**Министерство внутренних дел Российской Федерации**

**Белгородский юридический институт**

**Кафедра гражданско-правовых дисциплин**

# Дисциплина «Гражданское право»

## Реферат

на тему: «Обеспечение исполнения обязательств»

***Подготовил:***

Слушатель 345 группы

Конев П.Л.

***Проверил:***

Преподаватеть кафедры

Стеклов И.А.

**Белгород 2008**

§ 1. Понятие и система способов обеспечения исполнения

обязательств

1. Обеспечение обязательств - традиционный институт гражданского права, известный еще римскому праву. В российском дореволюционном законодательстве и гражданско-правовой доктрине также имелись положения об обеспечении исполнения обязательств такими способами, как неустойка, залог, поручительство, задаток. Возникновение этого института предопределено тем обстоятельством, что наличие между сторонами обязательственных правоотношений само по себе еще не гарантирует их надлежащее исполнение. И зачастую требуются меры, призванные укрепить положение кредитора в обязательстве.

См.: Римское частное право / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 1996.

См.: Анненков К. Система русского гражданского права. Т. 3. Права обязательственные. СПб., 1901. С. 231.

Эти меры весьма разнообразны. Некоторые из них установлены в законе в виде общих предписаний и подлежат применению во всех случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств, кроме тех, для которых это исключено законом, договором или самим характером установленных отношений, а потому именуются общими мерами. Прежде всего это возложение на неисправного должника обязанности возместить вызванные его нарушением убытки, а также понуждение к исполнению обязательства в натуре (п. 1 ст. 393, ст. 396 ГК).

Однако, несмотря на их всеобщность, эти меры не всегда могут быть реализованы. Допустимы случаи, когда кредитор никаких убытков не несет, либо их размер трудно обосновать, либо, в силу отсутствия у должника имущества, решение суда о возмещении убытков практически неосуществимо. Также не всегда может быть реализовано требование о понуждении должника к исполнению лежащей на нем обязанности. Вместе с тем и при подобных обстоятельствах кредитор существенно заинтересован в том, чтобы быть уверенным в исполнении обязательства. Поэтому Кодексом предусматривается применение специальных, дополнительных обеспечительных мер, направленных на ограждение интересов кредитора от возможного неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства должником. Подобные меры применяются независимо от причинения убытков кредитору и от наличия у должника имущества, на которое может быть обращено взыскание по исполнительным документам. Именуются они способами обеспечения исполнения обязательств. К ним относятся: неустойка, залог, удержание, поручительство, банковская гарантия, задаток и другие способы, предусмотренные законом или договором (ст. 329 ГК).

2. Способы обеспечения исполнения обязательств носят имущественный характер. Их назначение состоит прежде всего в том, что они стимулируют, побуждают должника к точному и неуклонному поведению под страхом невыгодных для него последствий, и тем самым дают кредитору более или менее надежную гарантию осуществления его прав. Они в то же время призваны компенсировать либо предотвратить негативные последствия, которые возникают либо могут возникнуть в случае нарушения должником условий обеспеченного обязательства.

Суть этого правового механизма состоит в наделении кредитора помимо основных прав по обеспеченному обязательству дополнительными правами, которыми он может воспользоваться в случае нарушения должником обязательства. Реализация этих прав кредитора осуществляется, в частности, путем: возложения на должника дополнительных имущественных обременений в виде уплаты неустойки или оставления задатка, привлечения к исполнению обязательства или к ответственности за его неисполнение третьих лиц (банковская гарантия, поручительство), предварительного выделения имущества для возможного принудительного удовлетворения требования кредитора (залог).

В ряде случаев, кроме стимулирующей и компенсационной, способы обеспечения выполняют и другие функции. Неустойка одновременно представляет собой и способ обеспечения исполнения обязательства, и меру гражданско-правовой ответственности. С помощью задатка подтверждается факт заключения договора.

Несмотря на то, что рассматриваемый институт призван обеспечивать, в первую очередь, интересы кредитора, это не означает, что можно пренебрегать правами должника и третьего лица. Гарантирование кредитору его интересов должно тесно увязываться с согласованием, компромиссом интересов кредитора, должника и третьего лица (гаранта, поручителя; залогодателя, если таковым является не должник, а третье лицо).

Так, во избежание произвола кредитора неустойка, задаток взыскиваются только, если имеются основания для возложения на должника ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение (ст. ст. 330, 381 ГК). Требования залогодержателя либо кредитора, удерживающего вещь, удовлетворяются, по общему правилу, на основании решения суда (ст. ст. 349, 360 ГК). При поручительстве во избежание двойного исполнения обязательства (должником и поручителем) на должника, исполнившего обязательство, возлагается обязанность по информированию поручителя об исполнении (ст. 366 ГК) и т.д.

3. Конкретный способ обеспечения исполнения обязательств может быть определен как законом, так и договором. Законом чаще всего устанавливаются неустойка, иногда удержание (ст. ст. 712, 972, 997 ГК), поручительство (ст. 532 ГК) или залог. Так, согласно п. 5 ст. 488 ГК проданный в кредит товар признается находящимся в залоге (см. также п. 1 ст. 587 ГК). Обычно наиболее оптимальный способ определяется соглашением сторон. И от того, насколько оптимален выбор кредитором способа обеспечения исполнения обязательства, во многом будет зависеть и поведение должника.

См., в частности: ст. 5 Федерального закона от 13 декабря 1994 г. N 60-ФЗ "О поставках продукции для федеральных государственных нужд" // СЗ РФ. 1994. N 34. Ст. 3540; ст. 16 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. N 79-ФЗ "О государственном материальном резерве" // СЗ РФ. 1995. N 1. Ст. 3 и др.

Перечень способов обеспечения исполнения обязательств, приведенный в ст. 329 ГК, - открытый. Это означает допустимость использования в качестве таковых иных правовых конструкций. Расширение этого перечня возможно путем указания на другие способы обеспечения как в договоре, так и в законе.

Среди способов обеспечения, введенных законом и названных таковыми, но не включенных в перечень в ст. 329 ГК, можно назвать использование уступки денежного требования в качестве способа обеспечения исполнения обязательства, возникшего на основании договора финансирования (ст. 824 ГК). Обеспечительный характер присущ и многим правовым конструкциям, предусмотренным законом, но не названным в качестве способов обеспечения исполнения обязательства.

Таковыми, на наш взгляд, могут быть признаны: положения о субсидиарной ответственности участников полного товарищества, а также полных товарищей в товариществе на вере по обязательствам товарищества, об ответственности собственника по обязательствам казенного предприятия или учреждения (п. 1 ст. 75, п. 1 ст. 82, п. 5 ст. 115, п. 2 ст. 120 ГК), о субсидиарной ответственности Российской Федерации, субъектов Федерации и муниципальных образований по требованиям вкладчика к банку, в уставном капитале которого участвуют названные образования (п. 1 ст. 840).

В договоре стороны могут условиться о применении в качестве способа обеспечения таких правовых конструкций, как расчеты по безотзывному аккредитиву (ст. 869 ГК), хранение у третьего лица вещей, являющихся предметом спора (секвестр) (ст. 926), внесение спорной суммы денег или ценной бумаги в депозит третьего лица (п. 1 ст. 327). При выборе правовых конструкций для целей их использования в качестве способа обеспечения важно учитывать возможность с их помощью обеспечить согласование интересов кредитора, должника и третьего лица.

В полной мере таким требованиям, на наш взгляд, отвечает включение в основной договор условия о расчетах по безотзывному аккредитиву. Смысл аккредитива как формы расчетов (например, за проданный товар) состоит в получении продавцом (кредитором) твердых гарантий платежа, а покупателем - полноценных прав на отгруженный товар. Безотзывной аккредитив, с одной стороны, не может быть отменен плательщиком без согласия получателя средств, а с другой стороны, получатель средств не может воспользоваться денежными средствами до тех пор, пока не представит в исполняющий банк документы, подтверждающие выполнение всех условий аккредитива (ст. ст. 869, 870). Тем самым для продавца (кредитора) заранее создается источник удовлетворения его интересов, покупатель же наделяется дополнительными правами. Таковым является право покупателя отказать в оплате либо задержать оплату в случае нарушения условий аккредитива. Поэтому аккредитив зачастую рассматривается не только как форма расчетов, но и как своеобразное обеспечение платежа за товар (работы, услуги), предусмотренное в договоре о передаче товара (выполнении работ, оказании услуг).

Таким образом, способы обеспечения представляют собой специальные меры имущественного характера, стимулирующие надлежащее исполнение обязательства должником путем создания для кредитора источника удовлетворения его интереса и наделения его дополнительными правами по предотвращению и (или) устранению неблагоприятных последствий неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства.

4. При обеспечении обязательства между кредитором по этому обязательству и лицом, обеспечивающим обязательство (в большинстве случаев им является сам должник по основному обязательству), также создается обязательственное правоотношение. Но это обязательство особого рода. Оно является дополнительным (акцессорным) по отношению к обеспечиваемому или главному (основному) обязательству, зависимым, производным от него.

Акцессорный характер обеспечивающего обязательства проявляется в следующих его чертах.

Во-первых, оно обеспечивает фактически существующее, т.е. не прекратившееся основное обязательство. Прекращение основного обязательства (например, в связи с его исполнением, новацией, прощением долга), как правило, влечет прекращение соглашения об его обеспечении, поскольку дальнейшее его существование утрачивает смысл (ст. ст. 352, 367 ГК).

Правило об обеспечении фактически существующего основного обязательства действует и тогда, когда обеспечивающее обязательство возникло в обеспечение будущего обязательства (например, при обеспечении поручительством будущего обязательства - см. § 5 настоящей главы). В подобной ситуации соответствующее требование к должнику, а значит, и к лицу, обеспечивающему исполнение, может быть реализовано также лишь при нарушении должником условий обеспеченного обязательства. А это, в свою очередь, предполагает наличие, фактическое существование обязательственных правоотношений между должником и кредитором. Исключением из этого правила является банковская гарантия, которая независима от обеспечиваемого основного обязательства, и прекращение основного обязательства, по общему правилу, не может служить основанием к освобождению гаранта от исполнения его обязательства (ст. 370, п. 2 ст. 376 ГК).

Во-вторых, недействительность основного обязательства влечет за собой недействительность обеспечивающего его обязательства, если иное не установлено законом (п. 3 ст. 329 ГК). Примером такого исключения являются, в частности, гарантия платежа по чеку, вексельное поручительство, которые действительны даже в том случае, если то обязательство, которое ими гарантировано, окажется недействительным по какому бы то ни было основанию, иному, чем дефект формы <\*>. Недействительность соглашения об обеспечении, напротив, не влечет недействительности основного обязательства (п. 2 ст. 329 ГК): основное обязательство сохраняет юридическую силу, но лишается обеспечения.

См.: ст. 881 ГК, ст. 32 Положения о переводном и простом векселе (приложение к Постановлению ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1937 г. // СЗ СССР. 1937. N 52. Ст. 221). См. также ст. 370 ГК о независимости банковской гарантии от основного обязательства.

В-третьих, обеспечивающее обязательство следует судьбе основного обязательства при переходе прав кредитора другому лицу путем уступки требования по основному обязательству (ст. 384 ГК).

§ 2. Неустойка

1. Неустойка (штраф, пеня) представляет собой определенную законом или договором денежную сумму, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности, в случае просрочки исполнения (ст. 330 ГК). Она относится к наиболее распространенным способам обеспечения исполнения обязательств и к наиболее часто применяемой на практике мере имущественной ответственности.

Широкое распространение неустойки объясняется ее высоким стимулирующим воздействием на должника, а также тем, что она представляет собой удобное средство упрощенной компенсации потерь кредитора. Эти свойства неустойки связаны с такими присущими ей чертами, как: а) предопределенность размера неустойки, точно известного сторонам уже в момент возникновения обязательства; б) возможность взыскания неустойки за сам факт нарушения обязательства независимо от того, причинены ли убытки кредитору и без необходимости подтверждения их размера (п. 1 ст. 330 ГК); в) возможность для сторон по своему усмотрению (с учетом ограничений, установленных для законной неустойки) варьировать размер неустойки, порядок ее исчисления и соотношения с ней права на возмещение убытков в зависимости от характера и тяжести нарушения, от значимости обеспечиваемого обязательства.

Важно констатировать, что названное выше законодательное определение неустойки, подчеркивая ее денежный характер, не охватывает случаи неденежной формы неустойки. Следовательно, в качестве предмета неустойки не может выступать какое-либо однородное имущество помимо денег. В то время как, например, согласно ст. 141 ГК РСФСР 1922 г. неустойкой признавалась "денежная сумма или иная имущественная ценность", которую один контрагент обязуется в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения доставить другому контрагенту.

В науке гражданского права принято выделять две основные теории неустойки, объясняющие ее природу, - штрафную и оценочную. Концепция штрафной неустойки предлагает рассматривать неустойку как штраф, своего рода возмездие, призванное воздействовать на неисправного контрагента. При этом размер неустойки может быть не обусловлен предварительной оценкой возможных убытков <\*>. Сущность оценочной теории неустойки заключается в том, что неустойка рассматривается как заранее определенная законом или договором оценка убытков, которые могут наступить вследствие нарушения обеспеченного обязательства <\*\*>. В настоящее время оценочная теория получила более широкое распространение в доктрине гражданского права и в арбитражной практике.

См.: Райхер В.К. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. Л., 1958. С. 164 - 165; Гришин Д.А. Неустойка: современная теория // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. Вып. 2. М., 2000. С. 131.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - М.: Издательство "Статут", 2001 (издание 3-е, стереотипное).

См.: Халфина Р.О. Право и хозрасчет. М., 1975. С. 107; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 387.

