

На правах рукописи



Торкин Дмитрий Александрович

**НЕПОИМЕНОВАННЫЕ
СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ**

**Специальность 12.00.03. - гражданское право; предпринимательское
право; семейное право; международное частное право**

АВТОРЕФЕРАТ
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Тюмень - 2005

Диссертация выполнена на кафедре гражданского права и процесса Тюменского государственного института мировой экономики управления и права.

Научный руководитель:

доктор юридических наук, профессор Комиссарова Елена Генриховна

Официальные оппоненты:

доктор юридических наук, профессор Семякин Михаил Николаевич
кандидат юридических наук, доцент Данилова Наталья Владимировна

Ведущая организация:

Казанский государственный университет

Защита состоится 1 ноября 2005 года в 13 часов на заседании диссертационного совета Д 212.282.01 при Уральской государственной юридической академии (620066, г. Екатеринбург, ул. Комсомольская, д. 21. Зал заседаний Совета).

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Уральской государственной юридической академии.

Автореферат разослан «24» сентября 2005 года.

Ученый секретарь диссертационного совета
доктор юридических наук, профессор



В.И. Лушин

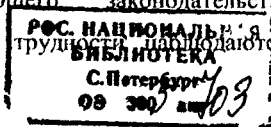
2006-4
18140

2188979

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. Для функционирования непоименованных способов обеспечения обязательств имеются нормативные предпосылки (п. 1 ст. 329 ГК РФ) и соответствующая потребность в гражданском обороте, но отсутствует научная основа, без которой участники гражданского оборота и правоприменитель не могут определиться с допустимым содержанием непоименованных способов обеспечения обязательств. Не способствует развитию непоименованных способов обеспечения обязательств современное учение об обеспечении обязательств. Сформированное в дореволюционное и советское время, оно, как и всякая внутренне непротиворечивая теория, ослабевает по мере изменения отношений, которые лежали в его основе. Для современного гражданского оборота первостепенное значение имеет не само обязательство, которое принято называть «основным», а конечный имущественный результат, достигаемый исполнением обязательства. Соответственно, обеспечивая исполнение обязательства, участники оборота, в первую очередь имеют в виду обеспечение конечного имущественного результата, а не относительного правоотношения, его опосредующего. Этот вывод следует из аксиомы о фундаментальной ценности отношений собственности, на которой покоится рыночная экономика. Далеко не всегда исследователи обращают внимание на это обстоятельство и, как следствие, остаются непонятыми многие способы обеспечения обязательств, зарождающиеся в современном гражданском обороте России.

Существующие в современной теории положения об обеспечении обязательств носят консервативный характер, не в полной мере соответствующие требованиям современного гражданского оборота и диспозитивному подходу в регулировании данной сферы. Основная сложность заключается в том, что ученым пока не удается найти необходимый баланс между стройностью системы знаний об обеспечении обязательств, требованиями действующего законодательства и потребностями экономики. Определенные трудности возникают и в



вопросе систематизации институтов, входящих в сферу обеспечения обязательств и их соотношении с пограничными гражданско-правовыми категориями (мерами оперативного воздействия, мерами защиты, мерами гражданско-правовой ответственности). В литературе, за редким исключением, проявляется пассивность в определении границ понятия обеспечения обязательств. Такое положение привело к возникновению двух противоположных тенденции: с одной стороны перечень способов обеспечения обязательств на уровне оборота и научных публикаций постоянно расширяется. С другой стороны, правоприменитель в подавляющем большинстве случаев остается консервативным и склонен критически относиться к непоименованным обеспечениям. Критическую позицию отстаивают и некоторые ученые (Б.М. Гонгало). Наблюдаемая борьба науки за «чистоту теории», обусловлена явным превышением потребностей современного гражданского оборота над тем, что в настоящее время может предложить классическое учение об обеспечении обязательств. Данное обстоятельство лишь раз свидетельствует об актуальности избранной темы исследования.

В настоящее время использование непоименованных способов обеспечения обязательств существенно затруднено, что в целом ставит под вопрос реализацию диспозитивного правила ст. 329 ГК РФ, допускающего использование способов обеспечения обязательств, не предусмотренных гл. 23 ГК РФ. Между тем, диспозитивное право должно всегда давать именно тот эффект, на который рассчитывал законодатель, в противном случае «неработающий» закон стремительно обесценивается в правосознании участников гражданского оборота. С учетом этого довода, можно предположить, что неприятие в науке серьезных попыток в изучении «новых способов обеспечения обязательств» приведет к тому, что они так и останутся неконтролируемым порождением стихии рыночной экономики, а в сознании субъектов гражданского оборота укрепится мнение, что «новые способы» - это нормотворческий миф.

Степень научной разработанности проблемы. В советский период предметное исследование института обеспечения обязательств осуществлялось В.А. Ойгензихтом, В.С. Константиновой, И.Г. Панайотовым, С.Я. Сорокиной¹. После принятия части первой ГК РФ исследование института обеспечения обязательств, а также оценка некоторых непоименованных способов обеспечения обязательств, произведены в докторской диссертации Б.М. Гонгалю². Отдельные аспекты непоименованных способов обеспечения обязательств затрагивались в научных исследованиях К.И. Карабановой, А.В. Латынцева, Н.Ю. Рассказовой, О.М. Свириденко, К.В. Цыбко³.

