



Н. Ю. Рассказова*

ВОПРОСЫ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Действующий Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — ГК) шагнул вперед в регулировании обеспечительных отношений: впервые в истории отечественного права¹ в закон включен ряд правил, устанавливающих общие положения об обеспечении (ст. 329 ГК). Однако сделанный шаг, к сожалению, не только не позволил ответить на многие старые вопросы, но и породил новые.

Одна из главных проблем заключается в следующем. Перечень обеспечений ныне открыт (п. 1 ст. 329 ГК), но в законе отсутствует легальная дефиниция понятия «способ обеспечения исполнения обязательств». Законодатель разрешил участникам оборота «придумывать» обеспечения, но не сказал, что это такое. Если стороны договорятся, что *обеспечением* договора является, например, обязательство не уменьшать размер уставного капитала в течение срока договора, или отказ от совершения рискованных сделок, или индексация размера долга, — могут ли они быть уверены, что это именно те *обеспечения*, которые предусмотрены ст. 329 ГК? Вопрос не праздный, поскольку, назвав тот или иной инструмент обеспечением, стороны тем самым придают ему особые правовые свойства. Не будем забывать и о том, что с наличием *обеспечения* ряд статей ГК связывает специальные правовые последствия².

Нельзя не признать, что вопросы, касающиеся общих положений об обеспечении обязательств, урегулированы в законе неполно и противоречиво. Однако упрек в этом должен быть обращен не только, и не столько к законодателю, сколько к науке гражданского права.

Отдельным способом обеспечения прав кредитора в цивилистике уделено достаточно внимания. Иначе обстоит с разработкой общетеоретических вопросов обеспечения обязательств. В дореволюционной литературе нет монографических исследований по этой теме, а в учебниках по гражданскому праву и трудах по теории обязательств проблеме уделялось два-три абзаца, не больше. В литературных источниках советского периода разработке теории обеспечений также не отведено сколько-нибудь значительного места³. В последнее время стали появляться работы, в которых исследуются общетеоретические вопросы обеспечительных обязательств⁴. Однако

© Рассказова Н. Ю., 2006

* заведующая кафедрой гражданского права Санкт-Петербургского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент

¹ Строго говоря, первая статья закона об обеспечительных обязательствах, называвшаяся «Общие положения», появилась в ГК РСФСР 1964 г. Однако ее содержание сводилось всего лишь к закрытому перечню обеспечений, да указанию на то, что они могут возникать не только в силу закона, но и на основании договора (ст. 186 ГК РСФСР).

² Например, ст. 102: «...акционерное общество вправе выпускать облигации на сумму, не превышающую размер уставного капитала либо величину обеспечения, предоставленного обществу в этих целях третьими лицами, после полной оплаты уставного капитала»; ст. 384: «...к новому кредитору переходят права, обеспечивающие исполнение обязательства...»; ст. 587: «существенным условием договора, предусматривающего передачу под выплату ренты денежной суммы или иного движимого имущества, является условие, устанавливающее обязанность плательщика ренты предоставить обеспечение исполнения его обязательств...»; ст. 813: «при невыполнении заемщиком предусмотренных договором займа обязанностей по обеспечению возврата суммы займа, а также при утрате обеспечения или ухудшении его условий по обстоятельствам, за которые займодавец не отвечает, займодавец вправе потребовать от заемщика досрочного возврата суммы займа и уплаты причитающихся процентов...».

³ Система обеспечительных обязательств рассматривалась В. С. Константиновой. См., напр., ее работу: Правовое обеспечение хозяйственных обязательств. — Саратов, 1987.

⁴ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М., 1997. — С. 383–387; Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. — М., 2004; Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. — М., 2002.



нельзя не признать, что целостного учения об обеспечении в отечественной цивилистике пока не создано, хотя потребность в нем велика.

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

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

На основе систематического толкования ГК мы приходим к выводу о том, что понятие об обеспечении обязательств следует связывать со смыслом, который вкладывается в него нормами главы, специально посвященной этому институту, — гл. 23 ГК. Общим положением об обеспечении посвящен § 1 данной главы, в который входит одна статья — ст. 329. Из названия и текста данной статьи следует, что *способом обеспечения исполнения обязательств* законодатель называет конкретную меру, правовой инструмент, который используется для обеспечительных целей. Главенствующим среди исследователей является мнение о том, что эти способы представляют собой разного рода обязательственные связи между заинтересованными лицами.⁵ Поэтому для простоты изложения в качестве синонима выражения «*способ обеспечения исполнения обязательств*» мы будем использовать выражения «*обеспечительное обязательство*» или «*обеспечение*».

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

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

Под *основным обязательством* будем, основываясь на п. 2 ст. 329 ГК, понимать обязательство, исполнение которого обеспечивается.

В отсутствие легальной дефиниции обеспечительного обязательства исследователи предлагают ряд определений этого понятия. Обеспечения определяют как меры имущественные, предварительные, специальные, дополнительные, акцессорные, устанавливаемые на случай неисполнения, предоставляющие гарантии исполнения, выполняющие функцию защиты кредитора и функцию стимулирования должника.⁶

⁵ Гонгалов Б. М. Учение об обеспечении обязательств... — С. 36.

⁶ См., напр.: Там же. — С. 40; *Гражданское право: Учебник*: В 2 т. / Под ред. Е. А. Суханова. — М., 1994. — Т. 2. — С. 27–28 (автор раздела — Е. А. Суханов); *Латынцев А. В.* Обеспечение исполнения договорных обязательств. — С. 7–8; *Нигматулина Л. Б.* Понятие и юридическая природа обеспечительного правоотношения // *Юридический мир*. — 2001. — № 7. — С. 18.