Позиция Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросу о природе неустойки прослеживается, в частности, в Обзоре практики применения арбитражными судами ст. 333 Гражданского кодекса Российской Федерации (приложение к информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 июля 1997 г. N 17) // ВВАС РФ. 1997. N 9. С. 75. Так, согласно п. 2 Обзора Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в качестве одного из критериев установления несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательств указал значительное превышение суммы неустойки над суммой возможных убытков, вызванных нарушением обязательств. Далее Президиум отметил, что неустойка является средством возмещения потерь кредитора, вызванных нарушением должником своих обязательств (п. 4 Обзора). Вместе с тем сказанное не меняет общепризнанного в доктрине и судебной практике правила о возможности взыскания неустойки за сам факт нарушения обязательства независимо от факта причинения убытков кредитору.

Неустойка, согласно п. 1 ст. 330 ГК, обеспечивает обязательство между должником и кредитором, т.е. гражданско-правовое обязательство независимо от того, из чего оно возникает - из договора, вследствие причинения вреда или иных оснований, указанных в ГК (п. 1 ст. 307 ГК, п. 1 ст. 329, п. 1 ст. 330). Поэтому не могут рассматриваться в качестве неустойки различного рода штрафы, устанавливаемые в качестве санкции за неисполнение обязанностей, вытекающих из относительных правоотношений, которые не являются гражданско-правовыми, - налоговых и других финансовых или административных отношений. 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, и т.д.

2. Общим родовым понятием неустойки охватываются и такие ее разновидности, как пеня и штраф. Кроме того, иногда в правовых актах устанавливается собственно неустойка, т.е. "неустойка" в узком смысле слова. Однако ни Гражданский кодекс, ни другие правовые акты не позволяют дать точное определение юридической природы каждого из этих видов неустойки. Можно лишь отметить, что штраф определяется обычно в твердой денежной сумме.

Так, при необоснованном уклонении поставщика, обладающего монополией на производство отдельных видов продукции, от заключения государственного контракта поставщик уплачивает покупателю штраф в размере стоимости продукции, определенной в проекте контракта. См.: п. 2 ст. 5 Федерального закона от 13 декабря 1994 г. "О поставках продукции для федеральных государственных нужд".

Пеня применяется при просрочке исполнения обязательства и начисляется непрерывно за каждый день просрочки в течение определенного времени или всего периода просрочки. Как правило, она определяется в процентах по отношению к сумме обязательства (например, за просрочку отгрузки материальных ценностей государственного резерва организация, осуществляющая ответственное хранение подобных ценностей, уплачивает пеню в размере 0,5% их стоимости за каждый день просрочки до полного выполнения обязательства.

См.: п. 4 ст. 16 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. N 79-ФЗ "О государственном материальном резерве".

Неустойка (в узком смысле слова) взимается обычно за неисполнение или ненадлежащее исполнение, в том числе за просрочку исполнения договорных обязательств. Она взыскивается за каждый факт нарушения обязательства, и ее размер не зависит от длительности просрочки. Так, согласно п. 3 ст. 5 Федерального закона "О поставках продукции для федеральных государственных нужд" <\*> в случае просрочки исполнения государственного контракта поставщик уплачивает покупателю неустойку в размере 50% стоимости недопоставленной продукции (независимо от периода просрочки).

СЗ РФ. 1994. N 34. Ст. 3540.

Неустойка может быть установлена или соглашением сторон, или же предписанием закона, так называемая законная неустойка (ст. 332 ГК) <\*>. Размер, порядок исчисления, условия применения договорной неустойки определяются исключительно по усмотрению сторон. Какие-либо законодательные ограничения предельного размера договорной неустойки в ГК отсутствуют. Гражданский кодекс устанавливает лишь требования к форме соглашения о неустойке. Соглашение должно совершаться в письменной форме независимо от суммы неустойки и формы, в какую облечено основное обязательство. Последнее может возникнуть и из устной сделки. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность соглашения о неустойке (ст. 331 ГК).

Так, в Законе "О государственном материальном резерве" (ст. 16) предусмотрено более десяти видов законной неустойки, взыскиваемой за нарушения обязательств поставщиками, ответственными хранителями, получателями и подрядчиками // СЗ РФ. 1995. N 1. Ст. 3.

Законную неустойку стороны вправе применить независимо от того, предусмотрена ли обязанность ее уплаты соглашением сторон. Размер законной неустойки зависит от того, в какой правовой норме она содержится: диспозитивной или императивной. Если неустойка предусмотрена императивной нормой <\*>, то кредитор вправе требовать ее уплаты лишь в размере, указанном в законе. Когда же положение о законной неустойке содержится в диспозитивной норме <\*\*>, она применяется в указанном в законе размере только в случае, если стороны своим соглашением не предусмотрели иной размер неустойки.

См., к примеру, императивное правило п. 1 ст. 23 Закона "О защите прав потребителей" о неустойке в размере одного процента // СЗ РФ. 1996. N 3. Ст. 140.

См., к примеру, диспозитивное правило п. 5 ст. 28 Закона "О защите прав потребителей" о неустойке за просрочку.

В отношении законной неустойки в п. 2 ст. 332 ГК предусмотрено правило, согласно которому ее размер может быть изменен соглашением сторон лишь в сторону увеличения, если это не запрещено законом. Так, согласно п. 5 ст. 28 Закона "О защите прав потребителей" исполнитель уплачивает потребителю за каждый день (час, если срок определен в часах) просрочки неустойку (пеню) в размере 3% цены выполнения работы (оказания услуги). Договором о выполнении работ (оказании услуг) между потребителем и исполнителем может быть установлен более высокий размер неустойки (пени).

Подтверждением правила о недопустимости снижения соглашением сторон размера законной неустойки может служить положение п. 2 ст. 793 ГК. Аналогичные правила включены в транспортные уставы и кодексы.

Вместе с тем формулировку п. 2 ст. 332 ГК об увеличении размера именно "законной неустойки", на наш взгляд, нельзя назвать удачной. Полагаем, что в подобном случае, рассуждая с позиции логики, точнее было бы говорить не об ином размере законной неустойки, а об установлении договорной неустойки. Такая позиция представляется нам вполне адекватно отражающей доктринальные положения о природе договорной неустойки и правила п. 1 ст. 332 ГК о понятии законной неустойки. Подобный взгляд согласуется и с высказанным в литературе суждением о том, что "непременным условием признания неустойки законной служит включение ее в императивную норму".

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) (постатейный) под ред. О.Н. Садикова включен в информационный банк согласно публикации - Юридическая фирма КОНТРАКТ, Издательский Дом ИНФРА-М, 1997.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. О.Н. Садикова. М., 2002. С. 687.

В зависимости от соотношения права кредитора на взыскание с должника неустойки и его права на возмещение убытков различают четыре вида неустойки - зачетную, штрафную, исключительную и альтернативную (ст. 394 ГК).

Зачетная неустойка предусматривает взыскание установленной неустойки и, кроме того, возмещение убытков в части, не покрытой взысканной неустойкой, т.е. суммы, составляющие размер неустойки, зачитываются в счет возмещения убытков. Вместе с тем законом или договором может быть определено иное соотношение: когда допускается взыскание только неустойки, но не убытков - исключительная неустойка; когда убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки - штрафная неустойка; когда по выбору кредитора могут быть взысканы либо неустойка, либо убытки - такую неустойку называют альтернативной <\*>. Во всех случаях, когда законом или договором не определен вид неустойки, применяется зачетная неустойка.

Так, при железнодорожной перевозке характер исключительной неустойки, взыскиваемой вместо убытков, носит неустойка в виде штрафа за неподачу перевозчиком вагонов и контейнеров и за неиспользование грузоотправителем поданных вагонов и контейнеров (ст. 94 УЖТ). Примером штрафной неустойки служит положение п. 2 ст. 13 Закона "О защите прав потребителей". В соответствии с ним убытки, причиненные потребителю, подлежат возмещению в полной сумме сверх неустойки (пени), установленной законом или договором.

3. ГК не содержит правила о максимальном (предельном) размере неустойки. Несмотря на это, возможно снижение как законной, так и договорной неустойки, взыскиваемой за нарушение конкретного обязательства. Согласно ст. 333 ГК решение вопроса об уменьшении размера неустойки в каждом случае возложено на суд и возможно лишь при ее явной несоразмерности последствиям нарушения обязательства. При оценке судом таких последствий могут приниматься во внимание в том числе обстоятельства, не имеющие прямого отношения к последствиям нарушения обязательства (цена товара, работ, услуг, сумма договора и т.п.).

См.: п. 42 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // ВВАС РФ. 1996. N 9. Далее - Постановление Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8.

Указанная статья направлена на реализацию основанного на общих принципах права требования о соразмерности размера неустойки объему ответственности. Критериями для установления несоразмерности в каждом случае могут быть: чрезмерно высокий процент неустойки; значительное превышение суммы неустойки суммой возможных убытков, вызванных нарушением обязательств; длительность неисполнения обязательств и др. Иногда такие критерии указаны непосредственно в законе.

См.: Обзор практики применения арбитражными судами ст. 333 Гражданского кодекса Российской Федерации. Приложение к информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 июля 1997 г. N 17 // ВВАС РФ. 1997. N 9. С. 75.

Так, согласно п. 5 ст. 28 Закона "О защите прав потребителей" сумма взысканной потребителем неустойки (пени) за нарушение сроков выполнения работ (оказания услуг) не может превышать цену отдельного вида выполнения работы (оказания услуги) или общую цену заказа.

При разрешении этого вопроса суды обязаны учитывать также специфику конкретных правоотношений и характер охраняемого государством блага. Так, специфика деликтных правоотношений, проявляющаяся в объеме и характере возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина (в частности, в возможности достаточно полно компенсировать вред за счет права на возмещение дополнительных расходов, особого порядка исчисления утраченного заработка, права на бесплатное получение некоторых видов медицинской помощи и т.п.), учитывается при решении вопроса об определении суммы неустойки за просрочку платежей в возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина трудовым увечьем <\*>. Полное освобождение от уплаты неустойки на основании ст. 333 ГК не допускается.

См.: определение Конституционного Суда РФ от 10 января 2002 г. N 11-О по жалобам граждан Бузулуцкой А.М., Егоровой З.И., Марченко А.В., Мокрыщева В.А., Педана В.А. и Семенищева И.Т. на нарушение их конституционных прав ст. 333 Гражданского кодекса РФ // Вестник Конституционного Суда РФ. 2002. N 4. С. 18.

4. В российской цивилистике общепризнано, что неустойка является не только способом обеспечения исполнения обязательства, но и мерой гражданско-правовой ответственности. В пользу данного утверждения говорит правило п. 2 ст. 330 ГК. В соответствии с ним неустойка подлежит взысканию с должника лишь при наличии оснований для его ответственности. Наконец, отмечая двойственную природу неустойки, следует помнить о необходимости разграничения неустойки, взыскиваемой за нарушение денежного обязательства, и процентов за пользование чужими денежными средствами как самостоятельной меры ответственности, применяемой за то же нарушение. Начисление процентов за пользование чужими денежными средствами не исключает одновременного применения штрафной неустойки <\*>. Более подробно вопросы, связанные с применением неустойки за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, будут рассмотрены при анализе ее в качестве меры ответственности.

В судебной практике это положение подтверждено в п. п. 6, 15 Постановления Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 "О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами" // ВВАС РФ. 1998. N 11.

§ 3. Залог

1. Залог - один из самых надежных способов обеспечения исполнения обязательств. Обеспечительная функция залога состоит в том, что кредитор-залогодержатель в случае неисполнения должником обязательства приобретает право получить удовлетворение за счет заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество, за изъятиями, установленными в законе (п. 1 ст. 334 ГК).

Залог как гражданско-правовой институт имеет длительную историю развития. Определение юридической природы залога стало камнем преткновения для цивилистов. Эта проблема всегда оставалась спорной, и, по мнению А.С. Звоницкого, "никто, сколько-либо знакомый с литературой по залоговому праву, не решится утверждать, что понятие залога установилось" (подробнее теории, касающиеся правовой природы залога, рассмотрены в гл. 16 учебника).

Звоницкий А.С. О залоге по русскому праву. Киев, 1912. С. 174.

Интерес кредитора к залогу выражается в том, что в составе имущества должника выделяется определимая часть, и если впоследствии обязательство окажется нарушенным, предмет залога реализуется, и из полученной суммы кредитор в полном объеме получает удовлетворение своих требований. В этой связи принято считать, что, в отличие от других способов обеспечения исполнения обязательств, при которых кредитор, в конечном итоге, "верит" должнику (например, при поручительстве), в обязательстве, обеспеченном залогом, кредитор "верит" вещи. Залог призван обеспечить получение кредитором той самой суммы, которая поступила бы к нему в случае надлежащего исполнения обязательств. Его применение создает для кредитора тот же имущественный результат, что и фактическое исполнение. Применение залога повышает реальный характер исполнения обязательств.

В современных условиях залог занимает особое место среди способов обеспечения исполнения обязательств. В этом смысле залог обладает несомненными преимуществами.

Во-первых, договор залога обеспечивает наличие и сохранность имущества на тот момент, когда должнику придется рассчитываться с кредитором. Благодаря залогу, с самого начала выделяется имущество, которое может быть объектом взыскания со стороны получившего залог кредитора. Такой кредит, следовательно, уже не находится под угрозой неосуществимости в принудительном порядке принадлежащих кредитору имущественных притязаний, так как объект возможных взысканий обеспечен с момента установления обязательства.

Во-вторых, залог имущества обеспечивает кредитору возможность удовлетворить свои требования за счет предмета залога преимущественно перед другими кредиторами. Следует иметь в виду, что обратить взыскание на имущество должника, чтобы таким образом получить удовлетворение, вправе всякий кредитор, независимо от того, обеспечено ли его право залогом или нет. Но в этом случае кредитор, право требования которого не обеспечено залогом, предоставляя кредит должнику, не может быть уверен в том, что имущество, которое в данное время имеет должник, останется у него и к тому времени, когда наступит срок по обязательству и потребуется, в случае неисполнения обязательства, обратить взыскание на это имущество.