Цель и задачи исследования. Цель работы состоит в научном обосновании допустимости использования в гражданском обороте непоименованных способов обеспечения обязательств, выявлении существующих непоименованных способов обеспечения обязательств с соответствующей их теоретической квалификацией и раскрытием правового содержания. Достижение поставленной цели предполагает разрешение следующих задач:

- изучение истории развития учения об обеспечении обязательств;
- исследование природы института обеспечения обязательств;
- отграничение непоименованных способов обеспечения обязательств от пограничных гражданско-правовых институтов;

¹ Ойгензиг В.А. Обеспечение исполнения обязательств: традиции и перспективы // Проблемы обязательственного права. Свердловск, 1989; Константинова В.С. Гражданско-правовое обеспечение исполнения хозяйственных обязательств. Автореф. дис. д-ра юрид. наук. Свердловск, 1989; Панайотов И.Г. Обеспечение обязательств (неустойка, залог, задаток, поручительство). Лекция для студентов ВЮЗИ. М., 1958; Сорокина С.Я. Способы обеспечения исполнения договорных обязательств между социалистическими организациями. Красноярск, 1989.

² Гонгалю Б.М. Гражданско-правовое обеспечение обязательств. Автореф. дис. д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1998.

³ Карабанова К.И. Залог в Российской Федерации. Некоторые проблемы регулирования. Автореф. дис. канд. юрид. наук. Волгоград, 1998; Латынцев А.В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. М., 2002; Рассказова Н.Ю. Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // Правоведение. 2004. № 4; Свириденко О.М. Материально-правовые и процессуальные проблемы при обеспечении кредитных обязательств договорами залога, поручительства и банковской гарантии. Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 1997; Цыбко К.В. Залоговые операции коммерческих банков. Автореф. дис. канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002.

- исследование отдельных непоименованных способов обеспечения обязательств

Методологическая и теоретическая основа исследования. В процессе подготовки диссертационного исследования использовались общенаучные и частнонаучные методы познания: диалектический, исторический, системный, формально-юридический, сравнительно-правовой.

Теоретическую основу исследования составляют научные труды таких ученых как М.М. Агарков, С.С. Алексеев, К.И. Ашпенков, В.А. Белов, Л.А. Бирюкова, М.И. Брагинский, С.Н. Братусь, А.В. Венедиктов, В.В. Витрянский, Б.М. Гонгало, К.А. Граев, В.П. Грибанов, В.С. Ем, О.С. Иоффе, Т.И. Илларионова, В.Л. Исаченко, А.Ю. Кабалкин, К. Кавелин, Л.А. Кассо, В.С. Константинова, О.А. Красавчиков, М.И. Кулагин, Л.А. Лунц, А.Л. Маковский, А.А. Маковская, Д.И. Мейер, Н.С. Малеин, И.Б. Новицкий, Л.А. Новослова, В.А. Ойгензихт, И.Г. Панайотов, С.В. Пахман, К.П. Победоносцев, И.А. Покровский, Б.И. Пугинский, А.А. Рубанов, О.Н. Садиков, С.В. Сарбаш, В.И. Синайский, К.И. Скловский, С.Я. Сорокина, Е.А. Суханов, Е.А. Флейшиц, Р.О. Халфина, В.М. Хвостов, Г.Ф. Шершеневич, О.Ю. Шилохвост, В.Ф. Яковлев и др. Использовались, также, научные произведения зарубежных исследователей: Ф.К. Савиньи, Л. Энциклеруса, Чжу Наньпина, Саказ Вагацумы, Тору Ариидзуми.

Структура работы обусловлена его целью и состоит из введения, двух глав, включающих в себя десять параграфов, заключения и списка литературы.

Объект и предмет исследования. Объектом исследования являются непоименованные способы обеспечения обязательств. Предметом исследования служит отечественное законодательство, правоприменительная практика, достижения науки в сфере гражданского права.

Научная новизна исследования заключается в следующих теоретических положениях и выводах, которые выносятся на защиту.

1. Экономический смысл обеспечения обязательства состоит в предоставлении кредитору имущественной гарантии на случай нарушения

обязательства. Юридически предоставленные имущественной гарантии осуществляется путем наделения кредитора субъективным правом на получение определенного имущества должника или третьего лица, при нарушении обеспечиваемого обязательства.

2. Диссертантом обосновано положение о том, что институт обеспечения обязательств отличается многообразием внутреннего содержания, развиваясь по пути использования таких гражданско-правовых институтов как обязательство, меры оперативного воздействия, меры гражданско-правовой ответственности. Каждое из названных средств призвано создать юридический механизм перехода обеспечительного имущества к кредитору при нарушении обеспечиваемого обязательства.

3. Любой способ обеспечения обязательств переживает стадию покоя (статичности), находясь в состоянии «ожидания» возможного нарушения обязательства, и стадию реализации (динамики), когда обеспечительный юридический механизм реагирует на нарушение обязательства и влечет переход к кредитору имущества, составляющего обеспечение. В силу этой особенности аргументировано положение о том, что реализация (динамика) способов обеспечения обязательств может опосредоваться мерами защиты гражданских прав, однако способы защиты всегда находятся за пределами внутреннего содержания способов обеспечения обязательств.

4. Сформулировано положение о том, что к способам обеспечения обязательств могут быть отнесены лишь те меры оперативного воздействия, которые не просто стимулируют должника, но предусматривают имущественные последствия, используемые кредитором в качестве меры реагирования на нарушение основного обязательства. Меры оперативного воздействия сугубо стимулирующего характера не могут опосредовать переход имущества к кредитору при нарушении обязательства, соответственно, не создают имущественной гарантии и не «перерастают» в способ обеспечения обязательств.