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

Представляется, что существующие определения понятия обеспечения нуждаются в уточнении. Для того чтобы сделать это, попробуем взглянуть на проблему следующим образом.

Смысл ключевого для нашей темы слова «обеспечение» ясен. Кого-либо можно *опечалить*, а можно *обеспечить*, или *обеспечить*. Отчего печалится человек, от чего он хочет *обеспечиться*? Во всех сферах жизнедеятельности человечество борется с неопределенностью завтрашнего дня. Риск как вероятность наступления нежелательных событий — вечный спутник человека. Риск нельзя уничтожить, но можно научиться управлять им. Успехи на пути овладения риском — основа прогресса. Право как составная часть культуры человечества не стоит на обочине этого пути, предлагая юридический инструментариум человеку, желающему подчинить себе будущее.

Взгляд на право как на систему распределения и устранения рисков не нов. В частности, он был высказан Я. М. Магазинером. Еще в 1925 г. автор писал: «...всякий договор есть взаимное страхование от множества рисков мелких и крупных и распределение этих рисков между заключившими этот договор...».⁷ Жаль, что такой подход нашел в цивилистике лишь ограниченное применение.⁸ Тому, кто смотрит на право через призму борьбы с рисками, легче освоиться в современном мире, поскольку «отличительной чертой нашего времени, определяющей границу Нового времени, является овладение стратегией поведения в условиях риска, базирующейся на понимании того, что будущее — это не просто прихоть богов и что люди не бессильны перед природой».⁹

В исследованиях по нашей теме такой подход представляется особенно плодотворным. Революция в технологиях, в первую очередь в информационных, уже создала и продолжает создавать новые риски. Оборот ответил на это появлением новых гарантийных инструментов, понять правовое значение которых невозможно без анализа тех опасностей, для борьбы с которыми данные инструменты созданы. Достаточно вспомнить судьбу расчетных форвардных контрактов. «Расчетный форвард» — сделка, в силу которой стороны обязуются одна — продать, а другая — купить некий актив (например, иностранную валюту) в будущем, но по цене, оговоренной в момент совершения сделки. Изменение цены актива (например, курса валюты) к моменту исполнения сделки определит прибыли (убытки), которые получит каждая сторона. Суды видели смысл таких сделок только в спекуляции «на прибыль», оценивали их как разновидность игр и соответственно отказывали участникам таких сделок в судебной защите со ссылкой на ст. 1062 ГК. Понадобилось вмешательство Конституционного Суда РФ¹⁰, чтобы признать объективный

⁷ Магазинер Я. М. Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение. — 1999. — № 1. — С. 136–138.

⁸ В основном проблема риска рассматривается в гражданском праве в связи с вопросами ответственности. ⁹ Бернстайн П. Л. Против богов: Укрощение риска / Пер. с англ. — М., 2000. — Интересная книга, которую можно посоветовать тому, кто хочет понимать мир не только в его юридическом отражении.

¹⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2002 г. № 282-О «О прекращении производства по делу о проверке конституционности статьи 1062 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой коммерческого акционерного банка «Банк Сосьете Женераль Восток» // СЗ РФ. — 2002. — № 52. — Ч. II. — Ст. 5291.



факт: «расчетный форвард» — одна из множества подобных ей полноценных сделок, совершаемых на фондовых и валютных биржах в целях устранения финансовых рисков и укрепляющих финансовую стабильность общества в целом¹¹.

Интересам участников имущественных отношений угрожают разнообразные риски, для защиты от которых используются разные способы. По методу воздействия на риск эти способы делятся на экономические и правовые. Правовые способы борьбы с рисками назовем правовыми гарантиями. Соответственно обеспечения следует считать видом правовых гарантий. Но каковы те общие признаки, которые позволили бы отличить их от других гарантий и объединить в одну группу, те свойства, которые делают возможным применение к ним правил гл. 23 ГК?

В гл. 23 ГК речь идет об обеспечении *исполнения обязательств*. Какой риск стремятся устранить с помощью такого обеспечения? Из ст. ст. 330, 334, 359, 363, 381 ГК следует, что обеспечение предоставляется на случай неисполнения должником обязательства. Таким образом, речь идет, во-первых, о риске кредитора, а, во-вторых, о его основном риске — риске неполучения исполнения. Уменьшить этот риск можно разными способами в зависимости от того, что мы полагаем источником риска. Если исходить из предположения о потенциальной нерадивости должника, то следует принять меры, способные удержать его от недолжного поведения. Общежитейская мудрость утверждает: из двух зол человек выбирает меньшее. Если должник склонен не исполнять обязательство, его может удержать от этого страх неблагоприятных последствий такого выбора. Поэтому риск неисполнения можно уменьшить, возлагая на должника обязанность понести некоторые лишения в случае неисполнения договора. Но часто воздействие на личность должника не может дать нужного результата: если по той или иной причине у должника нет имущества, кредитор не получит исполнения. Как защититься от рисков такого рода? Наиболее простое и здравое решение — создать «запасной вариант» исполнения. Даже на интуитивном уровне понятно, что при вероятности исполнения основного обязательства 50 % на 50 % (а это означает, что мы ничего не знаем о вероятности достижения того или иного результата), создание дополнительного обязательства с той же вероятностью исполнения значительно увеличивает шансы кредитора получить исполнение¹².

