другого оказавшегося у него имущества. Заказчика до уплаты заказчиком соответствующих сумм. По договору поручения поверенный, действующий в качестве коммерческого представителя, вправе в соответствии со ст.359 Кодекса удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче доверителю, в обеспечение требований по договору поручения (п.3 ст.972). Кредиторы в соответствии с ГК пользуются правом удержания имущества должника по всем видам договорных обязательств за исключением только тех случаев, когда договором предусмотрено иное (п.3 ст.359).

С.В.Сарбаш, выпускник Российской школы частного права при Президенте Российской Федерации, убедительно показал, что право удержания по современному российскому гражданскому праву не является результатом заимствования аналогичных институтов зарубежного законодательства, а напротив, представляет собой национальный институт, длительное время формировавшийся в отечественной правовой доктрине. Основными же источниками этого гражданско-правового института явились римское право, дореволюционное российское обычное право, гражданское законодательство Российской Империи (в особенности таких ее частей, как Финляндия и Прибалтийские губернии), теоретические труды российских цивилистов.

Кредитор в ряде случаев наделяется не правом удержания, а правом продажи находящегося у него имущества должника. Например, если иное не предусмотрено договором подряда, при уклонении заказчика от принятия выполненной работы подрядчик вправе по истечении месяца со дня, когда согласно договору результат работы должен был быть передан заказчику, и при условии последующего двукратного предупреждения заказчика, продать результат работы, а вырученную сумму, за вычетом всех причитающихся подрядчику платежей, внести на имя заказчика в депозит в порядке, предусмотренном ст.327 ГК (п.6 ст.720). По договору хранения при неисполнении поклажедателем своей обязанности взять обратно вещь, переданную на хранение, в том числе при его уклонении от получения вещи, хранитель вправе, если иное не предусмотрено договором, после письменного предупреждения поклажедателя самостоятельно продать вещь по цене, сложившейся в месте хранения, а если стоимость вещи по оценке превышает сто установленных законом минимальных размеров оплаты труда, продать ее с аукциона в порядке, предусмотренном ст. 447-449 ГК (п.2 ст. 189).

В связи с этим вопросом возникает неясность: как же все-таки соотносятся право продажи и право удержания имущества должника? Не является ли право продажи вещи самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательства?

Главное, что необходимо отметить при ответе на эти вопросы, на мой взгляд, является тот факт, что в силу ст.358 ГК правом продажи вещи должника наделены только те кредиторы, которые обладают правом удержания, т. е. налицо «зависимость» право продажи от права удержания. При отсутствии в диспозиции статьи специальных правил о праве продажи вещи должника, кредитор как субъект права удержания должен был бы удовлетворять свои требования в порядке, предусмотренном для удовлетворения требований по залогу, т. е. через суд. При наличии же права продажи кредитор уполномочен на односторонние действия, связанные с изменением или прекращением договорных обязательств. Следовательно, сравнивая эти два понятия, можно сделать вывод, что право продажи является специальным правилом, исключающим действие общего правила о порядке удовлетворения требований кредитора за счет удерживаемого имущества должника, предусмотренного статьей 360 ГК.

Итак, необходимо раскрыть сущность удержания. Для этого нужно понять, для чего и в каких случаях используется этот способ обеспечения исполнения обязательств; что может являться предметом удержания и каков порядок осуществления права удержания.

Удержанием вещи, подлежащей передаче должнику либо лицу им указанному, могут быть обеспечены требования кредитора по оплате этой вещи или возмещению связанных с ней издержек и других убытков. Обеспечение указанных требований удержанием вещи, помимо прочего, должно стимулировать кредитора к принятию мер к ее сохранности. Если же мы говорим о предпринимательских отношениях, то правом удержания вещи должника могут быть обеспечены и другие требования, возникшие из предпринимательского обязательства, в том числе и не связанные с оплатой вещи или возмещением издержек на нее и других убытков (п.1 ст. 359).