5. Потребность в обеспечении обязательства рассматривается не только с точки зрения потенциальной возможности нарушения обязательства должником, но и уязвимости (недействительности) юридического факта, на основании которого существует обеспечиваемое обязательство. В этой

связи, диссертант утверждает, что с позиции динамики имущественных отношений, чтобы довершить обязательство до состояния статики, обеспечивать нужно не только исполнение самого обязательства, но и юридический факт, лежащий в основании обязательства.

6. Диссертант приходит к заключению, что стимулирующая функция обеспечения обязательств в условиях рыночной экономики редуцирует и утрачивает прежнюю значимость, которую она имела в условиях плановой экономики, где господствовал принцип реального исполнения обязательств. По этой причине, при совершенствовании существующих способов обеспечения обязательств и изобретении новых, следует ориентироваться на приоритет компенсационной функции обеспечения обязательств.

7. В диссертационном исследовании впервые сформулировано понятие непоименованного способа обеспечения обязательств как способа обеспечения обязательств, который не упоминается в той части законодательства, которая предметно и функционально обособлена с целью регулирования обеспечительной сферы, а именно – главе 23 ГК РФ. Приведена классификация непоименованных способов обеспечения обязательств, которая позволяет понять, каким-образом происходит продуцирование новых способов обязательств в отечественном гражданском обороте. В этой связи непоименованные способы обеспечения обязательств подразделены на те, которые предусмотрены действующим законодательством и те, которые законом не предусмотрены. Каждый из способов первой группы первоначально складывался в качестве самостоятельного гражданско-правового института, отличного от обеспечения обязательств, но впоследствии приспособивался для этих целей. Вторую группу составляют конструкции, не предусмотренные действующим законодательством и в чистом виде выработаны практикой или наукой.

8. Диссертант пришел к выводу, что развитие непоименованных способов обеспечения обязательств является частным случаем реализации принципов диспозитивности и свободы договора. Поскольку юридическую сущность обеспечения обязательства составляют субъективные права, то допустимые границы внутреннего содержания непоименованных способов

обеспечения обязательств совпадают с пределами осуществления гражданских прав.

9. Диссертантом обосновывается допустимость использования в гражданском обороте таких непоименованных способов обеспечения обязательств как фидуциарный залог, товарная неустойка, возвратный задаток, денежное удержание, безотзывный аккредитив, сделки, совершаемые под условием (цессия, факторинг, отступное). Отсутствуя в законодательном перечне эти способы относимы к обеспечительным в силу своей самостоятельной способности предоставить кредитору имущественный эквивалент на случай нарушения обеспечиваемого обязательства.

10. Обосновывается возможность существования составных способов обеспечения обязательств, как юридических механизмов, объединяющей в себе для обеспечительной цели несколько других гражданско-правовых конструкций. В их числе такие способы обеспечения обязательств, как депонирование денежных средств, в сочетании с правом на их безакцептное списание, договор хранения, заключаемый с целью предоставления кредитору возможности использовать право удержания вещи переданной на хранение.

11. Диссертантом сформулированы предложения в адрес законодателя по внесению изменений в ст. 329, §7 гл. 23 ГК РФ, ст. 115 БК РФ, направленные на устранение теоретически неоправданных препятствий на пути развития непоименованных способов обеспечения обязательств.

Реализация и апробация результатов исследования. Диссертация подготовлена на кафедре гражданского права и процесса Государственного образовательного учреждения «Тюменский государственный институт мировой экономики управления и права», где проведено ее рецензирование и обсуждение. Основные положения исследования отражены в опубликованных статьях и тезисах доклада межрегиональной конференции молодых ученых «Проблемы современной цивилистической науки» (ТГИМЭУП, 2004 г.), сборнике научных трудов «Интеллект-2005» (ТГИМЭУП, февраль – 2005 г.).

Практическая значимость результатов исследования заключается в том, что выводы и предложения, сделанные в работе, могут быть использованы в процессе правотворчества, правоприменительной деятельности, юридической практике субъектов гражданского оборота, а также при подготовке других научных исследований

СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во введении обосновывается выбор темы диссертации, ее актуальность, определяются цели и задачи исследования, отмечаются научная новизна и практическая значимость работы

Глава первая «Непоименованные способы обеспечения обязательств в учении об обеспечении обязательств» состоит из трех параграфов.

Параграф первый «Эволюция теории обеспечения обязательств» отражает историю и перспективы развития современного учения об обеспечении обязательств. В настоящее время господствует положение о том, что обеспечение обязательства – это установленные законом или договором обеспечительные меры имущественного характера, существующие в виде акцессорных обязательств, стимулирующих должника к исполнению обязательства и (или) иным образом гарантирующие защиту имущественного интереса кредитора в случае неисправности должника (Б.М Гонгалло). Приведенное понятие с течением времени становится все более тесным для современного гражданского оборота, поскольку не в полной мере отвечает диспозитивному началу в регулировании сферы обеспечения обязательств (ст 329 ГК РФ). Искусственное стеснение оборота производится за счет навязывания обязательственной природы всякому способу обеспечения обязательства, а также утверждения, что обеспечение в любом случае должно иметь акцессорный характер. Кроме того, недостаточно точно акцентируется функциональная составляющая института обеспечения обязательства.