Итак, исполнение обязательства зависит от рисков двух типов. Логично, что право должно предложить два типа инструментов для борьбы с ними. Представляется, что таковыми являются, с одной стороны, санкции, в первую очередь меры гражданско-правовой ответственности, а с другой — способы обеспечения исполнения обязательств.

Гражданско-правовая ответственность влечет для должника дополнительные потери в виде возмещения убытков, уплаты неустоек и т. д. Нежелание нести их побуждает лицо к должному поведению. Поэтому за мерами ответственности бесспорно признана стимулирующая, или, как ее чаще называют в цивилистике, превентивная функция¹³. Ту же, стимулирующую, роль обычно приписывают действию обеспечения, наличие которого, по мнению большинства исследователей, побуждает должника к исполнению обязательства¹⁴. Оправданно ли подобное объяснение действия обеспечительного механизма?

Представим, что лицо, поручившееся перед кредитором за должника, снисходительнее кредитора. Такое поручительство стимулирует скорее не исполнение основного обязательства, а

¹¹ О подобных сделках см.: Кавкин А. В. Рынок кредитных деривативов. — М., 2001.

¹² Если обратиться к теории вероятности (а именно на ней основана оценка рисков на практике), то при получении дополнительного источника исполнения в нашем примере шансы кредитора увеличиваются с 50 % (1:1) до 75 % (3:1).

¹³ См., напр.: Гражданское право: Учебник. Т. 1. 6-е изд. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 2002. — С. 644–647; Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву // Избранные труды: В 4 т. — СПб, 2003. — Т. I. — С. 206–207.

¹⁴ Ссылки на эту позицию см.: Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. — С. 5–7. — См. также: Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств... — С. 34–35.



беспечность должника. По крайней мере, психологически такой вывод не менее убедителен, чем утверждение о стимулирующей функции обеспечения. Обосновать эту функцию экономически тоже непросто. Расходы на получение обеспечения (плата за выдачу поручительства, регистрация ипотеки и т. п.) должник несет независимо от того, придется ли им воспользоваться. Расходы по реализации заложенного имущества отнюдь не обязательно превышают судебные издержки при взыскании необеспеченного долга. В то же время наличие обеспечения удешевляет стоимость кредита, поскольку его цена обратно пропорциональна риску кредитора. Может быть, есть сугубо юридические доводы, позволяющие обосновать стимулирующую роль обеспечений? Нам они не известны. Напрашивается вывод о том, что обеспечения не выполняют *особой* стимулирующей функции, отличной от той, какую выполняет право в целом уже постольку, поскольку его действие обеспечено принудительной силой¹⁵.

Нормы об обеспечениях в силу своей объективной природы направлены не на стимулирование должника к исполнению обязательства, а на защиту кредитора от риска его неисполнения. Поэтому действие обеспечительного механизма состоит не в применении санкций, а в использовании дополнительного источника, «резерва», за счет которого при неисправности должника будет исполнено основное обязательство.

Поскольку целью правил гл. 23 ГК является не защита кредитора вообще, а устранение (уменьшение) конкретного риска, ее действие можно распространять лишь на определенные правовые инструменты, т. е. на те гарантии, которые создают *дополнительный источник исполнения обязательства*.

Указанный признак описывает обеспечения с фактической стороны. Но, остановившись на нем, мы будем вынуждены необоснованно расширить перечень обеспечений. Например, условие о праве кредитора выбрать предмет исполнения в альтернативном обязательстве (ст. 320 ГК) при определенных обстоятельствах фактически может предстать в виде «запасного варианта» исполнения. Но значит ли это, что мы имеем дело с обеспечением? Чтобы ответить на данный вопрос, необходимо дополнить фактическую характеристику обеспечения юридической.

Нормы об обеспечениях имеют смысл только в том случае, когда обеспечение не сливается с основным обязательством, остается *внешним* по отношению к нему. Если исполнение обязательства осуществляется за счет юридических механизмов, заложенных в нем самом, вряд ли можно говорить о наличии обеспечения как самостоятельного правового инструмента.

Из этого следует, во-первых, то, что обеспечительное обязательство не может определять порядок исполнения основного, в противном случае, на что справедливо указывает А. Л. Маковский, речь будет идти о предусмотренных законом или договором *условиях исполнения* обязательств, «многие из которых — о зачете взаимных требований, об аккредитивной форме расчетов... и др. — имеют ярко выраженный обеспечительный характер...»;¹⁶ во-вторых, обособленность обеспечительного обязательства от основного означает, что эти обязательства возникают из разных правовых оснований.¹⁷

Функции обеспечений. Анализ работ в области обеспечительных отношений свидетельствует, что многие авторы склонны абсолютизировать значение функционального подхода в исследовании обеспечений. Б. М. Гонгало справедливо связывает с этим фактом

¹⁵ Специального обсуждения заслуживает вопрос об удержании. Мы исходим из того, что его *обеспечительный* механизм аналогичен действию залога (ст. 360 ГК). О стимулирующей функции удержания можно говорить только в связи с наличием у него признаков оперативной санкции. Об удержании см.: *Сарбаш С. В.* Удержание как способ обеспечения исполнения обязательств. — М., 1998.

¹⁶ Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Отв. ред. С. Н. Братусь, О. Н. Садилов. — М., 1982. — С. 229.