Угрожает простому, не обеспеченному залогом кредитору и другая опасность: взыскание может быть наложено на имущество должника не одним данным кредитором, но и рядом других, и потому получить удовлетворение каждому не удастся или во всяком случае удастся не полностью (в соответствии со ст. 64 ГК при ликвидации юридического лица требования кредиторов по обязательствам, обеспеченным залогом ликвидируемого юридического лица, удовлетворяются в третью очередь. Преимущество перед залогодержателями имеют только граждане, перед которыми ликвидируемое юридическое лицо несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, и работники ликвидируемого юридического лица, перед которыми образовалась задолженность по выплате выходных пособий и оплате труда). Введение же залогового права устраняет для кредитора как ту, так и другую опасность. Лишь в том случае, если после полного удовлетворения залогодержателя остается некоторая доля стоимости заложенного имущества, она идет на удовлетворение требований других кредиторов.

Залог может обеспечивать любое гражданско-правовое обязательство, однако основной сферой применения залога всегда было обеспечение выдачи кредитов.

Это обусловлено тем, что возможность быстрого удовлетворения требований из заложенного имущества в случае невыполнения должником (залогодателем) своих обязательств особенно важна для банков, поскольку для них потеря времени на обращение взыскания на заложенное имущество оборачивается потерей средств, что чревато серьезными последствиями. В связи с этим залог широко применяется в предпринимательской практике.

2. Отношения по залогу в настоящее время регулируются Гражданским кодексом РФ, а также Законом РФ от 29 мая 1992 г. "О залоге" <\*>, который в соответствии со ст. 4 Федерального закона "О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" применяется, если не противоречит части первой ГК.

ВВС РФ. 1992. N 23. Ст. 1239.

Кроме того, отношения по залогу недвижимости регулируются Федеральным законом от 16 июля 1998 г. N 102-ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)".

СЗ РФ. 1998. N 29. Ст. 3400; 2001. N 46. Ст. 4308; 2002. N 7. Ст. 629.

В большинстве случаев залог возникает в силу договора, в частности, при заключении кредитных договоров с банками.

Залог возникает также на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств, если предусмотрено, какое имущество и для обеспечения исполнения какого обязательства оно признается находящимся в залоге. Правила ГК о залоге, регулирующие отношения по залогу, возникающие в силу договора, соответственно применяются и к залогу, возникающему на основании закона, если законом не установлено иное. В качестве примера можно привести право залога, возникающее у продавца на товар, переданный покупателю, в целях обеспечения исполнения последним обязанности по оплате товара, проданного в кредит (п. 5 ст. 488 ГК).

Залог обеспечивает требование в том объеме, какой оно имеет к моменту удовлетворения, если иное не установлено договором. В объем этих требований, кроме суммы основного долга, входят: проценты, начисленные на основную сумму долга; неустойки, которые должен выплатить должник кредитору в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства; возмещение убытков, причиненных кредитору неисполнением обязательства, а также возмещение необходимых расходов залогодателя на содержание заложенной вещи и расходов по взысканию. В последнем случае речь идет о расходах, связанных с реализацией заложенного имущества (проведением публичных торгов, выплатой комиссионного вознаграждения и т.д.).

Залоговое правоотношение отличается акцессорным (дополнительным) характером по отношению к главному обязательству, которое соответствующим образом обеспечивается. В отношении залога акцессорный характер залоговой сделки прямо подчеркивается ст. 4 Закона "О залоге", в соответствии с которой "залог производен от обеспечиваемого им обязательства. Существование прав залогодержателя находится в зависимости от судьбы обеспечиваемого залогом обязательства".

В части первой ГК РФ не сказано об акцессорном характере залога, но в ней содержится общая норма о том, что недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, если иное не установлено законом (п. 3 ст. 329 ГК), и, напротив, недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влияет на действительность основного обязательства (п. 2 ст. 329 ГК).

Акцессорный характер проявляется в том, что залогом может быть обеспечено только действительное требование, вытекающее, в частности, из договора займа, кредитного договора, договора купли-продажи и иных договоров.

Дополнительный к основному обязательству характер залога подтверждается и нормами о переходе прав и обязанностей по договору о залоге, когда обеспечительное обязательство следует судьбе основного обязательства. Переход прав может быть осуществлен залогодержателем посредством передачи своих прав другому лицу. Однако такая уступка залогодержателем своих прав по договору о залоге может быть признана действительной только в том случае, если лицу, которому переданы права залогодержателя, одновременно уступлены права кредитора по основному обязательству, обеспеченному залогом (ст. 355 ГК).

3. Сторонами в залоговом обязательстве выступают залогодатель - лицо, предоставившее имущество в залог, и залогодержатель - лицо, получившее имущество в залог. В качестве залогодателя могут выступать как должник, так и третье лицо (п. 1 ст. 335 ГК).

Залогодателем вещи может быть ее собственник либо лицо, имеющее на нее право хозяйственного ведения. В соответствии со ст. 335 и п. 2 ст. 295 ГК лицо, которому недвижимая вещь принадлежит на праве хозяйственного ведения, обязано заручиться согласием собственника при передаче в залог недвижимого имущества. Остальное имущество может быть заложено и без согласия собственника, если иное не предусмотрено законом или иными правовыми актами.

К числу последних можно отнести распоряжение Госкомимущества России от 21 апреля 1994 г. N 890-р "Об утверждении Временного положения о согласовании залоговых сделок" <\*>, в соответствии с которым при передаче в залог государственного имущества необходимо согласие на это собственника в лице соответствующего Комитета по управлению государственным имуществом. При этом не делается различия между движимым и недвижимым имуществом.

БНА. 1994. N 12. С. 41.

В ГК ничего не говорится о праве субъектов права оперативного управления (казенных предприятий и учреждений) закладывать принадлежащее им имущество. По мнению некоторых юристов (В.В. Витрянский) <\*>, это право вытекает из содержания п. 1 ст. 297 ГК, в соответствии с которым казенное предприятие имеет право отчуждать и иным образом распоряжаться (следовательно, отдавать в залог) закрепленным за ним имуществом с согласия собственника.

См.: Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. С. 302.

Что касается учреждений, то согласно п. 2 ст. 298 ГК они могут самостоятельно распоряжаться имуществом, приобретенным на доходы от деятельности, разрешенной его учредительными документами.

В литературе было высказано мнение, что учреждение может передавать указанное имущество в залог без каких-либо ограничений <\*>. По другой точке зрения, право учреждения самостоятельно распоряжаться имуществом, приобретенным за счет разрешенной деятельности, сходно с правом хозяйственного ведения. Соответственно для залога учреждениями приобретенной недвижимости в силу п. 2 ст. 295 ГК необходимо согласие собственника.

Консультант Плюс: примечание.

"Постатейный комментарий к Федеральному закону "Об ипотеке (залоге недвижимости)" (под ред. М.Г. Масевич) включен в информационный банк согласно публикации - "Законодательство и экономика", N 10, 1999.

См.: Научно-практический комментарий к Федеральному закону "Об ипотеке (залоге недвижимости)" / Под ред. М.Г. Масевич. М., 1999. С. 21.

См.: Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. М., 1998. С. 225.

Со всеми перечисленными точками зрения вряд ли можно согласиться, поскольку в ст. 335 ГК законодатель императивно определил, кто может выступать в качестве залогодателя.

Залогодателем может быть как дееспособное физическое, так и юридическое лицо. Граждане в возрасте от 14 до 18 лет, не ставшие полностью дееспособными в результате вступления в брак или эмансипации, могут закладывать свое имущество только с согласия родителей, усыновителей или попечителей. Если предметом залога является имущественное право, в качестве залогодателя может выступать лицо, которому принадлежит закладываемое право. Однако залог права аренды или иного права на чужую вещь не допускается без согласия ее собственника или лица, имеющего на нее право хозяйственного ведения, если законом или договором запрещено отчуждение этого права без согласия указанных лиц.

Закон (ст. 342 ГК) допускает возможность перезалога уже заложенного имущества. Если залогодержателей несколько, то для них устанавливается соответствующая очередность в удовлетворении их требований. Так, в первую очередь удовлетворяются интересы того залогодержателя, который первым заключил договор залога, из оставшегося имущества удовлетворяются требования второго залогодержателя и т.д.

Поскольку перезалог уже заложенного имущества противоречит интересам залогодержателя, в договоре можно установить недопустимость последующего залога имущества.

Для того чтобы защитить интересы последующих залогодержателей, залогодатель обязан сообщать всем последующим залогодержателям сведения о всех предшествующих залогах, стоимости, размере и сроке обеспечиваемого залогом обязательства. Если же залогодатель не исполнил этой обязанности, то при обращении взыскания на заложенное имущество последующих залогодержателей и недостаточности имущества он обязан возместить убытки залогодержателей.

4. Предметом залога может быть всякое имущество, в том числе вещи и имущественные права (требования), за исключением имущества, изъятого из оборота, и требований, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности, требований об алиментах, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и иных прав, уступка которых другому лицу запрещена законом. Примером имущества, изъятого из оборота, является оружие (за исключением охотничьего и газового).

Залог имущественных прав может осуществляться как отдельно от другого имущества, так и в составе предприятия как имущественного комплекса. Примером первого может служить залог исключительных прав на использование объектов интеллектуальной собственности (охраняемых авторским правом произведений, изобретений и т.д.).

Залогодержателем права может быть только лицо, которому принадлежит закладываемое право. При этом не требуется согласия собственника вещи или лица, имеющего на нее право хозяйственного ведения, за исключением случаев, когда законом либо договором запрещено отчуждение этого права без согласия указанных лиц (п. 3 ст. 335 ГК).

В соответствии с п. 2 ст. 336 ГК залог отдельных видов имущества, в частности имущества граждан, на которое не допускается обращение взыскания, может быть законом запрещен или ограничен. В настоящее время перечень имущества граждан, на которое не может быть обращено взыскание, установлен в ст. 446 ГПК РФ. Соответственно такое имущество не может быть предметом залога.

Обычно в качестве предмета залога выступает имущество, которое обладает определенной экономической ценностью и способностью к быстрой реализации (недвижимость, транспортные средства, акции, имущественные паи). Закон об ипотеке (ст. 70) регулирует такой вид залога, как залог (ипотека) предприятия как имущественного комплекса.

Предметом залога могут быть и ценные бумаги как особая разновидность вещей. Следует отметить, что действующее законодательство не содержит четкого ответа на вопрос о том, являются ли предметом залога в данном случае сами ценные бумаги, либо имущественные права, либо одновременно и ценные бумаги, и имущественные права, удостоверенные этими ценными бумагами.

Так, согласно п. 4 ст. 338 ГК при залоге имущественного права, удостоверенного ценной бумагой, она передается залогодержателю либо в депозит нотариуса (т.е. речь идет о залоге прав). В то же время согласно п. 4 ст. 912 ГК допускается залог таких ценных бумаг, как двойные и простые складские свидетельства.

Очевидно, следует исходить из того, что предметом залога в данном случае являются сами ценные бумаги (тот, кто имеет право на бумагу, может осуществлять и права, вытекающие из бумаги). Это правило распространяется и на бездокументарные ценные бумаги, т.е. бумаги, не имеющие материальной формы, а зафиксированные с помощью средств электронно-вычислительной техники (п. 1 ст. 149 ГК).

Однако, как следует из п. 2 ст. 149 ГК, операции с ценными бумагами могут совершаться только при обращении к лицу, которое официально совершает записи права. Передача, предоставление и ограничение прав должны официально фиксироваться этим лицом, которое несет ответственность за сохранность официальных записей, обеспечение их конфиденциальности, представление правильных данных о таких записях, совершение официальных записей о проведенных операциях.

Вместе с тем можно сделать однозначный вывод о том, что рублевые денежные средства (как в наличной, так и безналичной форме) не могут быть предметом залога. В п. 4 Приложения к информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 января 1998 г. N 26 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге" указано, что существенным признаком залога является возможность реализации заложенной вещи. Это обусловлено тем, что требования кредитора удовлетворяются за счет стоимости реализованного заложенного имущества. Однако рублевые денежные средства нельзя реализовать.

ВВАС РФ. 1998. N 3. С. 82.

Несмотря на достаточно аргументированную позицию Высшего Арбитражного Суда РФ, высказывалось мнение о том, что залог рублевых денежных средств допустим. Обосновывалось оно тем, что главным признаком залога являются не возможность продажи заложенной вещи, а исполнение обязательства и компенсация потерь за счет предмета залога.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - М.: Издательство "Статут", 2001 (издание 3-е, стереотипное).

См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 415.

Что касается иностранной валюты, то было высказано мнение о том, что она может быть предметом залога <\*>. С этим мнением следует согласиться, поскольку заложенная иностранная валюта может быть реализована и из ее стоимости кредитор может получить удовлетворение.

См.: Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. Т. II, полутом 1. С. 107.

При отсутствии соглашения об обратном или соответствующей нормы закона с согласия залогодателя допускается замена предмета залога (например, при залоге товаров в обороте). Если предмет залога погиб или поврежден, либо право собственности на него или право хозяйственного ведения прекращено по основаниям, установленным законом, залогодатель вправе в разумный срок восстановить предмет залога или заменить его другим равноценным имуществом, если договором не предусмотрено иное (ст. 345 ГК).

5. Содержание залогового обязательства составляют права и обязанности сторон. Залогодержатель приобретает совокупность прав, которые составляют его залоговое право. Это право возникает с момента заключения договора о залоге, а в отношении залога имущества, которое надлежит передать залогодержателю, - с момента передачи имущества, если иное не предусмотрено договором о залоге (ст. 341 ГК). При передаче предмета залога залогодержателю у последнего возникает право владения, право истребовать это имущество из чужого незаконного владения от любого лица, в том числе от залогодателя, право ограничивать распоряжение заложенным имуществом.