На функциональном уровне способы обеспечения обязательств отличаются от других обеспечительных мер «утяжеленной» идеей

предоставления имущественных гарантий кредитор. В результате этого утяжеления способы обеспечения обязательств переросли в самостоятельный институт. В отличие от общих мер обеспечительного характера, способы обеспечения обязательств опосредуют перемещение имущества от должника к кредитор, т.е. делают то, что не смогло выполнить обеспечиваемое (основное) обязательство. Образно выражаясь можно сказать, что способы обеспечения обязательств формируют аварийную систему обязательственного права, которая оперативно компенсирует сбои в динамике гражданского оборота. Прочие обеспечительные меры не входят в эту аварийную систему, поскольку они либо исчерпываются на уровне «посильного» содействия исполнению обязательства, либо, наоборот, относятся к той стадии, когда речь идет лишь о восстановлении нарушенных гражданских прав.

По мнению диссертанта, обеспечение обязательств может быть весьма многообразным по внутреннему содержанию, включая в себе потенциал практического использования и даже некоторого комбинирования таких гражданско-правовых инструментов как обязательство, меры оперативного воздействия, меры гражданско-правовой ответственности.

Чтобы пояснить причины, по которым обеспечение обязательств рассматривается как многообразное явление следует обратиться к фазам развития любого из способов обеспечения обязательств. Условно можно выделить две стадии: первая - когда способ обеспечения находится в состоянии покоя (статика), ожидая возможного нарушения обязательства; вторая – стадия реализации (динамика) обеспечительного механизма, которая влечет наступление имущественных последствий, восполняющих нарушенное право кредитора. На первой стадии способу обеспечению обязательства, как юридическому воплощению имущественной гарантии, необходим какой-либо гражданско-правовой инструмент, способный опосредовать переход имущества, куда и попадают обязательства, меры ответственности и меры оперативного воздействия. На второй стадии способ обеспечения обязательства, как правило, подразумевает реакцию на

нарушение обязательства, а реакция на нарушение обязательства является уже прерогативой способов защиты гражданских прав. С учетом этого довода следует признать, что реализация многих способов обеспечения обязательств тесно связана с использованием мер защиты гражданских прав, хотя, важно подчеркнуть и то, что использование способа обеспечения обязательств не всегда должно завершаться мерами защиты, которые, к тому же, в любом случае находятся за пределами внутреннего содержания способов обеспечения обязательств (статички), обеспечивая лишь их реализацию (динамику). В этом состоит одно из проявлений многообразности или, если быть более точным, многоукладности правоотношений, возникающих при реализации отдельных способов обеспечения обязательств.

Многообразие внутреннего содержания способов обеспечения обязательств имеет свою идейную предпосылку, которая заключается в том, что действия, реализуемые в рамках отношений по обеспечению обязательств – это действия производного (вторичного) порядка, направленные на обслуживание регулятивных правоотношений. Обеспечение обязательств не есть тот институт, на котором покоится весь гражданский оборот, скорее, это инструмент, помогающий сделать его более совершенным и устойчивым. По указанной причине нет необходимости ставить обеспечение обязательств в один смысловой ряд с такими фундаментальными категориями как гражданское правоотношение, гражданско-правовая ответственность или защита гражданских прав. Институт обеспечения обязательств находится в своем, искусственном логическом поле, которое пронизано идеей реального гарантирования имущественных интересов кредитора и не столь ортодоксально в выборе гражданско-правовых средств для реализации этой идеи.

Производность (вторичность) структуры способов обеспечения обязательств является ключом к пониманию многообразия их содержания, а вместе с этим и причин, по которым в настоящее время происходит активное приспособление различных гражданско-правовых институтов для цели

обеспечения обязательств. Этот процесс является вполне закономерным. Любой способ обеспечения обязательств, в том числе поименованный, есть результат адаптации первичных (конституирующих) институтов. Например, «рабочим материалом» для конструирования залога или поручительства является обязательство, неустойки и задатка – обязательство и ответственность, удержания – меры оперативного воздействия. По своему содержанию обеспечение обязательств может выражаться даже в составных конструкциях (например, заключении договора хранения с целью предоставления права удержания). Воплощение перечисленных договорных и внедоговорных конструкций в способах обеспечения обязательств обуславливает производную (вторичную) природу обеспечения и предопределяет их многообразное содержание.

Возвращаясь к современному понятию обеспечения обязательства, отметим, что более тщательному осмыслению необходимо подвергнуть как раз те его признаки, которые в науке последних десятилетий признавались практически неоспоримыми. Можно выделить два таких признака. Первый – что обеспечение обязательств существует в виде других обязательств, второй – что они носят акцессорный характер. Представляется, что оба признака не составляют безусловного правила. Например, в ст. 329 ГК РФ нет категоричных указаний на обязательственную природу способов обеспечения обязательств. Закон просто перечисляет отдельные способы обеспечения обязательств и добавляет, что обеспечение можно осуществить другими *способами* (курсив – Д.Т.), предусмотренными законом или договором. Соответственно вывод о том, что законодательство подразумевает исключительно обязательственный характер обеспечения обязательств (Б.М. Гонгало), как минимум, не находит нормативного подтверждения.