¹⁷ Эта проблема особенно актуальна для разграничения поручительства и обязательств со множественностью лиц на стороне должника (см.: *Новицкий И. Б., Лунц Л. А.* Общее учение об обязательстве. — М., 1950. — С. 207 и сл.).



неоправданное расширение перечня способов обеспечения обязательств и включение в их систему мер оперативного воздействия, ответственности и т. п.¹⁸ Однако сказанное отнюдь не отрицает значения функционального подхода при обосновании выводов *de lege lata* и *de lege ferenda*. Каковы же функции обеспечений?

О *защитной функции* обеспечительных обязательств мы уже упоминали. Строго говоря, наличие этой функции у обеспечений никем не оспаривается. Проблема в том, что в большинстве случаев ее существование признают либо не за всеми видами обеспечений,¹⁹ либо лишь на стадии нарушения основного обязательства.²⁰ Преуменьшение защитной роли обеспечительных обязательств, как представляется, связано с преувеличенным вниманием к их стимулирующей функции. Выше мы привели доводы против признания за обеспечениями самостоятельной стимулирующей функции. Функция обеспечений — защита кредитора от риска неисполнения обязательства должником. Признание защитной функции обеспечений как основной, наряду с выводом о понятии обеспечения, предопределяет перечень обеспечительных обязательств.

Кроме того, следует указать на *контрольную функцию* обеспечений. Важной составляющей национальной стабилизационной политики является денежно-кредитное регулирование. Одно из его направлений — сдерживание неограниченного расширения кредита. В макроэкономическом масштабе (т. е. в масштабе государства в целом) допустимый объем кредита должен соизмеряться с объемом товарной массы в государстве. Одним из надежных способов соотнесения кредита с товарной массой является обеспечение исполнения заемных обязательств залогом движимых и недвижимых вещей. Опосредованно контрольная функция обеспечительных обязательств проявляется и через личные обеспечения (поручительство). Если должник не может представить обеспечение — он некредитоспособен, а потому его шансы получить кредит мизерны. Таким образом, обеспечения «контролируют» объем предоставленных участникам оборота кредитов и препятствуют появлению невозвратных долгов.

Хотя описанный механизм является экономическим по природе, он имеет правовое значение. Так, Банком России установлены правила, побуждающие банки выдавать кредиты только под надежное обеспечение.²¹ Еще один пример. Судебная практика исходит из того, что обеспечительное обязательство должно возникнуть до нарушения основного (соглашение, достигнутое после этого момента, лишь определяет способ погашения долга)²². Представляется, что адекватное объяснение этой позиции может быть дано с точки зрения выполнения обеспечениями их контрольной функции²³.

Кауза обеспечительных обязательств. Гражданский оборот составляют осмысленные действия его участников. Совершая сделки, люди исходят из определенных интересов и стремятся к определенным целям. Этот вывод очевиден до банальности. Но именно с него начинаются все исследования, касающиеся основания сделок. Отталкиваясь от этого вывода, А. С. Кривцов указывает на необходимость установить общую *презумпцию* в пользу наличия в каждом отдельном случае связи между тем, что обещают друг другу (делают в пользу друг друга) участники оборота, и тем, ради достижения каких целей они это делают. «Для законодателя было бы, кроме того,

¹⁸ Гонгалов Б. М. Учение об обеспечении обязательств... — С. 35.

¹⁹ См., напр.: Там же. — С. 33–34.

²⁰ См., напр.: Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. — С. 7.

²¹ Положение ЦБР от 26 марта 2004 г. № 254-П «О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности» // Вестник Банка России. — 2004. — № 28.

²² См., напр.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23.04.1996 г. № 8057/95 // Вестник ВАС. — 1996. — № 10. — С. 70.

²³ То, что к обеспечениям можно отнести только предварительные меры, принятые до нарушения должником обязательства, подчеркнуто в определении, сформулированном Е. А. Сухановым (Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Под ред. Е. А. Суханова. — М., 1994. — Т. 2. — С. 27).



делом чрезвычайно трудным — ввести в действие нечто совершенно противоположное»²⁴. Но если мы указываем законодателю некое свойство оборота, мы должны указать и то средство, с помощью которого это свойство будет отражено и закреплено в праве. Цивилистика нашла такое средство. Им является понятие о материальном основании сделки (порожденного ею обязательства), или понятие о каузе.

Не ставя задачей специально исследовать вопрос о каузе, мы будем исходить из классического ее понимания. Вопрос о каузе — это вопрос о том, зачем лицо совершило сделку и вступило в обязательство (почему передало вещь, обещало уплатить деньги и т. д.), что оно хочет получить в качестве эквивалента за свое предоставление. Кауза — та непосредственная правовая цель, которую преследует сторона, совершая сделку или вступая в обязательство²⁵.

Какова же кауза обеспечительного обязательства?²⁶ Поскольку цель осознается и формулируется на основе интереса, логично начать с анализа того интереса, который руководит сторонами обеспечительного обязательства. Очевидно, этот интерес связан с созданием обеспечения, т. е. с желанием предоставить кредитору (получить от должника) дополнительную гарантию исполнения основного обязательства. Назовем этот особый интерес *обеспечительным*.