Залогодатель или залогодержатель, в зависимости от того, у кого из них находится заложенное имущество, обязан (если иное не предусмотрено законом или договором) надлежащим образом его сохранять и содержать и, в частности: 1) страховать за счет залогодателя заложенное имущество в полной его стоимости от рисков утраты и повреждения, а если полная стоимость имущества превышает размер обеспеченного залогом требования, - на сумму не ниже размера требования; 2) принимать меры, необходимые для обеспечения сохранности заложенного имущества, в том числе для защиты его от посягательств и требований со стороны третьих лиц; 3) немедленно уведомлять другую сторону о возникновении угрозы утраты или повреждения заложенного имущества (ст. 343 ГК).

Залогодатель вправе, если иное не предусмотрено договором и не вытекает из существа залога, пользоваться предметом залога в соответствии с его назначением, в том числе извлекать из него плоды и доходы. Так, если собственник автомобиля сдал его в залог, он имеет право продолжать пользоваться им и извлекать доходы, например, занимаясь частным извозом.

Если иное не предусмотрено законом или договором и не вытекает из сущности залога, залогодатель вправе отчуждать предмет залога, передавать его в аренду или безвозмездное пользование другому лицу, либо иным образом распоряжаться им только с согласия залогодержателя. Соглашение, ограничивающее право залогодателя завещать заложенное имущество, ничтожно (п. 2 ст. 346 ГК).

Таким образом, право распоряжения залогодателя (за исключением права завещать) принадлежащим ему имуществом ограниченно. В противном случае могли бы нарушаться права залогодержателя на удовлетворение за счет заложенного имущества.

В ст. 339 ГК перечисляются требования, предъявляемые к содержанию договора о залоге, его форме и регистрации. В частности, в договоре о залоге должны быть указаны предмет залога и его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом. В нем также должно содержаться указание на то, у какой из сторон находится заложенное имущество.

По общему правилу, договор о залоге заключается в простой письменной форме, однако для договоров об ипотеке, а также договоров о залоге движимого имущества или прав на имущество в обеспечение обязательств по договору, который должен быть нотариально удостоверен, требуется нотариальное удостоверение. Договор об ипотеке должен быть также зарегистрирован в порядке, установленном для регистрации сделок с соответствующим имуществом (п. 3 ст. 339 ГК). В частности, указанный договор подлежит государственной регистрации в государственном реестре прав на недвижимое имущество.

Примером применения правила о необходимости соблюдения нотариальной формы и государственной регистрации может служить Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 27 мая 1997 г. N 3132/96 <\*> по следующему судебному делу. Волгодонский центральный коммерческий банк обратился в Арбитражный суд Ростовской области с иском к АООТ "Содружество" о признании договора о залоге имущества, заключенного сторонами в обеспечение возврата денежных средств, полученных АО по кредитным договорам, действительной сделкой. Решением суда иск был удовлетворен. В апелляционном и кассационном порядке решение не проверялось. В протесте предлагалось решение отменить как принятое по недостаточно исследованным обстоятельствам, дело направить на новое рассмотрение. Президиум указал, что решение следует отменить и в иске отказать по следующим основаниям. Между сторонами в обеспечение ряда кредитных договоров заключен договор о залоге имущества, предметом которого являются автомобиль и недвижимое имущество. Как выяснилось при рассмотрении материалов дела, договор о залоге имущества нотариально не был удостоверен, не соблюдено сторонами и требование о его государственной регистрации.

ВВАС РФ. 1997. N 9. С. 47.

6. Закон предусматривает основания и порядок обращения взыскания на заложенное имущество. Взыскание на заложенное имущество для удовлетворения требований залогодержателя (кредитора) может быть обращено в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного залогом обязательства по обстоятельствам, за которые он отвечает (п. 1 ст. 348 ГК).

В обращении взыскания на заложенное имущество может быть отказано, если допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя вследствие этого явно несоразмерен стоимости заложенного имущества. Другими словами, убытки кредитора-залогодержателя, возникшие вследствие неисполнения обязательства, должны быть соразмерны стоимости заложенного имущества.

В соответствии с п. 1 ст. 349 ГК требования залогодержателя (кредитора) удовлетворяются из стоимости заложенного недвижимого имущества по решению суда.

Обращение взыскания на заложенное недвижимое имущество без судебного решения возможно при заключении залогодателем и залогодержателем специального соглашения, которое должно удовлетворять двум условиям: оно должно удостоверяться нотариально и заключаться сторонами после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога.

Это значит, что в случае получения кредита, обеспеченного залогом недвижимости, кредитор (залогодержатель) уже после факта невозврата кредита или процентов по нему должен будет заключить и нотариально удостоверить с залогодателем соглашение об удовлетворении претензий залогодержателя на заложенное имущество. В случае отказа залогодателя по какой-либо причине от заключения такого соглашения залогодержатель для удовлетворения своих претензий должен все равно обратиться в суд.

Обращение взыскания на движимое имущество, если оно как предмет залога передано залогодержателю, возможно без обращения в суд, если стороны заключили специальное соглашение о бесспорном порядке взыскания на заложенное движимое имущество. Закон ничего не говорит о том, что такое соглашение должно быть заключено только после возникновения оснований для обращения взыскания на заложенное имущество. Поэтому можно сделать вывод, что заключение подобного соглашения допустимо до возникновения таких оснований. Нотариального удостоверения это соглашение не требует.

Однако если заложенное движимое имущество осталось у залогодателя, требования залогодержателя удостоверяются по решению суда, если иное не предусмотрено соглашением залогодателя с залогодержателем.

Как отмечено в п. 46 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации", действующее законодательство не предусматривает возможность передачи имущества, являющегося предметом залога, в собственность залогодержателя. Всякие соглашения, предусматривающие такую передачу, ничтожны, за исключением тех, которые могут быть квалифицированы как отступное или новация обеспеченного залогом обязательства.

Пунктом 3 ст. 349 ГК предусмотрен ряд случаев, когда взыскание на предмет залога может быть обращено только по решению суда. Это возможно, если: 1) для заключения договора о залоге требуется согласие или разрешение другого лица или органа; 2) предметом залога является имущество, имеющее значительную художественную или иную культурную ценность для общества; 3) залогодатель отсутствует и установить его местонахождение невозможно.

7. Заложенное имущество реализуется путем продажи с публичных торгов в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством, если законом не установлен другой порядок (п. 1 ст. 350 ГК). Начальная продажная цена заложенного имущества определяется решением суда (если взыскание на имущество осуществлялось в судебном порядке) или соглашением залогодержателя с залогодателем.

При объявлении торгов несостоявшимися залогодержатель вправе по соглашению с залогодателем приобрести заложенное имущество и зачесть в счет покупной цены свои требования, обеспеченные залогом. К такому соглашению применяются правила о договоре купли-продажи.

Если такое соглашение не состоялось и были назначены повторные торги, но они были также объявлены несостоявшимися, то в этом случае залогодержатель вправе оставить предмет залога за собой без заключения дополнительного соглашения и зачесть в счет покупной цены свои требования. В интересах залогодателя снижение цены допускается не более чем на 10% по сравнению с первоначальной. Если залогодержатель не воспользовался этим правом в течение месяца со дня объявления повторных торгов несостоявшимися, договор о залоге прекращается.

8. Прекращение залогового правоотношения происходит по общим правилам прекращения гражданско-правовых обязательств, предусмотренных в гл. 26 ГК.

Кроме того, в соответствии со ст. 352 ГК залог прекращается по следующим основаниям: 1) с прекращением обеспеченного залогом обязательства; 2) по требованию залогодателя при грубом нарушении залогодержателем своих обязанностей по страхованию заложенного имущества, обеспечению его сохранности, а также по немедленному уведомлению залогодателя о возникновении угрозы утраты или повреждения заложенного имущества; 3) в случае гибели заложенной вещи или прекращения залогового права, если залогодатель не воспользовался правом в разумный срок восстановить предмет залога или заменить его другим равноценным имуществом; 4) в случае продажи с публичных торгов заложенного имущества, а также когда его реализация оказалась невозможной.

О прекращении ипотеки должна быть сделана отметка в реестре, в котором зарегистрирован договор об ипотеке. При прекращении залога вследствие исполнения обеспеченного залогом обязательства либо по требованию залогодателя вследствие возникновения угрозы утраты или повреждения заложенного имущества залогодержатель, у которого находилось заложенное имущество, обязан немедленно возвратить его залогодателю. При возвращении количество и качество заложенного имущества должно соответствовать тому состоянию, количеству и качеству, в котором оно первоначально передавалось, с учетом амортизации.

9. Виды залога различаются по основаниям его возникновения (залог, возникающий из закона и договора).

Как Закон "О залоге", так и ст. 338 ГК выделяют залог без передачи и с передачей заложенного имущества залогодержателю (заклад). Отдельные виды имущества не передаются залогодержателю. К их числу относятся имущество, на которое установлена ипотека (недвижимость), а также товары в обороте.

Имущество может оставаться у залогодержателя, однако оно может быть выведено из оборота путем наложения замка, печатей или иных знаков, свидетельствующих о залоге (п. 2 ст. 338 ГК). В последнем случае залог называется твердым.

По предмету виды залога делятся на залог вещей и залог прав. В свою очередь, залог вещей делится на залог движимого и недвижимого имущества (ипотека).

Название "ипотека" впервые появилось в Греции в начале VI в. до нашей эры и было связано с обеспечением ответственности должника кредитору определенными земельными владениями. Для этого при оформлении обязательства на границе принадлежащей заемщику земельной территории ставился столб с надписью о том, что указанная собственность служит обеспечением претензии кредитора в поименованной сумме. На таком столбе, получившем название ипотеки, отмечались все поступающие долги собственника земли.

Основное назначение ипотеки заключается в обеспечении выданных кредитов залогом недвижимого имущества (ипотечное кредитование). Система ипотечного кредитования придумана в мире много лет назад. Под ипотечным кредитом понимается сумма на приобретение жилья, выдаваемая сроком на 10 - 40 лет под 3 - 15% годовых, обеспеченная залогом жилых помещений. Такая система является действенным инструментом решения жилищной проблемы.

Гражданский кодекс под ипотекой признает залог земельных участков, зданий, сооружений, квартир и другого недвижимого имущества (п. 2 ст. 334 ГК). В силу ст. 130 ГК и ст. 5 Закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)" к недвижимому имуществу относятся земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все, что прочно связано с землей (т.е. объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, включая, в частности, леса, многолетние насаждения, здания, сооружения, а также подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты). Одновременно предусмотрена возможность отнесения специальным законом к недвижимым вещам и любого иного имущества.

Таким образом, предметом ипотеки может быть только недвижимость. Вместе с тем Закон об ипотеке делает из этого правила изъятие, предусматривающее запрет ипотеки участков недр, особо охраняемых природных территорий, иного недвижимого имущества, изъятого из оборота, имущества, на которое в соответствии с Законом не может быть обращено взыскание, многоквартирных и индивидуальных жилых домов и квартир, находящихся в государственной или муниципальной собственности (п. 2 ст. 74 Закона), а также имущества, в отношении которого в установленном Федеральным законом порядке предусмотрена обязательная приватизация либо приватизация которого запрещена (п. 2 ст. 6 Закона). В этот список входит также часть недвижимого имущества, раздел которого невозможен без изменения его назначения (неделимая вещь) (п. 4 ст. 5 Закона). Однако подобное ограничение не касается квартир в многоквартирных жилых домах (ст. 75 Закона).

Еще два требования, предъявляемых к предмету ипотеки, состоят в том, что он должен, во-первых, принадлежать залогодателю на праве собственности либо на праве хозяйственного ведения (п. 1 ст. 6 Закона) и, во-вторых, права на него должны быть зарегистрированы в порядке, установленном Федеральным законом "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним".

Таким образом, ипотека может быть установлена на любое недвижимое имущество (за исключением изъятий, установленных Законом в отношении отдельных категорий недвижимости), которое залогодатель вправе продавать или отчуждать иным образом, причем залогодателем может быть как должник по основному обязательству, так и третье лицо.

Имущество, передаваемое по договору об ипотеке, остается во владении и пользовании залогодателя (п. 1 ст. 1 Закона). Это правило корреспондирует с п. 1 ст. 338 ГК, относящим ипотеку к залогу без передачи заложенного имущества залогодержателю.

Лицо, отдавшее свое имущество в ипотеку, ограничивается в праве распоряжения этим имуществом. Согласно п. 1 ст. 37 Закона об ипотеке имущество, заложенное по договору об ипотеке, может быть отчуждено залогодателем другому лицу лишь с согласия залогодержателя, если иное не предусмотрено договором об ипотеке.

Ипотека обеспечивает уплату залогодержателю долга по обеспеченному ей обязательству полностью либо в части, предусмотренной договором об ипотеке. Ипотека, установленная в обеспечение исполнения кредитного договора или договора займа с условием выплаты процентов, обеспечивает также уплату кредитору (заимодавцу) причитающихся ему процентов за пользование кредитом (заемными средствами).

Кроме того, если договором не предусмотрено иное, ипотека обеспечивает уплату залогодержателю сумм, причитающихся ему:

1) в возмещение убытков и (или) в качестве неустойки (штрафа, пени) вследствие неисполнения, просрочки исполнения или иного ненадлежащего исполнения обеспеченного ипотекой обязательства;

2) в возмещение расходов по реализации заложенного имущества;

3) в возмещение судебных издержек и иных расходов, вызванных обращением взыскания на заложенное имущество;

4) в виде процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами, предусмотренных обеспечением ипотекой обязательством либо Федеральным законом.