Отдавать безусловный приоритет обязательствам в использовании их в качестве способов обеспечения вряд ли можно признать обоснованным и по другим причинам. Так, необходимость обеспечения в обязательственном праве обосновывается слабостью исходного обязательства как

правоотношения. Но, обеспечительное обязательство – это такое же уязвимое относительное правоотношение, подлежащее исполнению которого зависит от действий обязанного лица. В идеале его также необходимо обеспечивать. Получается, что к одному «слабому» правоотношению добавляется еще одно «слабое» правоотношение (обеспечительное). В итоге, утверждение о надежности гарантий, предоставляемых обязательственными способами становится в определенной доле условным. Нельзя исключить, что по настоящему эффективные способы обеспечения должны найти свое выражение в более надежных институтах, нежели обязательство. Выработка этих институтов – задача, которую современной цивилистике еще предстоит решить. В настоящее время альтернатива «обязательственным» способам обеспечения видится лишь в некоторых мерах оперативного воздействия и отдельных мерах гражданско-правовой ответственности.

Спорный вопрос об отнесении мер оперативного воздействия к способам обеспечения обязательств, на взгляд диссертанта, имеет «золотую середину». Основная масса мер оперативного воздействия, не подразумевая наступление имущественных последствий, в большей степени направлена лишь на предупреждение нарушения обязательства, и не попадает в орбиту способов обеспечения обязательств. Вместе с тем, отдельным мерам оперативного воздействия присуща компенсационная функция (Б И Пугинский), в связи с чем, на их основе оказывается возможным добиваться восстановления нарушенных прав. Именно такие меры, которые не просто стимулируют должника, но предусматривают имущественные последствия на случай нарушения основного обязательства, можно отнести к способам обеспечения обязательств.

Признак акцессорности обеспечительного обязательства, традиционно присутствующий в научных определениях, подчеркивает невозможность его существования без основного обязательства. Тем не менее, акцессорность – это скорее побочный признак способов обеспечения обязательств и обеспечительной функции обязательств он касается лишь в небольшой степени, а потому понятия «акцессорное» и «обеспечительное»

обязательство нельзя считать тождественным. В определенных случаях, дополнительный характер может носить, например, договор хранения, «обслуживающий» исполнение обязательств из договоров поставки (ст. 514 ГК РФ), перевозки, комиссии (ст. 1001 ГК РФ), но не преследующий цели их обеспечения.

Акцессорность нельзя назвать особым достоинством обеспечительных обязательств. Субсидиарное обеспечение начинает в полной мере действовать только после нарушения основного обязательства, что не отвечает интересам кредитора, при этом акцессорное обеспечительное соглашение совершенно не убергает от нарушения основного обязательства. К тому же, обеспечительное обязательство не способно защитить интересы кредитора в случае признания недействительным основного договора. И хотя обеспечение недействительных сделок кажется некорректным и отрицается в науке (Л.А. Бирюкова), на уровне практики вопрос имеет определенную актуальность. Признание сделки недействительной – это один из наиболее распространенных способов уклонения должника от исполнения обязательства. С учетом масштабов применения норм о недействительности, можно констатировать, что недействительность сделки составляет один из рисков при заключении договора. При таких условиях не будет ошибкой утверждать, что слабость обязательства заключается не только в его подверженности быть нарушенным в результате неисправности должника, но и потенциальной уязвимости (недействительности) юридического факта, на основании которого обязательство возникает. Поэтому, с точки зрения динамики имущественных отношений, чтобы довершить обязательство до состояния статики, обеспечивать нужно не только исполнение самого обязательства, но и юридический факт, лежащий в основании обязательства. Очевидно, что акцессорное обязательство совершенно не годится для этой цели, поскольку утрачивается вместе с главным.

Идея акцессорности обеспечения обязательств является правильной лишь с точки зрения логики, но, при этом, она не вытекает из потребностей гражданского оборота. По отношению к основному обязательству

обеспечение, скорее всего, должно быть придаточным не по своей судьбе, а по своей функции. Следовательно, обеспечение обязательств гораздо ближе к идее альтернативности, а не аксессуарности.

Параграф второй «Теоретические предпосылки выделения непоименованных способов обеспечения обязательств» определяет понятие и место непоименованных способов обеспечения обязательств, причины их возникновения и проблемы практического использования, содержит критерии выделения непоименованных способов обеспечения обязательства среди прочих гражданско-правовых обеспечительных мер.

Следует выделить три фундаментальных предпосылки, способствующие возникновению непоименованных способов обеспечения обязательств: первая – возможность использования непоименованных способов обеспечения обязательств прямо предусмотрена гражданским законодательством; вторая – необходимость в создании новых способов обеспечения обязательств естественным образом проявляется на уровне имущественных отношений, регулируемых гражданским законодательством; третья – процесс создания новых способов обеспечения обязательств стимулируется наличием недостатков в способах обеспечения обязательств, предусмотренных Гл. 23 ГК РФ.

Процесс развития непоименованных обеспечений на деле происходит очень медленно. Одна из причин состоит в том, что диспозитивный подход, который был избран законодателем, может быть конструктивным, только если известно, в каком направлении сторонам можно реализовывать диспозитивную норму. Если такой ясности нет, использование нормы обречено на казуистику и недоверие у правоприменителя. В подобных условиях благоприятное воздействие могло бы оказать наличие в законе нормы об общих признаках обеспечения обязательства и требованиях к обеспечительной сделке. Это упорядочит продуцирование непоименованных способов обеспечения обязательств.

Непоименованный способ обеспечения обязательств – это не просто обеспечение, которое не упоминается действующим законодательством. Это

способ обеспечения обязательств, не упоминаемый в той части законодательства, которая предметно и функционально обособлена с целью регулирования сферы обеспечения обязательств, а именно Главе 23 ГК РФ.