Что же касается предмета удержания, то ГК предусматривает возможность удержания вещи (п.1 ст.359). Это говорит о том, что предметом удержания ни при каких обстоятельствах не могут быть имущественные права. Под понятие «вещь» подпадают, как известно, движимые и недвижимые вещи. Здесь возникает вопрос: может ли служить предметом удержания недвижимость? В нормах ГК, касающихся удержания никаких ограничений мы по этому поводу не найдем. С другой стороны, осуществление кредитором права удержания вещи с последующим обращением взыскания на нее является гражданско-правовой сделкой. А, как известно, все сделки с землей подлежат государственной регистрации (ст.164 ГК), что противоречит существу правоотношений, возникающих при осуществлении кредитором права удержания имущества. Ведь и статья 131 ГК, а также и другие законы не включают удержание в перечень обременений недвижимого имущества, подлежащих государственной регистрации. Приведенные выше доводы не позволяют включить в круг вещей, которые могут служить предметом удержания, недвижимое имущество. Что же касается движимых вещей, то из них следует исключить деньги, так как они относятся к заменимым вещам. Видимо из предмета права удержания вещи следует исключить и вещи, определяемые родовыми признаками. В силу их заменимости такие вещи не могут быть определены как «вещь, подлежащая передаче должнику», как того требует п.1 ст. 359 ГК. В результате проведенного анализа действующего законодательства можно прийти к выводу, что: предметом права удержания может быть определенное движимое имущество за исключением денег.

Относительно порядка осуществления права удержания ГК устанавливает следующие правила. Кредитор по современному законодательству наделен правом удовлетворения своих требований путем обращения взыскания на заложенное имущество. Но здесь необходимо провести отличие права залога от права удержания вещи. Право залога возникает у кредитора на основании договора, в редких случаях на основании указания на то в законе. Основанием возникновения права удержания является нахождение у кредитора вещи должника. Затем удержание не обладает таким неотъемлемым признаком залога как право следования. Напротив, выбытие имущества из фактического владения кредитора прекращает право удержания, поэтому субъект права удержания, в отличие от залогодержателя при закладе, не наделен правом истребовать предмет удержания у третьих лиц. И, наконец, существенными условиями договора залога являются предмет залога и его оценка, в то время как удержание имущества представляет собой одностороннюю сделку, а предмет удержания не индивидуализируется. Распространение порядка обращения взыскания на предмет залога на удовлетворение требований кредитора, удерживающего имущество, помимо всего прочего, означает, что в случае несостоятельности (банкротства) должника имущество, составляющее предмет удержания, подлежит включению в конкурсную массу, а кредитор взамен получает право удовлетворить свои требования за счет всего имущества должника в третью привилегированную очередь.

**Заключение.**

Подводя итог исследованиям банковской гарантии и удержания как способов обеспечения исполнения обязательств можно сделать определенные выводы. Во-первых, эти два способа являются новацией для российского гражданского права, чем и объясняется их относительная не изученность и не популярность в гражданском обороте. Но в то же время необходимо отметить, что и банковская гарантия и удержание являются достаточно твердыми способами обеспечения исполнения обязательств, и в этом их главная привлекательность для кредиторов. Это, на мой взгляд, должно послужить причиной их широкого применения в имущественном обороте. Привлекательность удержания состоит в том, что этот способ является разновидностью оперативного воздействия, так как ретентору (лицу, удерживающему вещь) ГК разрешает применять право удержания самоСписок литературы.

# Список литературы

.

1. Гражданский кодекс 1994г.
2. М.И. Брагинский В.В. «Договорное право. Общие положения».
3. Комментарии части первой ГК РФ для предпринимателей
4. Комментарии части первой ГК РФ для предпринимателей
5. Сарбаш С.В. «Удержание как способ обеспечения исполнения обязательств»
6. О. С. Иоффе «Гражданское право. Избранные труды»
7. Гражданское право. Учебник. Том II. Полутом I. 2-е издание