Закон об ипотеке ввел в гражданский оборот новый вид ценных бумаг - закладную. Введением этой ценной бумаги делается попытка интегрировать рынок недвижимости и рынок ценных бумаг. Закладная не может заменить договор о залоге, однако при ее наличии права по договору о залоге могут перейти только путем передачи прав по закладной.

Как известно, ст. 143 ГК не предусматривает такой разновидности ценных бумаг, как закладная, однако перечень ценных бумаг, предусмотренный указанной статьей, не является исчерпывающим, и к последним могут быть отнесены другие документы, которые законами о ценных бумагах или в установленном ими порядке отнесены к числу ценных бумаг.

Как следует из п. 2 ст. 13 Закона об ипотеке, закладная является не эмиссионной, именной ценной бумагой, удостоверяющей следующие права ее законного владельца:

право на получение исполнения по денежному обязательству, обеспеченному ипотекой, без предоставления других доказательств существования этого обязательства;

право залога на имущество, обремененное ипотекой.

Передача прав по закладной совершается путем заключения сделки в простой письменной форме. При этом она влечет последствия уступки требований (цессии).

Ипотека обеспечивает требования залогодержателя в том объеме, какой они имеют к моменту их удовлетворения за счет заложенного имущества, если договором не предусмотрено иное. Обязательства должника перед залогодержателем в части, превышающей указанную в договоре об ипотеке общую твердую сумму требований залогодержателя, обеспеченных ею, не считаются обеспеченными ипотекой, за исключением требований, основанных на: возмещении судебных издержек и иных расходов, вызванных обращением взыскания на заложенное имущество; возмещении расходов по реализации заложенного имущества (ст. 3 Закона).

Закон предусматривает, что ипотекой могут быть обеспечены и другие дополнительные расходы залогодержателя (расходы на содержание и (или) охрану заложенного имущества, на погашение задолженности залогодателя по связанным с этим имуществом налогам, сборам или коммунальным платежам).

В соответствии с Законом "О залоге" различают такие разновидности залога, как залог транспортных средств, залог товаров в обороте, залог предприятия, залог ценных бумаг. ГК (ст. 358) особо выделяет залог вещей в ломбарде.

В качестве залогодержателя при залоге вещей в ломбарде может выступить не всякое юридическое лицо, а только специализированная организация - ломбард, обладающая соответствующей лицензией. В качестве залогодателей могут выступать только граждане, а предметом может быть движимое имущество, предназначенное для личного потребления. Стороны договора о залоге вещей в ломбарде не вправе оценивать передаваемое в залог имущество по своему усмотрению. Оценка этих вещей должна проводиться в соответствии с ценами на вещи такого рода и качества, обычно устанавливаемыми в торговле в момент принятия их в залог.

Форма договора о залоге вещей в ломбарде также имеет некоторые особенности. Как следует из ст. 358 ГК, договор о залоге вещей в ломбарде оформляется выдачей залогового билета. Условия этого договора не могут ухудшить положение должника по сравнению с условиями, установленными Гражданским кодексом и другими законами.

В случае невозврата полученного в ломбарде кредита для обращения взыскания на заложенное имущество нет необходимости обращаться в суд. Взыскание на заложенное имущество производится на основании исполнительной надписи нотариуса. Ломбард вправе по истечении льготного месячного срока на основании указанной надписи продать имущество в порядке, установленном для реализации заложенного имущества, т.е. путем продажи с публичных торгов. В изъятие из общего правила, даже если сумма, вырученная от реализации заложенного в ломбарде имущества, недостаточна для удовлетворения требований кредитора, последний не вправе обратить взыскание на иное имущество должника.

Статья 358 ГК содержит положение, согласно которому стороны в договоре о залоге вещей в ломбарде не вправе предусмотреть возможность ломбарда пользоваться переданными в качестве залога вещами.

Ответственность ломбарда в случае утраты или повреждения переданных вещей наступает даже при отсутствии вины. Ломбард освобождается от ответственности за утрату только при наличии непреодолимой силы.

Особенность залога товаров в обороте заключается прежде всего в том, что допускается изменение состава и натуральной формы предмета залога (товарных запасов, сырья, материалов, полуфабрикатов, готовой продукции и т.п.) при условии, что их общая стоимость не становится меньше указанной в договоре о залоге. Уменьшение стоимости заложенных товаров, находящихся в обороте, допускается только соразмерно исполненной части обеспеченного залогом обязательства (если иное не предусмотрено договором). Это обусловлено динамичностью, постоянным изменением или перемещением предмета залога.

В связи с тем, что предмет залога находится в движении, в законе определяются начальный и конечный моменты, в промежутке между которыми товар может быть предметом залога.

В соответствии с п. 2 ст. 357 ГК товары в обороте, отчужденные залогодателем, перестают быть предметом залога с момента их перехода в собственность, хозяйственное ведение или оперативное управление приобретателя, а приобретенные залогодателем товары, указанные в договоре о залоге, становятся предметом залога с момента возникновения у залогодателя на них права собственности или хозяйственного ведения.

§ 4. Удержание

1. Удержание как способ обеспечения исполнения обязательств было известно правовым актам о некоторых видах обязательств (о перевозке, хранении и др.) до урегулирования в действующем ГК <\*>. Особенность норм действующего ГК об удержании состоит в том, что это правило впервые сформулировано в виде норм, общих для всех обязательств. В литературе нередко обращается внимание на родственность правовых институтов "удержания" и "залога".

В качестве примера такого акта может быть назван Кодекс торгового мореплавания СССР. Так, согласно ч. 3 ст. 154 КТМ СССР перевозчик мог не выдавать груз до уплаты получателем груза причитающихся перевозчику фрахта платы за простой и других платежей.

Высказывания об удержании как разновидности залоговых отношений можно встретить в работах: А.В. Латынцева (см.: Обеспечение исполнения договорных обязательств. М., 2002. С. 90); М.И. Брагинского (см.: Брагинский М.И. Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия (Комментарий к новому Гражданскому кодексу Российской Федерации). М., 1995. С. 68); Е.А. Павлодского (см.: Павлодский Е.А. Залог и ипотека // ХиП. 1997. N 2. С. 82)и др.

Удержание обеспечивает обязательство между должником и кредитором независимо от того, из чего оно возникает - из договора, вследствие причинения вреда или иных оснований, указанных в ГК.

Существо удержания состоит в следующем. Кредитор, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику или указанному им лицу, вправе 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 не будет исполнено должником (п. 1 ст. 359 ГК).

Следовательно, по общему правилу удержанием вещи должника могут обеспечиваться только те из его обязательств, которые связаны с оплатой удерживаемой вещи или возмещением связанных с ней убытков. При соблюдении этих условий в роли кредитора, правомерно удерживающего вещь должника, могут выступать: хранитель по договору хранения, если поклажедатель уклоняется от оплаты услуг по хранению; перевозчик по договору перевозки, не выдающий груз получателю до полного расчета за перевозку; подрядчик, не передающий заказчику созданную вещь до оплаты выполненной работы, и т.д.

В отношениях между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, сфера применения удержания шире. Удержанием вещи должника могут обеспечиваться любые обязательства, в том числе и такие, которые не связаны с оплатой удерживаемой вещи или возмещением издержек на нее или других убытков. Частным случаем такого удержания вещи является правило договора подряда, предусмотренное ст. 712 ГК. В соответствии с ним подрядчик в случае неуплаты заказчиком обусловленной цены вправе удержать не только результат работы (готовые швейные изделия, отреставрированную мебель и т.п.), но и другое оказавшееся у подрядчика имущество заказчика: принадлежащее ему оборудование, вещи, переданные для переработки, остаток неиспользованного материала.

Аналогичное правило закреплено в ст. 996 ГК, позволяющей комиссионеру удерживать находящиеся у него вещи комитента в обеспечение своих требований по договору комиссии. Удержание правомерно, даже если эти требования не связаны с оплатой вещи, а представляют собой право на комиссионное вознаграждение (см. также п. 3 ст. 972 ГК).

Однако право на удержание вещи должника возникает у кредитора лишь в том случае, когда спорная вещь оказалась в его владении на законном основании. Возможность удержания не может быть следствием захвата вещи должника помимо его воли.

В настоящее время позиция Высшего Арбитражного Суда РФ в отношении правомерности завладения удерживаемой вещью определяется положением, выраженным в информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 января 2002 г. N 66 "Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой"// ВВАС РФ. 2002. N 3. С. 17. Так, в качестве критерия правомерности удержания арендодателем принадлежащего арендатору оборудования, оставшегося в арендовавшемся помещении после прекращения договора аренды, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ четко указал на отсутствие со стороны арендодателя каких-либо неправомерных деяний по завладению оборудованием (п. 14 Обзора).

2. Предметом удержания, согласно ст. 359 ГК, могут служить вещи. Это значит, что предметом права удержания не могут быть имущественные права. Круг этих вещей прямо не определен в ГК. Нет в нем и каких-либо специальных ограничений относительно предмета удержания. Значит, прежде всего это (как и при залоге) вещи, не изъятые из оборота.

В юридической литературе вопрос о предмете права удержания является дискуссионным. Согласно одной из высказанных в последнее время точек зрения отсутствие в законе каких-либо ограничений по предмету удержания означает возможность удержания любой не изъятой из оборота вещи, включая деньги <\*>.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) (постатейный) под ред. О.Н. Садикова включен в информационный банк согласно публикации - Юридическая фирма КОНТРАКТ, Издательский Дом ИНФРА-М, 1997.

См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. О.Н. Садикова. С. 721.

Согласно другому взгляду, представляющемуся более убедительным и обоснованным, в качестве предмета права удержания может выступать только определенное движимое имущество за исключением денег. Недвижимое имущество, по мнению сторонников этого взгляда, не может служить предметом удержания, поскольку сделки с ним подлежат государственной регистрации. Требование государственной регистрации противоречит существу правоотношений, возникающих при осуществлении кредитором права удержания имущества. Да и ст. 131 ГК, а также Закон "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним", по мнению сторонников этой позиции, не включают право удержания в перечень обременений недвижимого имущества, подлежащих государственной регистрации.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - М.: Издательство "Статут", 2001 (издание 3-е, стереотипное).

Монография С.В. Сарбаша "Право удержания в Российской Федерации" (Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств) включена в информационный банк согласно публикации - М: Издательство "Статут", 2003 (издание второе, исправленное).

См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 448 - 449. Аналогичное мнение см.: Сарбаш С.В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательства. М., 1998. С. 157.

По мнению других, из круга предметов права удержания предлагается также исключить вещи, определяемые родовыми признаками, в том числе деньги, в силу их заменяемости. Подобный вывод основан на том, что право удержания применяется в отношении собственности другого лица. Право же собственности может распространяться лишь на индивидуально-определенные вещи. По мнению сторонников изложенного взгляда, при возникновении обязанности по возврату денег или иных вещей, определяемых родовыми признаками, может идти речь о зачете встречного требования, но не об удержании имущества.

См.: Сарбаш С.В. Указ. соч. С. 160 - 161.

Такая позиция представляется нам вполне адекватно отражающей положения действующего законодательства. К подобному выводу можно прийти также при буквальном толковании положений ст. 997 ГК. Указанная норма позволяет комиссионеру удерживать причитающиеся ему по договору комиссии суммы из всех сумм, поступивших к нему за счет комиссионера, именно путем зачета встречного однородного требования. На наш взгляд, именно зачет имеет место и в случае, предусмотренном п. 5 ст. 875 ГК, о праве банка, исполнившего инкассовое поручение, удержать из инкассированных сумм причитающиеся ему суммы.

3. Удержание возможно лишь в отношении вещи, принадлежащей другому лицу, - должнику (на праве собственности или ином вещном праве). Иными словами, допустимо удержание лишь "чужой" вещи. Невозможно удерживать (в смысле ст. 359 ГК) имущество, принадлежащее на праве собственности кредитору.

Этот вывод следует из буквального толкования п. 1 ст. 329 ГК, согласно которому исполнение обязательства может обеспечиваться, в частности, удержанием имущества должника. Если же кредитор отказывается передавать должнику свое имущество на основании неисполнения встречного обязательства должника (т.е. имеет место удержание кредитором собственной вещи), то отказ в выдаче вещи может основываться на неисполнении договора лицом, требующим выдачи, но не на праве удержания.

Так, согласно п. 2 ст. 487 ГК в случае неисполнения покупателем обязанности предварительно оплатить товар применяются правила ст. 328 ГК о встречном исполнении обязательства. Согласно этим правилам в случае непредоставления обязанной стороной обусловленного договором исполнения сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение или отказаться от исполнения <\*>. Исходя из сказанного, следует разграничивать институт удержания и институт встречного исполнения обязательства. Удержание собственной вещи на основании неисполнения встречного обязательства должника представляет собой правоотношение, предусмотренное ст. 328 ГК.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография С.В. Сарбаша "Право удержания в Российской Федерации" (Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств) включена в информационный банк согласно публикации - М: Издательство "Статут", 2003 (издание второе, исправленное).

См.: Сарбаш С.В. Указ. соч. С. 158.

4. Вполне допустимо приобретение третьим лицом права на удерживаемую вещь (права собственности или иного вещного права) в результате возмездного или безвозмездного отчуждения либо в порядке универсального правопреемства (дарение, наследование, купля-продажа, реорганизация юридического лица и т.п.). В подобных случаях принадлежащее кредитору право удержания сохраняется за ним и по отношению к новым титульным владельцам (п. 2 ст. 359 ГК). Указанный признак права удержания подобен такому признаку залога, как право следования. Удержание следует за вещью, и у субъекта вместе с правом собственности или иным вещным правом появляется обременение <\*>.

Вместе с тем нельзя отождествлять право следования при залоге и при удержании. При удержании данное право ограничено только случаями, когда имущество находится во владении кредитора. И напротив, при выбытии имущества из владения кредитора право удержания прекращается, в то время как залогодержатель наделен правом истребовать предмет залога у третьих лиц.