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

По содержанию обеспечительная кауза существенно отличается от традиционно выделяемых *causa donandi*, *causa credendi* и *causa solvendi*. Должник в обеспечительном обязательстве обязывается не потому, что хочет соответственно одарить кредитора, получить что-либо от него или освободиться от долга перед ним, а потому, что преследует особый, интерес, и основанием его действий является цель удовлетворения именно этого интереса. Наличие особой каузы, лежащей в основе обеспечительных отношений, признавал А. С. Кривцов. Исследуя различные договоры с точки зрения их каузы, он включает в перечень *ripnus* (залог), считая, что получение вещи в обеспечение является «достаточным эквивалентом за обязанность возвращения вещи ... лежащую на ... залоговом верителе. Что же касается до эквивалентной обязанности в пользу ... залогодателя ... то такового является ... отношение, которому заложное право составляет *accessorium*».²⁷

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

Рассмотрим пример. Стороны заключили договор поручительства в обеспечение возврата заемщиком суммы займа. Кауза договора поручительства следует из его определения (ст. 361 ГК): поручитель обязуется платить кредитору потому, что он *хочет обеспечить исполнение* должником договора займа. В данной каузе воплощен обеспечительный интерес, о

²⁴ Кривцов А. С. Абстрактные и материальные обязательства в римском и в современном гражданском праве. — М., 2003. — С. 91.

²⁵ Там же. — С. 124; Гамбаров Ю. С. Гражданское право: Общая часть. — М., 2003. — С. 709-712; Хвостов В. М. Система римского права. — М., 1996. — С. 170-178, и др.

²⁶ Поскольку кауза обязательственной сделки совпадает с каузой порожденного ею обязательства, в рамках данного исследования разграничение вопроса о каузе обеспечительной сделки и обеспечительного обязательства несущественно.

²⁷ Кривцов А. С. Абстрактные и материальные обязательства в римском и в современном гражданском праве. — С. 124-125.



котором мы говорили выше. Этот интерес, а через него и кауза поручительства, связаны с договором займа. Каким образом? Наличие долга заемщика включается в содержание каузы договора поручительства. Если окажется, что долга нет (например, не было факта передачи денег заемщику), у сторон пропадает обеспечительный интерес. Отсутствие обеспечительного интереса порочит обеспечительную каузу договора поручительства. Поскольку кауза входит в *corpus* сделки как основания обязательства²⁸, ее порок влечет недействительность договора поручительства и обязательства поручителя.

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

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

Обеспечительный интерес и свойство акцессорности. О роли обеспечительного интереса в формировании обеспечительной каузы мы уже упоминали. Правовое значение этого интереса можно рассмотреть и под другим углом зрения. Обеспечительный интерес является фактором, который придает обеспечительным обязательствам свойство акцессорности.

Акцессорность (от лат. «accessione» — придаток) принято определять как свойство обязательства быть придаточным, дополнительным к основному, т. е. разделять его судьбу.²⁹ Будучи придаточным, оно существует лишь постольку, поскольку существует основное. Основное и дополнительное обязательства связаны как предмет и его тень: исчезает предмет — без следа растворяется его тень. Свойство акцессорности есть проявление того, что обеспечительное обязательство *не самоценно*.

Важно, что свойство акцессорности есть *следствие*, проявление обеспечительного интереса, который руководит поведением участников отношений, но не наоборот. Нельзя «объявить» обязательство акцессорным, придав ему тем самым «статус» обеспечения. Оно может лишь обладать этим свойством в силу того, что стороны его преследуют обеспечительный интерес. Наличие же данного интереса следует из условий сделки, которые сформулированы ее участниками.

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

Второй кредитный договор содержит такое условие: «В качестве обеспечения возврата полученного кредита заемщик передает банку-кредитору на хранение следующие ценности...». Иначе говоря, в обеспечительных целях используется договор хранения.³⁰ В силу п. 1 ст. 329

²⁸ Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. 1: Часть общая. — СПб., 1911. — С. 707.

²⁹ См., напр.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право... — С. 384–385.

³⁰ Подобные соглашения встречаются на практике и имеют в виду возможность последующего удержания имущества кредитором.



ГК стороны могут предусмотреть в договоре способ обеспечения, не указанный в законе. Но можно ли считать, что в данном случае договор хранения порождает обеспечительное, а значит, зависимое, акцессорное обязательство? Да. Ведь заключая его, стороны преследовали интерес отнюдь не в хранении ценностей. Путем передачи имущества во владение кредитора стороны заботились об исполнении другого — кредитного — договора, т. е. имели исключительно обеспечительный интерес.

Третий кредитный договор содержит условие о том, что обеспечением кредита является вклад, принадлежащий заемщику и хранящийся в банке, предоставившем кредит.³¹ Можно ли утверждать, что договор вклада превратился в акцессорное обязательство в результате того, что стороны назвали его обеспечением? Если бы вклад не имел самостоятельной ценности, если бы единственным оправданием его существования было желание сторон обеспечить возврат заемщиком полученного кредита, то следовало бы признать, что из договора вклада возникло обеспечительное, а значит акцессорное, обязательство. В таком случае договор вклада должен был бы разделить судьбу кредитного договора, например, при его прекращении или признании недействительным. Если же обязательство сохраняет ценность независимо от его обеспечительной функции, если с ним связан самостоятельный интерес сторон, оно не может быть признано обеспечительным. В противном случае этот самостоятельный интерес будет без всяких оснований лишен защиты при прекращении или недействительности основного, в нашем случае — кредитного, договора. Если заемщик докажет наличие правомерного и не связанного с обеспечительным интересом в обязательстве из договора вклада (а это, очевидно, нетрудно), то такое обязательство не может быть признано обеспечением в смысле гл. 23 ГК, а значит, не может рассматриваться как акцессорное.