Непоименованные обеспечительные средства делятся на две группы, в зависимости от того, предусмотрены ли их элементы действующим законодательством или нет. Каждый из способов первой группы первоначально складывался в качестве самостоятельного гражданско-правового института, самостоятельного для достижения иных целей, отличных от обеспечения обязательств, но впоследствии приспособивался оборотом для реализации обеспечительных задач. Вторую группу непоименованных способов обеспечения обязательств составляют конструкции, не предусмотренные действующим законодательством и в чистом виде выработанные практикой или наукой (инициативные способы).

В исследовании предлагается следующий подход в определении признаков способа обеспечения обязательств. Предоставление имущественной гарантии, составляющей ядро обеспечения, осуществляется путем надления кредитора *субъективным правом* на получение определенного имущества должника или третьего лица, при неисполнении должником. Таким образом, субъективное право находится на острие любого способа обеспечения обязательства, составляя его своеобразную вершину. Упомянутое субъективное право может существовать как в пределах дополнительного обязательства, так и другого правоотношения, существующего вследствие прямого указания в законе или договоре. К такому следует отнести субъективные права, возникающие при реализации некоторых обеспечительных мер ответственности (например, неустойка, задаток) и мер оперативного воздействия (например, удержание).

Важным критерием отнесения обеспечительного средства к категории обеспечения обязательств будет способность обеспечения повлечь самостоятельные имущественные последствия. Имущественные последствия должны быть сопряжены с моментом нарушения обеспечиваемого обязательства и, при этом, находиться за рамками перечня традиционных мер

защиты (ст. 12 ГК РФ), представляя собой не просто притязание, а, как уже упоминалось ранее, имущественную гарантию, т.е. притязание, характеризуемое высокой вероятностью его благоприятной реализации. Если обеспечительное средство само по себе не влечет конкретных имущественных последствий, а только стимулирует должника исполнить обязательство надлежащим образом – к способам обеспечения обязательств оно не относится.

Немаловажное значение имеет и момент возникновения обеспечительного средства. Договорный способ обеспечения обязательства должен устанавливаться до нарушения основного договора, в противном случае обеспечение модифицируется в другие гражданско-правовые институты (novation, отступное, возложение исполнения на третье лицо). Оперативный способ обеспечения может возникнуть, и после нарушения обязательства, главное, чтобы его имущественные последствия были соединены с моментом нарушения обязательства. Способ обеспечения может также входить в содержание исполнения по основному обязательству и определять его порядок (например, задаток). От таких способов обеспечения следует отличать схожие институты, которые хотя и включают в себя порядок исполнения обязательства, но действуют линейно, и не предусматривают возможности реагирования на нарушение обязательства (например, аванс).

По мнению соискателя, главный признак обеспечения заключается в самостоятельной способности влечь имущественные последствия. Когда эта способность привязывается договаривающимися сторонами к моменту неисполнения основного обязательства, соответствующая конструкция, как правило, превращается в способ обеспечения обязательств.

Параграф третий «Юридические конструкции, не относящиеся к непоименованным способам обеспечения обязательств» определяет круг гражданско-правовых механизмов, не охватываемых понятием обеспечения обязательств, но близких к нему по своему функциональному назначению. К этой категории отнесены резервирование права собственности (п. 3. ст. 488

ГК РФ), субсидиарная ответственность участников полного товарищества, а также полных товарищей в товариществе на вере по обязательствам товарищества (п. 1 ст. 75, п. 1 ст. 82 ГК РФ), право кредитора, исполнившего сделку, в случае уклонения другой стороны от ее нотариального удостоверения, требовать признания ее действительной (п. 2 ст. 165 ГК РФ); право кредитора требовать регистрации сделки в случае уклонения другой стороны от ее регистрации (п. 3 ст. 165 ГК РФ); ответственность банка, который вследствие нарушения правил совершения расчетных операций способствовал нарушению обязательства плательщика (п. 2 ст. 866 ГК РФ); хранение у третьего лица вещей, являющихся предметом спора (ст. 926 ГК РФ); предварительный договор (ст. 429 ГК РФ); встречное исполнение обязательств (ст. 328 ГК РФ); зачет (ст. 410 ГК РФ), договор страхования риска предпринимательского риска (ст. 933 ГК РФ), меры оперативного воздействия неимущественного характера; проценты за пользование коммерческим кредитом (ст. 823 ГК РФ); гарантия (характеризуемая признаком независимости, но не выдаваемая банком); уступка прав по договору банковского счета; залог прав клиента из договора банковского счета.

Каждому из перечисленных средств отдельные исследователи приписывают свойство «способа обеспечения обязательства, не предусмотренного гражданским законодательством». Критерии исключения названных конструкций из числа непоименованных способов обеспечения обязательств выбирались исходя из совокупности признаков, характеризующих любой способ обеспечения обязательств (параграф второй главы первой). Кроме того, из перечня непоименованных способов обеспечения обязательств исключена обеспечительная купля-продажа, поскольку, по мнению диссертанта, она является притворной сделкой, прикрывающей собой обеспечительное отступление. Также, в число непоименованных обеспечений не попадает антихрез, в силу того, что антихрез как договор, по которому кредитор приобретает право извлекать плоды недвижимости с обязанностью засчитывать их в погашение суммы

основного долга и процентов, сам по себе не опосредует переход имущества от должника к кредитору при нарушении обязательства. Тем не менее, допускается возможность его рассмотрения в таком качестве в будущем, если теория станет различать способы обеспечения обязательства не только в готовых имущественных гарантиях, но и в возможностях кредитора управлять имуществом должника либо праве кредитора извлекать доходы из имущества должника.