Применение кредитором норм об удержании возможно, если вещь фактически находится во владении кредитора. Выбытие вещи из его фактического владения, ее отсутствие у него прекращает право удержания. Подобный вывод основывается на буквальном толковании п. 1 ст. 359 ГК, согласно которому кредитор, у которого находится вещь должника, вправе ее удерживать. Поэтому субъект права удержания не обладает правом истребовать вещь у третьих лиц <\*>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - М.: Издательство "Статут", 2001 (издание 3-е, стереотипное).

См. об этом, например: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 447.

Особенностью этого способа обеспечения исполнения обязательств является и то, что возможность удерживать вещь возникает у кредитора в силу закона и не требует дополнительной регламентации в договоре. Сказанное, однако, не означает, что право удержания не может быть предусмотрено соглашением сторон. Более того, положения ГК об удержании носят диспозитивный характер (п. 3 ст. 359 ГК). Следовательно, стороны вправе предусмотреть в договоре условия удержания, отличающиеся от установленных в законе, либо исключить применение названного способа обеспечения исполнения обязательств или предусмотреть возможность удержания в случаях, не указанных в законе.

Удержание является также одним из проявлений самозащиты, поскольку допускается лишь при нарушении прав кредитора, осуществляется с целью пресечь это правонарушение, служит адекватной защитой интересов кредитора и применяется кредитором без обращения к суду.

5. Удержание вещи возможно до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет выполнено, т.е. до момента погашения долга (п. 1 ст. 359 ГК). Надлежащее исполнение обеспеченного удержанием обязательства прекращает право удержания. В случае неисполнения должником обеспечиваемого удержанием обязательства кредитор вправе обратить взыскание на удерживаемую им вещь и реализовать ее. Стоимость вещи, порядок и объем обращения на нее взыскания по требованию кредитора, а также порядок реализации определяются в соответствии с правилами, установленными для удовлетворения требований залогодержателя за счет заложенного имущества (ст. 360 ГК; подробнее об удовлетворении требований залогодержателя см. ст. ст. 349 - 350 ГК и § 3 настоящей главы). В этом случае право удержания прекращается путем удовлетворения требований кредитора из стоимости удерживаемого имущества.

Вместе с тем возможно прекращение права удержания вещи и до погашения долга, т.е. досрочно. Специальные правила прекращения указанного права до погашения долга установлены, в частности, п. 2 ст. 996 ГК. Если комитент, вещь которого удерживается комиссионером, объявляется несостоятельным, право удержания вещи прекращается. Вещь включается в общее имущество комитента, за счет которого удовлетворяются требования кредиторов. Комиссионер же приобретает право на удовлетворение его требований как залогодержатель наравне с требованиями других залогодержателей.

§ 5. Поручительство

1. Поручительство является одним из древнейших способов обеспечения исполнения обязательства и возникает не только из договора, заключенного между кредитором должника по обеспечиваемому обязательству и поручителем, но и по некоторым другим основаниям, в частности, на основании закона. Так, если поставка товаров для государственных нужд осуществляется поставщиком определяемому государственным заказчиком покупателю, то государственный заказчик признается поручителем покупателя по обязательству об оплате товаров независимо от наличия между государственным заказчиком и поставщиком соглашения о поручительстве (ст. 532 ГК). Поэтому при изучении института поручительства важно отграничивать правоотношение поручительства от договора, являющегося одним из оснований его возникновения, и именуемого договором поручительства. Обеспечительный характер поручительства проявляется в том, что при нарушении обеспечиваемого обязательства кредитор вправе возложить ответственность не только на должника, но и на поручителя, что, безусловно, снижает его риски.

В зависимости от содержания обязательств, возникающих у поручителя, в литературе принято различать компенсационное и замещающее поручительства. Исходя из концепции компенсационного поручительства поручитель обязуется компенсировать в денежной форме неисполненное должником обязательство. При замещающем поручительстве поручитель берет на себя обязанность исполнить само обязательство за должника (передать индивидуально-определенное имущество, выполнить работу, оказать услугу и т.п.) <\*>. В российском законодательстве регламентируется лишь компенсационное поручительство. При этом поручитель не принимает на себя обязанность исполнить обязательство в натуре вместо неисправного должника, а кредитор не вправе обратиться к поручителю с требованием о реальном исполнении обязательства, не исполненного должником.

См. подробнее об этом: Латынцев А.В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. М., 2002. С. 228 - 230.

В зависимости от объема обязательств поручителя различают полное и частичное поручительство. При полном поручительстве поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, как и должник. Как следует из п. 2 ст. 363 ГК, при умолчании об ином устанавливается именно данный вид поручительства. Частичное поручительство может быть установлено по соглашению сторон. При частичном поручительстве ответственность поручителя может быть ограничена как определенной величиной денежных средств, так и видом обязательств, за неисполнение которых должником отвечает поручитель.

Практика показывает, что, по общему правилу, поручительством обеспечиваются договорные обязательства. Однако представляется, что ни с теоретической точки зрения, ни с точки зрения законодательства нет препятствий к обеспечению также внедоговорных обязательств: обязательства возместить причиненный вред, возвратить неосновательно полученное имущество и др. Мотивы, побудившие поручителя дать поручение за должника, правового значения, как правило, не имеют. Следует обратить внимание также на то, что действующее законодательство не предусматривает обязанности должника выплачивать поручителю вознаграждение за предоставление поручительства.

Это обстоятельство отмечалось еще И.Б. Новицким. См.: Новицкий И.Б. Поручительство. М., 1924. С. 18.

В то время как при сходных правоотношениях банки берут вознаграждение за выдачу банковской гарантии.

2. Участники правоотношения поручительства называются кредитором и поручителем. Должник по обеспечиваемому обязательству не участвует в правоотношении поручительства. Гражданский кодекс не содержит специальных указаний относительно возможности граждан или юридических лиц обязываться в качестве поручителей. Следовательно, способность выступать в качестве поручителя связывается законом с наступлением гражданской дееспособности для граждан и с возникновением и видом правоспособности для юридических лиц. Выдавать поручительства вправе также государственные образования - Российская Федерация и ее субъекты, муниципальные образования. На это косвенно указывает п. 6 ст. 126 ГК.

В качестве поручителей по одному обеспеченному обязательству вправе выступать и несколько лиц. При этом поручительство может быть дано несколькими лицами совместно (сопоручителями) в форме заключения одного договора поручительства либо каждым поручителем независимо друг от друга по разным договорам поручительства. Лица, совместно давшие поручительство, становятся солидарно обязанными перед кредитором, если иное не предусмотрено договором поручительства (п. 3 ст. 363 ГК). Кредитор в этом случае вправе предъявить требование в полном объеме как к должнику, так и к любому из поручителей либо к ним всем. Отношения сопоручителей между собой регулируются правилами ст. ст. 322 - 325 ГК. Лица же, независимо друг от друга поручившиеся за одного должника (т.е. по различным договорам), не становятся солидарными должниками.

Следует заметить, что, к сожалению, законодательство не регламентирует условия и объем ответственности лиц, поручившихся по разным договорам поручительства, хотя и не препятствует подобному поручительству. Полагаем, что указанные вопросы должны быть урегулированы в договоре. В подобных случаях вероятнее всего возникновение частичного поручительства.

3. Ранее отмечалось, что основным юридическим фактом, порождающим правоотношения поручительства, служит договор поручительства. Согласно ст. 361 ГК по договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица (должника по основному (обеспечиваемому) обязательству) отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части. Договор поручительства заключается между кредитором по основному обязательству и поручителем без участия должника по основному обязательству. Его суть заключается в том, что третье лицо (поручитель), выступающее в гражданском обороте на стороне должника и изъявившее желание быть поручителем, принимает на себя обязанность перед кредитором должника нести ответственность в случае, если обеспечиваемое обязательство окажется неисполненным. У поручителя тем самым возникает собственное обязательство - обязательство по несению ответственности. Поручитель, как уже отмечалось, не обязывается реально исполнить обязательство третьего лица.

Договор поручительства может быть направлен на обеспечение как существующего обязательства, так и того, которое может возникнуть в будущем (ст. 361 ГК). Возможно, например, принятие поручителем на себя ответственности за невозврат кредита по кредитному договору, который будет заключен лишь после заключения соглашения о поручительстве.

4. Для договора поручительства, независимо от субъектного состава сторон и суммы сделки и от того, в какой форме заключается обеспечиваемый договор, установлена обязательная письменная форма. Совершение поручительства устно влечет его недействительность (ст. 362 ГК). Важно, чтобы в письменном виде было выражено волеизъявление именно кредитора и поручителя, поскольку договор поручительства - соглашение между кредитором и поручителем.

Договор поручительства может быть оформлен путем составления отдельного соглашения, а также иным путем (ст. 434 ГК). Так, допустимо включение условия о поручительстве в договор, обязательства по которому обеспечиваются. В этом случае договор должен быть подписан также поручителем. О соблюдении письменной формы сделки поручительства может свидетельствовать отметка кредитора о принятии поручительства, сделанная на письменном документе, составленном должником и поручителем <\*>. Отношения по поручительству могут быть установлены путем направления кредитору поручителем гарантийного письма и резолюции кредитора на его копии, переданной поручителю, и т.п.

См.: п. 4 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о поручительстве (информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 января 1998 г. N 28 // ВВАС РФ. 1998. N 3. С. 92).

В договоре поручительства должны содержаться сведения, позволяющие точно установить, по какому именно обязательству предоставляется обеспечение и за кого поручительство выдано. По общему правилу, исходя из п. 2 ст. 367 ГК, поручитель обязывается перед кредитором отвечать за исполнение обязательств конкретным должником. При переводе долга по обеспеченному обязательству поручительство прекращается. Однако в договоре поручительства может быть предусмотрена обязанность поручителя отвечать за любого нового должника в случае перевода долга по обеспечиваемому обязательству.

См.: п. 9 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о поручительстве // ВВАС РФ. 1998. N 3. С. 92.

5. При неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно. Правило закона о солидарной ответственности носит диспозитивный характер. Законом или договором поручительства может быть предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя (п. 1 ст. 363 ГК). В последнем случае до обращения с требованием к поручителю кредитор должен принять меры для получения долга с должника.

Как отмечалось ранее, лица, совместно давшие поручительство, становятся солидарно обязанными перед кредитором, если иное не предусмотрено договором поручительства (п. 3 ст. 363 ГК). К примеру, договором может быть установлено долевое сопоручительство. При долевом сопоручительстве его участники несут ответственность по обязательству только в падающих на них долях (ст. 321 ГК).

Ответственность поручителя выражается в возмещении убытков, уплате сумм неустоек и иных санкций, которые должник должен будет уплатить в результате нарушения обязательства. Объем ответственности поручителя необязательно должен совпадать с объемом долга по обеспечиваемому обязательству. Если стороны в договоре ограничили ответственность поручителя частью долга, то поручитель несет не полную, а ограниченную ответственность за неисполнение обязательства должником. Но если подобные ограничения в договор не включены, поручитель отвечает в том же объеме, как и основной должник (п. 2 ст. 363 ГК), т.е., по общему правилу, предполагается тождественность объемов их ответственности.

Помимо суммы долга поручитель должен будет уплатить причитающиеся кредитору проценты, возместить судебные издержки по взысканию долга и другие убытки кредитора, вызванные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником. В частности, на основании ст. 395 ГК кредитор вправе требовать взыскания с поручителя процентов в связи с просрочкой исполнения обеспечиваемого денежного обязательства до фактического погашения долга.

См.: п. 17 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 "О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами"// ВВАС РФ. 1998. N 11. С. 7.

При исполнении обязательства по несению ответственности поручитель вправе (если иное не предусмотрено договором поручительства) воспользоваться теми возражениями против требования кредитора, которые мог бы представить должник с целью отклонения требования либо уменьшения его размера. К таковым могут быть отнесены возражения по поводу действительности требования, его размера; возражения, основанные на принадлежащем должнику праве зачета против требования кредитора встречного однородного требования и др. Поручитель не утрачивает право на эти возражения даже в том случае, если должник от них отказался или признал свой долг (ст. 364 ГК).

В случае невыполнения или ненадлежащего выполнения поручителем собственного обязательства по несению ответственности возможна самостоятельная ответственность поручителя перед кредитором. Обычно эта ответственность выражается в предусматриваемой договором поручительства неустойке, уплачиваемой поручителем кредитору при несвоевременном удовлетворении требования кредитора.

6. Поручитель, понесший ответственность за нарушение обязательства должником, приобретает по отношению к нему все права кредитора по этому обязательству и права, принадлежавшие кредитору как залогодержателю, но только в том объеме, в котором он сам удовлетворил требование кредитора. Если поручителем частично исполнено требование кредитора, то только в этой части он приобретает права кредитора. Полное удовлетворение предполагает и полное возмещение расходов поручителя.

Помимо прав требования, вытекающих из основного обязательства (права обратного требования и права залога), поручитель приобретает и самостоятельные права требования. Так, поручитель вправе требовать от должника уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника (п. 1 ст. 365 ГК). Очевидно, имеется в виду уплата процентов за пользование чужими денежными средствами, предусмотренных ст. 395 ГК. В этом случае проценты на основании ст. 395 ГК начисляются на всю выплаченную поручителем за должника сумму, включая убытки, неустойку, уплаченные кредитору проценты и т.д., за исключением предусмотренных договором поручительства сумм санкций, уплаченных поручителем в связи с собственной просрочкой <\*>. Наличие такого права позволит поручителю компенсировать убытки, возникшие у него в связи с отвлечением денежных средств для исполнения требований кредитора.

См.: п. 18 Постановления Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14.

По исполнении поручителем обязательства по несению ответственности за должника кредитор обязан вручить поручителю документы, удостоверяющие требование к должнику, и передать права, например, право залога, обеспечивающие это требование (п. 2 ст. 365 ГК).