Обеспечительный интерес не только обосновывает существование обеспечений как самостоятельной группы правовых гарантий, но и предопределяет их отличительные признаки. Совокупность этих признаков, собственно, и следует называть свойством акцессорности.

Свойство акцессорности проявляется в следующем.

1. Недействительность основного обязательства влечет недействительность акцессорного. Это единственный признак обеспечений, сформулированный законодателем в виде общего правила (п. 3 ст. 329 ГК).

2. Прекращение основного обязательства влечет прекращение акцессорного. В отношении залога, поручительства и частично удержания этот вывод опирается на прямое указание закона (ст. 352, 367, 359 ГК). В отношении иных обеспечений он выводится из природы самого обеспечения как акцессорного обязательства. Прекращение основного обязательства ведет к утрате обеспечительного интереса (нельзя обеспечить то, чего нет) и к отпадению обеспечительной каузы. На чем будет основывать свое требование кредитор в этом случае? Акцессорное обязательство не имеет самостоятельной ценности в отсутствие основного, а потому должно прекратиться.

3. Кредитором в основном и обеспечительном обязательствах всегда является одно и то же лицо. И это понятно, поскольку единственным оправданием требования кредитора по акцессорному обязательству служит наличие у него прав из основного обязательства. Такая «связанность» основного и обеспечительного обязательств через фигуру кредитора — сугубо внешнее проявление свойства акцессорности.

Проанализируем правило ст. 384 ГК: при перемене лиц в обязательстве к новому кредитору переходят права, обеспечивающие исполнение обязательства, если иное не предусмотрено законом

³¹ Такие условия целесообразны, например, в тех случаях, когда кредит выдается в рублях, а вклад хранится в иностранной валюте. Называя вклад обеспечением, стороны оговаривают, что при нарушении срока возврата кредита банк может без дополнительного согласия заемщика продать иностранную валюту за рубли и направить их на погашение кредита.



или договором. Что «иное», о каких исключениях идет речь? Предположим, что основное обязательство обеспечено поручительством. Кредитор уступает требование по основному договору третьему лицу, но сохраняет право требования к поручителю. В таком случае цель договора поручительства не может быть достигнута в отношениях между поручителем и первоначальным кредитором, поскольку у последнего больше нет обеспечительного интереса. Единственным исключением из правила ст. 384 ГК может быть условие о том, что при переходе прав из основного договора к третьему лицу обеспечительное обязательство прекращается. Нельзя договориться о том, что при замене кредитора в основном обязательстве за ним «остаются» права по обеспечительному обязательству.³²

4. Изменение основного обязательства влечет прекращение акцессорного за исключением случаев, когда должник по акцессорному обязательству согласен нести свою обязанность и дальше. Проблема решается легко, если должник по основному и акцессорному обязательству — одно и то же лицо. В этом случае согласие должника на изменение основного обязательства без оговорки о прекращении обеспечения следует считать и согласием на сохранение обеспечения. Ситуация осложняется, когда должник по основному и должник по обеспечительному обязательствам не совпадают в одном лице.

Почему изменение основного обязательства влечет прекращение обеспечительного? Потому что обеспечивается не уплата суммы долга как некоего количества денежных единиц, а *исполнение обязательства*, которое оценивается отнюдь не только по размеру. Предоставляющее обеспечение лицо так же, как и кредитор, оценивает риск неисполнения основного обязательства, и тем самым свой риск, т. е. вероятность того, что ему придется оплатить чужой долг. Любое изменение основного обязательства может изменить риск, а, следовательно, затронуть интерес лица, предоставившего обеспечение. Было бы несправедливо сохранить за лицом обязанность помимо его воли отвечать на иных условиях, чем те, из которых он исходил, предоставляя обеспечение.

Эта объективно обусловленная связь обеспечения с конкретным, если так можно выразиться, «индивидуально-определенным» основным обязательством должна быть закреплена в следующей норме: обеспечение прекращается при изменении основного обязательства, если предоставившее обеспечение лицо, не являющееся одновременно должником по основному обязательству, не дало согласия на сохранение обеспечения. Из этого общего правила должно быть сделано исключение: обеспечение не прекращается, если кредитор по основному обязательству докажет, что изменение основного обязательства не нарушило интересы лица, предоставившего обеспечение. Указанное исключение является уступкой обороту. Обеспечения нередко предоставляются под весьма сложные обязательства (кредитные линии с различными для отдельных траншей условиями получения и возврата денежных средств и т. п.). В такие договоры заранее «заложена» перспектива мелких изменений, получение согласований по каждому из которых может осложнить запланированный процесс кредитования, а потому становится проблематичным. Включение в закон опровержимой презумпции того, что изменение основного обязательства нарушает интересы лица, предоставившего обеспечение, позволяет установить разумный баланс интересов.

В связи со сказанным вызывает возражения практика применения п. 1 ст. 367 ГК, а именно: «Поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства, а также

³² Той же позиции придерживается Высший Арбитражный Суд РФ (см., напр.: Постановление Президиума ВАС РФ от 06.03.2002 г. № 7144/01 // Вестник ВАС РФ. — 2002. — № 7). В литературе высказана противоположная позиция (см.: Крашенинников Е. А. К вопросу об изолированной уступке требования, обеспеченного поручительством // Очерки по торговому праву: Сб. научн. тр. / Под ред. Е. А. Крашенинникова. — Ярославль, 2000. — Вып. 7). Представляется, что обосновывать такую позицию можно лишь в отношении обязательств, полностью или частично утративших свойство акцессорности. Примеры таких обязательств традиционно находятся в сфере ипотечных отношений (об этом см., напр.: Хвостов В. М. Система римского права. — С. 339).