Глава вторая «Характеристика отдельных непоименованных способов обеспечения обязательств» посвящена исследованию некоторых наиболее актуальных непоименованных способов обеспечения обязательств.

Параграф первый «Фидуциарный залог и сделки репо» характеризует экспериментальную конструкцию фидуциарного залога. В ней сохраняется идея получения обеспечения кредитором за счет самого обеспечительного имущества, а не его стоимости. В остальном механизм классического фидуциарного залога существенно изменен в сторону устранения дисбаланса интересов должника и кредитора. Предлагаемая конструкция фидуциарного залога подразумевает ограничение права распоряжения должника на предмет обеспечения до момента надлежащего исполнения основного обязательства. В случае неисполнения основного обязательства, признание права собственности на предмет обеспечения осуществляется судом по иску кредитора. При незаконном отчуждении должником предмета обеспечения добросовестному приобретателю до наступления момента надлежащего исполнения основного обязательства, кредитор, руководствуясь правилом следования обременения за вещь, вправе предъявить иск о признании права собственности к приобретателю вещи. В случае частичного исполнения должником основного обязательства фидуциарный залог переходит в залог классический (*ripnus*). Приведенная конструкция имеет шансы возврата в российской гражданский оборот, но только в качестве поименованного способа обеспечения обязательств.

Потенциальная возможность возвращения фидуциарного залога подтверждается использованием на практике сделок репо, содержащих

элементы кредитования и обеспечения этого кредитования в виде возможности прямого присвоения кредитором переданного в качестве обеспечения имущества. Особенность данных сделок заключается в том, что они обеспечивают «сами себя» и не могут быть использованы в качестве средства обеспечения самостоятельного кредитного договора, когда в результате у должника помимо обязательства по возврату кредита возникает и обязательство обратного выкупа. В таких случаях сделка резко приобретает притворный характер и прикрывает сделку залога.

Параграф второй «Обеспечительная уступка права требования и факторинг» описывает варианты использования конструкции уступки права требования с целью обеспечения обязательства. В этом случае цессия представляет собой разновидность сделки, совершенной под отлагательным условием. В случае наступления отлагательного условия, т.е. нарушения должником основного обязательства, право требования переходит к кредитору (цессионарию). Модель уступки под условием должна специально оговариваться в обеспечительном договоре, в противном случае, в силу общих положений п.1 ст. 425 ГК РФ право требования перейдет к кредитору не в результате нарушения основного обязательства, а сразу после заключения обеспечительной сделки.

Параграф третий «Обеспечительное отступное» характеризует отступное в качестве способа обеспечения обязательств. В этом случае отступное, как и цессия, является сделкой, совершенной под отлагательным условием нарушения обязательства. Различие между отступным как способом обеспечения или прекращения обязательства устанавливается следующим образом: если соглашение об отступном заключается до нарушения основного обязательства – оно является обеспечительным, если после – способом прекращения обязательства. Во втором случае, когда обязательство нарушено, отступное не может быть обеспечением, поскольку обеспечивать уже нечего. Здесь соглашение об отступном направлено на прекращение обязательства, которое оказалось невозможным для исполнения в натуре.

Параграф четвертый «Государственная и муниципальная гарантия» раскрывает государственную и муниципальную гарантию как способ обеспечения обязательств, не предусмотренный гражданским законодательством, имеющий сложную публично-частно-правовую природу. Публично-правовая составляющая регулирования рассматриваемого способа обеспечения обязательств заключается в установлении правил определения допустимого размера государственной гарантии и регламентирования порядка ее выдачи. После выдачи государственной гарантии возникают правоотношения, основанные на равенстве и независимости сторон, относящиеся к сфере гражданско-правового регулирования. Если соотнести частно-правовую и публично-правовую стороны государственной гарантии, то можно сказать, что она характеризуется гражданско-правовым содержанием, но имеет публично-правовые основания возникновения.

Государственная гарантия является самостоятельным способом обеспечения обязательств, находящимся в пограничном состоянии между банковской гарантией и поручительством. От поручительства государственная гарантия заимствовала механизм субсидиарной ответственности публично-правового органа за неисполнение должником основного обязательства (п. 5 ст. 115 БК РФ). Приближает к поручительству и свойство аксессуарности государственной гарантии. Главное отличие государственной гарантии от поручительства состоит в том, что в соответствии с первой, публично-правовое образование отвечает перед кредитором в пределах суммы, указанной в гарантии (п. 5 ст. 115 БК РФ), проявляя тем самым сходство с банковской гарантией (ст. 377 ГК РФ), в то время как поручительство обязывает отвечать поручителя перед кредитором в том же объеме, что и должник (п. 1 ст. 363 ГК РФ). Другое различие заключается в том, что поручительство – это договор, а государственная гарантия – односторонняя сделка.

В параграфе пятом «Возвратный задаток, задаток в обеспечение предварительного договора» речь идет о задатке, который не выполняет платежной функции и подлежит возвращению в случае надлежащего

исполнения обязательства задаткодателем. Именуется такой задаток «возвратным». По своей природе возвратный задаток отвечает признакам самостоятельного способа обеспечения обязательств. Он возникает на основании соглашения сторон, являющегося дополнительным к основному обязательству неденежного содержания (выполнения работ, оказания услуг). Возвратный задаток имеет силу доказательства заключения основного договора и действует в качестве обеспечения обязательства. До момента исполнения неденежного обязательства он выполняет стимулирующую функцию. В случае неисполнения основного обязательства, задаток остается у задаткополучателя. Природа возвратного задатка, который остается у задаткополучателя в случае неисполнения неденежного обязательства, как и в классическом *arrha*, является штрафной и лишь в случае специального указания в обеспечительном соглашении может носить характер отступного.