Следует отметить, что все правила относительно объема прав поручителя, установленные п. 1 и п. 2 ст. 365 ГК, применяются, "если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором поручителя с должником и не вытекает из отношений между ними" (п. 3 ст. 365 ГК).

В договоре стороны вправе ограничить объем обязательств должника перед поручителем. Возможно, например, установить, что поручитель вправе требовать от должника компенсации только выплаченной кредитору основной суммы долга без права требования уплаты процентов, возмещения убытков и т.п.

7. Поручительство прекращается по общим основаниям прекращения обязательства, предусмотренным гл. 26 ГК. Кроме того, оно прекращается при наступлении специальных оснований, названных в ст. 367 ГК.

Во-первых, поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства. Прекращение по этому основанию связано с акцессорным характером поручительства. Если основное обязательство прекратилось, то дальнейшее существование поручительства теряет смысл.

Во-вторых, в случае изменения основного обязательства без согласия поручителя, если такое изменение неблагоприятно для него (к примеру, имело место увеличение суммы основного обязательства или изменение срока его исполнения).

В-третьих, с переводом на другое лицо долга по основному обязательству, если поручитель не согласился отвечать за нового должника.

В-четвертых, когда кредитору со стороны должника или поручителя было предложено надлежащее исполнение обязательства, но кредитор отказался его принять. При этом причины отказа не имеют значения.

Затем, в-пятых, прекращение поручительства возможно в связи с истечением срока поручительства. Срок этот не должен быть менее срока исполнения обеспечиваемого обязательства. Если же срок поручительства договором не предусмотрен, оно прекращается, если кредитор не предъявит иск к поручителю в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства. Когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или определен моментом востребования, поручительство сохраняет силу лишь в пределах двух лет со дня заключения договора поручительства. По истечении указанных сроков поручительство прекращается. Оба названных срока (в один год и в два года) являются пресекательными, т.е. такими, с истечением которых прекращается сама обязанность поручителя. Следовательно, они не могут быть прерваны, приостановлены или восстановлены <\*>. В течение срока действия поручительства должен быть предъявлен именно иск.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - М.: Издательство "Статут", 2001 (издание 3-е, стереотипное).

Подробнее о природе названных сроков см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 466 - 467, 473.

Судебная практика исходит из того, что предъявление кредитором требования в иной форме, например, в форме выставления платежного документа к оплате, не приостанавливает течение срока действия поручительства, если даже за кредитором закреплено право списания необходимой суммы со счета поручителя в безакцептном порядке.

См.: п. 5 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о поручительстве.

8. В качестве разновидности поручительства может рассматриваться аваль. Аваль представляет собой одностороннюю сделку, в силу которой определенное лицо (авалист) принимает на себя ничем не обусловленное одностороннее обязательство гарантировать полностью или в части платеж по векселю или чеку вместо иного лица, уже обязанного по данному векселю или чеку. Институт аваля регламентируется специальными нормами: Положением о переводном и простом векселе (ст. ст. 30 - 32, 45 - 47, 55, 67, 68, 77) и правилами Гражданского кодекса о чеках (ст. ст. 881, 884, 885).

См.: Приложение к Постановлению ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1937 г. // СЗ СССР. 1937. N 52. Ст. 221.

Аваль может даваться любым лицом, за исключением векселедателя (при вексельном поручительстве) и плательщика (при поручительстве по чеку). Аваль проставляется на векселе или чеке путем надписи "считать за аваль" и указания, кем и за кого он выдан. Важной особенностью аваля является то, что обязательство авалиста нести ответственность действительно даже в том случае, если то обстоятельство, ответственность по которому он гарантировал, окажется недействительным по какому бы то ни было иному основанию, чем несоблюдение формы (п. 3 ст. 881 ГК).

§ 6. Банковская гарантия

1. В силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования об ее уплате (ст. 368 ГК). Банковская гарантия представляет собой новый, ранее не известный отечественному законодательству самостоятельный способ обеспечения исполнения обязательств <\*>. Обязательство гаранта по банковской гарантии выплатить сумму бенефициару при соблюдении условий гарантии является денежным.

Прототипом для него послужили Унифицированные правила Международной торговой палаты для гарантий по требованию 1992 г. Наименование этого способа обеспечения "банковская гарантия" условно, поскольку лицами, выдающими такие гарантии, становятся обычно банки.

Ранее действовавшим ГК 1964 г. и Основам гражданского законодательства был известен институт "гарантии". Однако гарантия представляла собой разновидность поручительства. Основным ее отличием от поручительства являлось то, что гарантия применялась только в отношениях между организациями. Действующий ГК ввел принципиально новый институт "банковской гарантии", отличающийся от поручительства. Прежде всего поручительство и банковская гарантия различаются по их соотношению с основным обязательством. Правоотношение поручительства акцессорное. Обязательство из банковской гарантии имеет безусловный характер и не зависит от судьбы основного обязательства. Основанием возникновения обязательства по банковской гарантии является односторонняя сделка - выдача гарантии. Правоотношение поручительства возникает обычно из договора, реже - из закона либо иных оснований. Различен субъектный состав лиц, обеспечивающих основное обязательство. Для гарантов предусмотрен специальный субъектный состав. Относительно возможности выступления в качестве поручителя ГК не содержит специальных указаний. Помимо названных можно выделить и иные отличия гарантии от поручительства.

Участниками правоотношений по банковской гарантии являются: гарант, принципал и бенефициар. В качестве гаранта могут выступать только банк, иное кредитное учреждение <\*> или страховая организация. Принципал - лицо, обращающееся к гаранту с просьбой о выдаче банковской гарантии. Им является должник по основному обязательству, исполнение которого обеспечивается банковской гарантией (заемщик по кредитному договору, покупатель по договору поставки и др.). И, наконец, в качестве бенефициара, т.е. лица, наделенного правом предъявлять требования к гаранту, выступает кредитор по основному обязательству (банк, выдавший кредит, поставщик, подрядчик и др.).

К небанковским кредитным организациям относится кредитная организация, имеющая право осуществлять отдельные банковские операции, предусмотренные Законом "О банках и банковской деятельности". Кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество (см.: ст. 1 Закона "О банках и банковской деятельности"// СЗ РФ. 1996. N 6. Ст. 492; 2002. N 12. Ст. 1093).

2. Выделяются различные виды банковской гарантии. В зависимости от того, какие документы должны быть предъявлены наряду с письменным требованием об оплате, банковские гарантии подразделяются на условные и гарантии по первому требованию (или безусловные). Условная банковская гарантия предполагает, что требование бенефициара к гаранту подлежит удовлетворению только в том случае, если бенефициар предоставит судебное решение или иное названное в гарантии доказательство, подтверждающее, что платеж совершен не был. При гарантии по первому требованию, напротив, гарант производит платеж против простого первого требования бенефициара без предъявления каких-либо доказательств факта неплатежа, т.е. в подобном случае презюмируется правомерность требований бенефициара. Здесь действует принцип "сначала платить, а потом вести судебное разбирательство". Именно этот вид банковской гарантии регулируется ГК (ст. 374, п. 2 ст. 376).

По возможности гаранта отозвать выданную банковскую гарантию различают отзывные и безотзывные гарантии. Отзывная банковская гарантия может быть отозвана гарантом. В отличие от нее при безотзывной банковской гарантии обязательство гаранта не может быть изменено или отменено без согласия бенефициара. В соответствии со ст. 371 ГК при умолчании об ином устанавливается безотзывная банковская гарантия. Однако самой банковской гарантией может быть предусмотрено право гаранта отозвать ее при определенных условиях либо при наступлении определенных обстоятельств.

Исходя из возможности бенефициара передавать третьим лицам требования по гарантии различают передаваемую и непередаваемую банковские гарантии. По передаваемой банковской гарантии бенефициар вправе передать третьему лицу право требования к гаранту. При непередаваемой гарантии замена бенефициара недопустима. Если иное не предусмотрено банковской гарантией, устанавливается непередаваемая банковская гарантия (ст. 372 ГК).

В зависимости от характера участия банков в обеспечении исполнения обязательств своих клиентов выделяют простые и контргарантии. Простые банковские гарантии выставляются банком, обслуживающим клиента. Такой гарант принимает на себя обязательство непосредственно перед бенефициаром. Контргарантия применяется в случае, когда бенефициар не считает достаточной гарантию банка, обслуживающего принципала, и просит гарантию более известного банка. Тогда для усиления обеспечительного эффекта банк принципала может обратиться к такому банку с просьбой выдать банковскую гарантию за своего клиента (первоначальная гарантия), а сам выдает контргарантию этому банку. Контргарантия служит обеспечением первоначальной и предусматривает возмещение банку выплаченной им суммы.

Разнообразие видов банковской гарантии имеет важное практическое значение. С позиции бенефициара предпочтительной считается гарантия по первому требованию, к тому же безотзывная и передаваемая. С точки зрения гаранта, предпочтительна условная, отзывная и непередаваемая банковская гарантия.

3. Отношения по банковской гарантии, как правило, возникают на основании сложного юридического состава, состоящего из двух юридических фактов, возникающих в определенной последовательности.

Прежде всего заключается соглашение между принципалом и гарантом о предоставлении банковской гарантии. Это возмездный договор. За выдачу банковской гарантии принципалом уплачивается вознаграждение (п. 2 ст. 369 ГК). Его размер зависит от суммы гарантии и характера обеспечиваемого обязательства. Затем происходит собственно выдача банковской гарантии, которая должна рассматриваться как односторонняя сделка, поскольку для ее совершения требуется волеизъявление только одной стороны - гаранта, совершенное в письменной форме. Эта односторонняя сделка оформляется обычно в виде "гарантийного письма", исходящего от гаранта. Однако гарантийное обязательство может возникнуть и на основании односторонней письменной сделки гаранта. Отсутствие письменного соглашения между принципалом (должником) и гарантом не влечет недействительности обязательства гаранта перед бенефициаром.

См.: п. 3 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии // ВВАС РФ. 1998. N 3. С. 88.

4. Банковская гарантия выдается на определенный в самом обязательстве срок и, если в ней не предусмотрено иное, вступает в силу со дня ее выдачи (ст. 373 ГК). Как следует из п. 2 ст. 374 и п. 1 ст. 376 ГК, срок, на который выдана гарантия, является существенным условием банковской гарантии. При его отсутствии гарантийное обязательство в силу ст. 432 ГК следует считать не возникшим.

См.: п. 2 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии.

Право бенефициара в отношении гаранта может быть реализовано путем предъявления письменного требования. В отличие от поручительства в отношениях по банковской гарантии бенефициар обращается именно к гаранту (а не в суд) с письменным внесудебным требованием. Таковым может быть признана претензия либо любое иное обращение к гаранту об уплате денежной суммы, содержащее указание на нарушение принципалом основного обязательства.

Подобное требование должно быть заявлено в срок, указанный в гарантии. Этот срок, как и срок предъявления иска при поручительстве, является пресекательным и не может быть прерван, приостановлен или восстановлен. К гаранту, отказавшемуся удовлетворить своевременно заявленное требование об уплате денежной суммы, бенефициаром может быть предъявлен иск в пределах общего срока исковой давности.

См.: п. 7 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии.

5. Как уже отмечалось, в отличие от иных способов обеспечения исполнения обязательства предусмотренное банковской гарантией обязательство не относится к акцессорным. Оно не связано с обеспечиваемым основным обязательством, не зависит от него, даже если в гарантии будет содержаться ссылка на это обязательство (ст. 370 ГК).

Независимость обязательства гаранта перед бенефициаром от основного обязательства проявляется в том, что основаниями к отказу в удовлетворении требования бенефициара могут служить исключительно обстоятельства, связанные с несоблюдением условий самой гарантии, не имеющие прямого отношения к основному обязательству. Таких оснований два: несоответствие требования бенефициара либо приложенных к нему документов условиям гарантии (к примеру, предъявление требования об уплате суммы в большем размере, чем указано в банковской гарантии) либо предъявление его по окончании определенного в гарантии срока (п. 1 ст. 376 ГК).

На независимость банковской гарантии не влияет и то обстоятельство, что при направлении требования по гарантии бенефициар согласно п. 1 ст. 374 ГК должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства. Подобное сообщение носит формальный характер. Неполнота и неточность такой информации на обязательство гаранта произвести платеж не влияют. Это прямо следует из правила п. 2 ст. 376 ГК относительно обстоятельств, относящихся к основному обязательству и свидетельствующих о его полном или частичном исполнении, либо прекращении по иным основаниям, либо о признании его недействительным.

Указанные обстоятельства не могут служить основанием к освобождению гаранта от исполнения обязательства, вытекающего из банковской гарантии. В подобных случаях гарант обязан немедленно сообщить об этих обстоятельствах бенефициару и принципалу. Однако при получении, несмотря на такое сообщение, повторного требования бенефициара гарант обязан его удовлетворить (п. 2 ст. 376 ГК).

В литературе введение подобного правила объясняется тем, что исполнение основного обязательства может оказаться ненадлежащим, а его прекращение или недействительность - только предполагаемыми, и по этим вопросам возможны длительные споры, в том числе судебные. Такие обстоятельства не должны ослаблять юридическую надежность гарантии как способа обеспечения.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) (постатейный) под ред. О.Н. Садикова включен в информационный банк согласно публикации - Юридическая фирма КОНТРАКТ, Издательский Дом ИНФРА-М, 1997.

См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. О.Н. Садикова. М., 2002. С. 735.