в случае изменения этого обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего». Толкование указанной статьи может привести к выводу о том, что уменьшение ответственности не влечет для поручителя неблагоприятных последствий³³. Описанная логика основывается на житейском представлении о том, что иметь долг в 100 руб. лучше, чем долг в 1000 руб. Но если оценивать природу обеспечений с экономической точки зрения, нельзя не признать ошибочность такого подхода. Например, поручитель ручается за возврат нескольких миллионов рублей, которые заемщик собирается потратить на создание нового производства, продукция которого и послужит источником средств для возврата кредита. Предположим, что заемщик изменил планы и решил использовать сумму кредита на обустройство заводской территории, снизив тем самым свои финансовые потребности в несколько раз, одновременно ликвидировав надежный источник возврата кредита. Вряд ли можно утверждать, что последовавшее за этим решением изменение основного договора, а именно уменьшение размера кредита, не имело неблагоприятных последствий для поручителя.

5. Получение кредитором исполнения за счет обеспечения прекращает (полностью или в соответствующей части) сразу два обязательства — и обеспечительное, и основное. Изложенная позиция противоречит правилу ст. 387 ГК. Из указанной статьи следует, что лицо, предоставившее исполнение кредитору по основному обязательству, не прекращает тем самым основное обязательство, а становится в нем новым кредитором, приобретает в отношении должника права из основного обязательства. С позицией законодателя трудно согласиться. Интерес лица, предоставившего обеспечение, нецелесообразно приравнивать к интересу лица, намеревающегося приобрести права из основного обязательства. Делая этот вывод, мы исходим из того, что целью установления обеспечения является именно исполнение основного обязательства (ст. 408 ГК). Лицо, исполнившее основное обязательство за должника, должно приобретать регрессное, т.е. самостоятельное, требование к должнику³⁴. В пользу высказанной точки зрения говорит разъяснение, данное высшими судебными инстанциями: права по основному обязательству не переходят к поручителю, исполнившему это обязательство, поскольку оно считается прекращенным³⁵. Эта позиция, применительно к поручительству, находит сочувствие среди исследователей³⁶.

6. Права кредитора в обеспечительном обязательстве могут быть реализованы только при нарушении условий основного обязательства. Это положение отражает сущностное свойство акцессорных обязательств: они возникают на случай неисполнения основного. Исключения невозможны, поскольку получение исполнения по обеспечительному обязательству без нарушения прав по основному будет оправдано не обеспечительным, а каким-либо иным интересом, а через него будет иметь не обеспечительную, а какую-либо иную каузу. Рассмотрим пример с обращением взыскания на предмет залога в случаях, предусмотренных п. 2 ст. 351 ГК (нарушение залогодателем правил о последующем залоге, о распоряжении заложенным имуществом и т. п.). Может показаться, что это исключение из общего правила, поскольку обращение взыскания возможно, несмотря на

³³ См., напр.: Постановление Президиума ВАС РФ от 30.09.1997 г. № 2515/97 // Вестник ВАС РФ. — 1998. — № 1.

³⁴ О регрессных обязательствах см.: Иоффе О. С. Обязательственное право. — М., 1975. — С. 74-76. Новицкий И. Б. Регрессные обязательства между социалистическими хозяйственными организациями: Опыт обобщения арбитражной и судебной практики. — М., 1952.

³⁵ О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами: Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 08.10.1998 г. № 13/14 (п. 18) // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. — 1998. — № 11.

³⁶ См., например: Белов В. А. Поручительство: Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики. — М., 1998. — С. 63.



безупречное поведение должника в основном обязательстве. Действительно, первопричиной обращения взыскания в указанных случаях являются «проблемы» с залогом, а не с основным обязательством. Но право на обращение взыскания кредитор получает тем не менее при неисполнении должником обязанности по основному обязательству. Ведь в описанных случаях кредитор получает право требовать досрочного исполнения основного обязательства, а должник соответственно обязан досрочно исполнить его. Неисполнение этой обязанности и приводит в действие обеспечительный механизм. Объяснить логику законодателя нетрудно. Кредитор вступал в основное обязательство на определенных условиях, принятие которых явилось следствием оценки риска неполучения исполнения. Одним из этих условий было наличие обеспечения. Недобросовестные действия залогодателя изменяют условия обеспечения, а значит, и риски кредитора. Изменение рисков означает изменение условий основного обязательства. Для защиты прав кредитора по этому обязательству законодатель и вводит правила п. 2 ст. 351 ГК.

7. Порядок защиты прав в акцессорных обязательствах напрямую зависит от основного обязательства. В частности, с истечением срока исковой давности по требованию из основного обязательства истекает срок исковой давности и по акцессорному (ст. 207 ГК).

Виды обеспечений. Сформулированные выше выводы о понятии обеспечения и функциях обеспечений позволяют критически рассмотреть их перечень.

К обеспечениям традиционно относят неустойку (ст. 330 ГК) и задаток (ст. 380 ГК). Почему? Потому что эти меры стимулируют должника к исполнению основного обязательства. Каким образом? Угрозой наступления для него неблагоприятных последствий³⁷. Но именно потому, что неустойка и задаток действительно угрожают должнику неблагоприятными последствиями, т. е. выполняют стимулирующую (превентивную) функцию, их столь же традиционно относят и к мерам ответственности (ст. 394, п. 2 ст. 381 ГК). Целесообразно ли возлагать на эти меры «двойную нагрузку»?