Проблемный вопрос несовместимости задатка и предварительного договора купли-продажи жилых помещений предлагается разрешить путем внесения в §7 гл. 23 ГК РФ нормы, позволяющей использовать задаток в обеспечение предварительного договора, как это предусматривалось ст. 1599 Проекта Гражданского уложения.

Параграф шестой «Товарная неустойка» содержит предложения по внедрению в гражданский оборот товарной неустойки. Как способ обеспечения обязательств она проявляется аналогичным образом, что и денежная неустойка. До нарушения обязательства, она выполняет стимулирующую функцию, после нарушения влечет имущественные последствия в виде меры привлечения должника к ответственности. Единственное существенное отличие неустойки традиционной от товарной заключается в ее предметном субстрате, поскольку товарная неустойка может определяться в вещах, правах требования, результатах выполнения работ или услугах. Трудности, связанные с порядком определения размера товарной неустойки преодолеваются, если иметь в виду, что ее исчисление осуществляется в три этапа. Первый – определение базовой (условной) суммы неустойки в деньгах за период просрочки; второй – определение

денежной стоимости одной единицы товарной неустойки; третий – расчет количества единиц товарной неустойки, соответствующего базовой сумме в деньгах.

Параграф седьмой «Способы обеспечения обязательств с использованием векселя, аккредитива, денежного удержания, депонирования денежных средств, составных гражданско-правовых конструкций» характеризует некоторые гражданско-правовые конструкции, приспособленные оборотом для обеспечения обязательств. Вексель не является самостоятельным способом обеспечения обязательств, но может быть составной частью механизма, использующего его в обеспечительных целях (например, отступное путем передачи векселя). Из всех разновидностей аккредитива обеспечительную роль способен выполнять «резервный аккредитив», сходный по содержанию с банковской гарантией «по первому требованию». В условиях российской действительности к модели «резервного аккредитива» можно приспособить безотзывный аккредитив, который будет характеризоваться двумя особенностями. Первой – что денежные средства, перечисленные по безотзывному аккредитиву, будут находиться за рамками исполнения обеспечиваемого обязательства, т.е. аккредитив выступит не основным, а дополнительным источником оплаты. Второй – что исполнение аккредитива должно осуществляться по представлению документов, подтверждающих неисполнение основного денежного обязательства.

В конструкции договора хранения с целью создания источника для осуществления последующего права удержания (ст. 359 ГК РФ) хранение само по себе не является способом обеспечения обязательств; оно, скорее, играет роль предпосылки для реализации права удержания. В сочетании с договором хранения удержание перестает быть обеспечением «по случаю» нахождения имущества должника во владении ретентора, как это, например, имеет место в примерах с договорами перевозки или комиссии. Здесь удержание перерождается в инструмент осознанного использования, что

позволяет значительно расширить возможность его употребления в гражданском обороте.

Депонирование денежных средств представляет собой необходимую предпосылку для реализации обеспечительного механизма, однако оно не может выполнять такую важную для способа обеспечения обязательств функцию, как способность нести имущественные последствия. Реализация имущественных последствий депонирования находится за пределами факта внесения денежной суммы на специальный счет и осуществляется с помощью других гражданско-правовых средств. К таковым, например, относится право на безакцептное списание денежных средств, если оно соединено с моментом нарушения основного обязательства и является реакцией на нарушение. В сочетании с правом на безакцептное списание денежных средств, депонирование образует составной способ обеспечения обязательства, не предусмотренный гражданским законодательством

Основные положения диссертационного исследования опубликованы в следующих работах:

1. К вопросу о понятии обеспечения исполнения обязательств // Проблемы современной цивилистической науки: Материалы межрегиональной конференции молодых ученых. Тюмень: Тюменский государственный институт мировой экономики управления и права, 2004. (0,46 п.л.).
2. Проблема несовместимости задатка и предварительного договора // Цивилистическая практика. 2004. №3 (12). (0,75 п.л.).
3. Отступное в роли способа обеспечения обязательств // Интеллект – 2005. Сборник научных трудов. Тюмень: Тюменский государственный институт мировой экономики управления и права, 2005. (0,4 п.л.).
4. К вопросу об акцессорности способов обеспечения исполнения обязательств // Академический юридический журнал. 2005. №1. (0,75 п.л.)
5. Меры оперативного воздействия в роли способа обеспечения обязательств // Гражданское право. 2005. №2. (0,6 п.л.).
6. Недостатки свойства акцессорности обеспечения обязательств // Юрист. 2005. №7. (0,3 п.л.)

Подписано в печать 14.09.2005 г. Формат 60x84/16.

Бумага финская. Печать RISO.

Усл. печ. л. 1,39. Тираж 120. Заказ 491.

Отпечатано в типографии Издательства «Вектор Бук»

Лицензия ПД № 17-0003 от 06.07.2000 г.

625004, г.Тюмень, ул. Володарского, 45.

тел.(3452) 46-54-04, 46-90-03.

2
6

2
4

№ 17559

РНБ Русский фонд

2006-4

18140