Представляют интерес случаи, когда бенефициар, уже получивший надлежащее исполнение от должника, проявляет недобросовестность и, руководствуясь п. 2 ст. 376 ГК, требует удовлетворения еще и от гаранта. В настоящее время позиция Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ относительно правомерности подобного требования определяется следующим суждением. Юридическая надежность банковской гарантии не будет поколеблена, если суд при наличии доказательств прекращения основного обязательства в связи с его надлежащим исполнением откажет в удовлетворении требования бенефициара, расценив его действия как злоупотребление правом. См. п. 4 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии. Такая позиция Президиума представляется нам вполне адекватно отражающей положения действующего гражданского законодательства о пределах осуществления гражданских прав.

Обычно должник обязан компенсировать затраты гаранта. Если бенефициар проявил недобросовестность и получил удовлетворение дважды (по основному обязательству и в качестве платежа по гарантии), должником к нему может быть предъявлено требование о возвращении неосновательно полученного, об уплате процентов по денежному обязательству и возмещению причиненных убытков в части, не покрытой процентами.

См.: п. 50 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8.

6. Требования бенефициара к гаранту необходимо четко дифференцировать на требования об исполнении гарантом обязательства уплатить денежную сумму, на которую выдана банковская гарантия, и требования о применении к гаранту установленной ответственности. Удовлетворяя требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии, гарант не несет ответственности. Он просто надлежащим образом исполняет условия собственного обязательства. Предельная сумма, которая может быть выплачена по этому обязательству, равна сумме, на которую выдана гарантия (п. 1 ст. 377 ГК).

В случае невыполнения или ненадлежащего выполнения гарантом требования по уплате гарантированной суммы он, на общих основаниях, может быть привлечен к ответственности уже за собственное правонарушение. Размер его ответственности не ограничивается суммой, на которую выдана гарантия, если в гарантии не предусмотрено иное (п. 2 ст. 377 ГК). Поскольку обязательство гаранта по банковской гарантии является денежным, следовательно, при отсутствии в гарантии иных условий бенефициар вправе требовать от гаранта, необоснованно уклонившегося или отказавшегося от выплаты суммы по гарантии либо просрочившего ее уплату, выплаты процентов в соответствии со ст. 395 ГК <\*> и возмещения убытков в части, не покрытой процентами.

См.: п. 19 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14.

7. При удовлетворении требований бенефициара гарант в порядке регресса вправе потребовать от принципала возмещения сумм, уплаченных по гарантии. Это право гаранта является безусловным. Объем же регрессного требования гаранта к принципалу, учитывая возмездный характер банковской гарантии, зависит от условий соглашения между гарантом и принципалом (п. 1 ст. 379 ГК) <\*>. В таком соглашении сумма регресса может быть ограничена определенным размером. К примеру, она может соответствовать разнице между суммой, выплаченной гарантом бенефициару по гарантии, и суммой вознаграждения гаранту (или его частью). Стороны вправе договориться о включении в сумму регресса как уплаченных по гарантии сумм, так и сумм, уплаченных гарантом за нарушение обязательства гаранта перед бенефициаром. По умолчанию об ином, сумма регресса не должна превышать сумму, выплаченную гарантом бенефициару. На это косвенно указывает п. 2 ст. 379 ГК. Это положение закона корреспондирует правилу о самостоятельной ответственности гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение гарантом обязательства по банковской гарантии.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - М.: Издательство "Статут", 2001 (издание 3-е, стереотипное).

Существует, однако, и другой взгляд относительно права гаранта на предъявление регрессного требования. Сторонники этой точки зрения утверждают, что от условий соглашения между гарантом и принципалом зависит не только объем регрессного требования, но и сама возможность предъявления такого требования. Эта позиция была изложена, в частности, О.Н. Садиковым в первом издании Комментария к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (М., 1997). Убедительным представляется иной взгляд, согласно которому такое толкование п. 1 ст. 379 ГК не соответствует его содержанию. Отказ гаранту в праве на регрессное требование к принципалу при отсутствии соглашения о регрессе являлся бы признанием законности неосновательного обогащения на стороне принципала. Подробнее об этом см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 481, 482.

8. Прекращение обязательства гаранта перед бенефициаром помимо общих наступает по особым основаниям прекращения обязательств, указанным в ст. 378 ГК. Их перечень ограничен. Это - действия гаранта по уплате суммы, на которую выдана гарантия, или действия бенефициара по отказу от своих прав, либо истечение срока гарантии.

§ 7. Задаток

1. 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 (ст. 380 ГК).

Обязанность внести задаток может быть предусмотрена как соглашением сторон, так и законом. Так, в силу предписания закона обязаны вносить задаток участники публичных торгов (п. 4 и п. 5 ст. 448 ГК).

Этим способом могут обеспечиваться обязательства с участием любых субъектов гражданского права: граждан, юридических лиц. ГК устранены существующие в прежнем гражданском законодательстве ограничения обязательств, обеспеченных задатком, в зависимости от их субъективного состава.

Согласно п. 2 ст. 186 ГК РСФСР 1964 г. задатком обеспечивались отношения между гражданами или с их участием.

Задаток отличается от всех других способов обеспечения исполнения обязательства тем, что может обеспечивать исполнение обязательств, возникших только из договоров. Следовательно, он не может быть использован для обеспечения обязательств, возникших вследствие причинения вреда, неосновательного обогащения и некоторых других. Кроме того, задатком может быть обеспечено исполнение только денежного обязательства. Этот вывод следует из положения п. 1 ст. 380 ГК о том, что задаток выдается одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей.

В последние годы задаток в основном активно применялся при проведении различных конкурсов и аукционов, в том числе в порядке, предусмотренном законодательством о приватизации; при заключении договоров купли-продажи жилых и нежилых помещений, аренды нежилых помещений, найме жилых помещений, подряде. Впрочем, несмотря на то, что нормы о задатке включались во все кодифицированные акты, в том числе и советского периода развития гражданского законодательства, в других обязательствах указанный способ обеспечения не пользуется популярностью.

2. Предметом задатка может быть только денежная сумма. ГК не содержит ни минимальных, ни максимальных ограничений размера суммы задатка. Он определяется соглашением сторон и, как правило, составляет не всю, а лишь часть суммы, причитающейся со стороны, выдающей задаток. Вместе с тем такие ограничения в ряде случаев могут содержаться в специальном законодательстве. Так, согласно п. 6 ст. 18 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. N 178-ФЗ "О приватизации государственного и муниципального имущества" <\*> задаток для участия в аукционе устанавливается в размере 20% начальной цены, указанной в информационном сообщении о приватизации государственного или муниципального имущества, но не более чем 4,5 млн. установленных федеральным законом минимальных размеров оплаты труда.

СЗ РФ. 2002. N 4. Ст. 251.

Соглашение о задатке независимо от суммы задатка и от формы основного договора должно быть заключено в письменной форме (п. 2 ст. 380 ГК). Однако в отличие от залога и поручительства (ст. 362, п. 4 ст. 339 ГК) невыполнение этого требования не влечет недействительности соглашения о задатке. Устное соглашение о задатке лишь усложняет положение сторон в случае возникновения между ними спора. Участники соглашения лишаются права ссылаться на свидетельские показания, но могут привлечь письменные и иные доказательства (п. 1 ст. 162 ГК).

3. Задаток выполняет три функции: удостоверительную (доказательственную), обеспечительную и платежную.

Удостоверительная (доказательственная) функция задатка означает следующее. Согласно п. 1 ст. 380 ГК задаток, являясь способом обеспечения исполнения обязательства, одновременно выдается в "доказательство заключения договора". Следовательно, им подтверждается, удостоверяется факт заключения того договора, в счет платежей по которому задаток предоставляется. Это означает, что если выдача и получение задатка не оспариваются сторонами, либо, хотя и оспариваются, но подтверждены соответствующими доказательствами, основной (обеспечиваемый) договор между этими сторонами должен считаться заключенным.

Обеспечительная функция задатка сводится к тому, что давшая его сторона в случае неисполнения ею договора теряет его. Если же не исполняет договор сторона, получившая задаток, она обязана уплатить другой стороне двойную сумму задатка, т.е. возвратить полученную сумму задатка и уплатить дополнительно сумму, равную задатку.

Названное правило применяется лишь в случае неисполнения обязательства в целом и не распространяется на случаи ненадлежащего исполнения, т.е. при нарушении отдельных условий договора, когда в целом данное обязательство сохраняет силу <\*>. Кроме того, указанные последствия допустимы лишь в отношении стороны, которая совершила правонарушение и ответственна за неисполнение договора (п. 2 ст. 381 ГК). Иными словами, потеря задатка одной стороной (внесшей задаток) либо уплата его другой стороной в двойном размере возможны лишь при наличии оснований для ответственности соответствующей стороны. Названные обстоятельства позволяют, по мнению ряда ученых, считать задаток одной из мер ответственности за нарушение обязательства.

Вместе с тем в литературе высказан и иной взгляд на данную проблему. Так, по мнению А.В. Латынцева, правило об оставлении задатка либо возврате его в двойном размере распространяется и на случаи ненадлежащего исполнения договорных обязательств в ситуациях, когда обеспеченная сторона воспользовалась правом отказаться от договора. См.: Латынцев А.В. Указ. соч. С. 216.

Консультант Плюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - М.: Издательство "Статут", 2001 (издание 3-е, стереотипное).

См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 98 - 99; Латынцев А.В. Указ. соч. С. 215. В то же время другие ученые полагают, что нет никаких оснований для выделения задатка в качестве самостоятельной меры ответственности (Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 513). В настоящее время господствующей является первая точка зрения.

Иная судьба денежной суммы, внесенной в качестве задатка, при прекращении обязательства до начала его исполнения по соглашению сторон либо вследствие невозможности исполнения (в силу действия обстоятельств непреодолимой силы или других обстоятельств, возникших не по вине сторон). В подобной ситуации задаток возвращается в размере полученной суммы, т.е. в одинарном размере (п. 1 ст. 381 ГК). Так, должен быть возвращен в одинарном размере задаток, полученный продавцом дачи, если дача до передачи ее покупателю была разрушена или повреждена наводнением.

Платежная функция задатка проявляется в том, что он выдается в счет платежей по договору за выполненные работы, оказанные услуги и т.д. Задаток выдается стороной, с которой причитаются платежи по договору, - заказчиком, нанимателем, покупателем и т.д. Он уплачивается кредитору вперед, т.е. вносится до передачи товара, выполнения работ, оказания услуг. Следовательно, при последующем исполнении договора и расчете между сторонами лицо, выдавшее задаток, вправе удержать его сумму из причитающихся с него платежей за переданные товары (выполненные работы, оказанные услуги). Эта черта задатка выражена в названии и роднит его с авансом.

Аванс, подобно задатку, засчитывается в счет будущих платежей (платежная функция). Более того, аванс также служит доказательством, удостоверяющим факт заключения договора (доказательственная функция). Однако в отличие от задатка аванс не выполняет обеспечительной функции. Поэтому независимо от того, какая из сторон ответственна за неисполнение обязательства, сторона, выдавшая аванс, вправе требовать его возвращения во всех случаях неисполнения договора. Сторона, получившая аванс, не может быть обязана к его возвращению в большем размере.

Как известно, согласно п. 3 ст. 434, ст. 438 ГК при заключении договора в письменной форме акцептом считается в том числе и совершение действий по уплате соответствующей суммы.

4. В случае спора относительно того, является ли переданная сумма задатком или авансом, следует руководствоваться п. 3 ст. 380 ГК, в котором закрепляется презумпция в пользу аванса. В частности, при несоблюдении правила о письменной форме соглашения о задатке сумма признается авансом, если не будет доказано иное.

Наконец, следует отметить, что задаток, по общему правилу, не выполняет роли отступного. Потеря задатка одной стороной (внесшей задаток) либо уплата его другой стороной в двойном размере не влечет прекращения обязательства и не освобождает соответствующую сторону от возмещения убытков. Напротив, одновременно с потерей отданного задатка или возвращением в двойном размере полученного сохраняется обязанность стороны, ответственной за неисполнение договора, возместить другой стороне убытки, понесенные вследствие неисполнения договора. По общему правилу, задаток носит зачетный характер. Убытки возмещаются в части, не покрытой задатком, превышающей сумму задатка (п. 2 ст. 381 ГК). Правило это диспозитивное. Иное может быть предусмотрено договором. Так, стороны вправе предусмотреть в договоре условие, исключающее возможность возмещения указанных убытков. В подобном случае говорят о задатке, играющем роль отступного.

Консультант плюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - М.: Издательство "Статут", 2001 (издание 3-е, стереотипное).

Полагаем, что допустимо присоединиться к суждению, высказанному по этому поводу в литературе. В частности, по мнению В.В. Витрянского, в настоящее время нет препятствий для использования задатка в качестве отступного. Для этого требуется, считает автор, чтобы стороны своим соглашением, в том числе и в тексте договора, обеспечиваемого задатком, установили, что их обязательство может быть прекращено предоставлением взамен его исполнения отступного и что отступным будет являться денежная сумма, внесенная в качестве задатка (если правом отступиться воспользуется сторона, внесшая задаток), либо передача контрагенту денежной суммы, составляющей двойной размер задатка (если отступает от договора сторона, получившая задаток). В этом случае контрагент стороны, воспользовавшейся правом отступиться от договора, будет не вправе требовать возмещения убытков по причине прекращения обеспеченного задатком обязательства передачей отступного. На наш взгляд, эти выводы не противоречат ст. 409 ГК (Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 485).

ЛИТЕРАТУРА

1. Басин Е.В., Гонгало Б.М., Крашенинников П.Ф. Залоговые отношения в России. М., 1994.
2. Белов В.А. Поручительство. Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики. М., 1998.
3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997.
4. Брагинский М.И. Все о залоге. М., 1994.
5. Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. Раздел 2, гл. 3.
6. Латынцев А.В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. М., 2002.
7. Новицкий И.Б., Лунц А.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. Гл. 5.
8. Сарбаш С.В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательства. М., 1998.
9. Сулейменов М.К., Осипов Е.Б. Залоговое право. Алматы, 1997.