Если мы говорим, что неустойка — обеспечение, то она должна и действовать как другие обеспечения. Так, ее уплата должна вести к получению кредитором исполнения по основному обязательству. Нет нужды доказывать, что это не так. Неустойка может улучшить шансы кредитора, но не тем способом, которым действуют обеспечения. Механизм ее действия — механизм гражданско-правовой ответственности. Это признает, в частности, В. С. Ем³⁸. Об эфемерности обеспечительной функции неустойки писал в свое время Г. Ф. Шершеневич: если страх перед неустойкой побуждает к исполнению, то действие ее зависит от возможности должника вообще исполнить обязательство³⁹. Немногочисленность ученых, отказывающихся неустойке в «звании» обеспечения, с лихвой компенсируется мнением практиков, отказывающихся обеспечивать исполнение обязательств неустойкой⁴⁰. Неким смягчением противоречия, видимо, должно служить предложение различать неустойку как способ обеспечения (которая в таком качестве оказывает свое стимулирующее воздействие до момента нарушения основного обязательства) и неустойку как меру ответственности (которая появляется в таком качестве с момента нарушения)⁴¹. Но в таком случае роль неустойки-обеспечения сливается с ролью убытков,

³⁷ См., напр.: Гражданское право: Учебник. Т. 1. 6-е изд. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 2002. — С. 644-647; Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву // Избранные труды: В 4 т. — СПб, 2003. — Т. I. — С. 206-207.

³⁸ Гражданское право: В 2 т. Т. II, полутом I: Учебник / Отв. ред. Е. А. Суханов. — М., 2003. — С. 50-51.

³⁹ Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. — Тула, 2001. — С. 384-385.

⁴⁰ Среди способов, рассматриваемых Банком России в качестве обеспечений возврата кредитов, неустойка отсутствует (см.: О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности: Положение ЦБР от 26.03.2004 г. № 254-П // Вестник Банка России. — 2004. — № 28.

⁴¹ Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств... — С. 54-554; Гришин Д. А. Неустойка: Современная теория // Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 2. Сб. ст. / Под ред. М. И. Брагинского. — М., 2000.



поскольку до момента нарушения они действуют одинаково. Представляется, что такая интерпретация неустойки как раз и подчеркивает отсутствие у нее обеспечительной природы.

Ту же логику следует применять, доказывая неправомерность отнесения к обеспечениям задатка. В дополнение сошлемся на авторитет М. Пляниоля, отрицавшего его обеспечительную роль. Возникший как род залога для обеспечения сделок, основанных на соглашениях, задаток, по мнению автора, «превратился в средство, облегчающее отступление, которому нет места в законодательстве, признающем договор обязательным с момента воследования согласия сторон (консенсуальная теория)».⁴²

Меры ответственности не должны признаваться обеспечениями именно потому, что различны функции этих институтов, различные риски, против которых направлены их нормы. Отличные друг от друга риски устраняются различными способами.

Нормы о банковской гарантии включены законодателем в гл. 23 ГК. Однако признак, объединяющий обеспечения, — акцессорность — у банковской гарантии отсутствует. В силу ст. 370 ГК «предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство». Иначе говоря, банковская гарантия обладает свойством независимости, являющимся альтернативой акцессорности (п. 3 ст. 329 ГК). Независимость обязательства предполагает отсутствие у него всех признаков, которые приобретает обязательство, будучи придаточным к основному.

Иногда приходится сталкиваться с недоумением по поводу свойства независимости банковской гарантии: «Как банковская гарантия может быть независимой от основного обязательства, если в своем требовании бенефициар должен сослаться на нарушение этого обязательства? О какой независимости идет речь, если в гарантии можно указать, что она исполняется при представлении документов, подтверждающих факт неисполнения основного обязательства?». Упоминание в нормах о банковской гарантии основного обязательства (ст. 368, 369, 374 ГК) также создает основу для выводов о связи гарантии с этим обязательством: «...независимость банковской гарантии не перечеркивает ее дополнительного (акцессорного) характера».⁴³

Указанное противоречие — кажущееся. Чтобы устранить его, обратим внимание на следующее. Связь между обязательствами может быть фактической или юридической. Например, покупатель заключает с двумя поставщиками два договора на покупку комплектующих деталей для одного изделия. Между этими обязательствами существует связь, но только фактическая. Если же между обязательствами имеется юридическая связь, то нужно определить ее вид. Можно различать взаимозависимость между обязательством главным и производным, в частности, регрессным; первичным и вторичным, например, договорами аренды и субаренды; основным и дополнительным, в том числе, акцессорным.

Какая же связь существует между основным обязательством и банковской гарантией? Фактическая. Независимость же банковской гарантии — юридическое свойство, не отражающее фактическое положение вещей. Да, банковская гарантия появляется по той причине, что есть основное обязательство. Да, в соответствии с этим обязательством бенефициар может воспользоваться гарантией только при определенном нарушении должником основного обязательства. В отношениях между принципалом и бенефициаром цель использования банковской гарантии имеет юридическое значение. Но в отношениях между бенефициаром и гарантом (в

⁴² Пляниоль М. Курс гражданского права. Ч. 2: Договоры. — Петроков, 1911. — С. 519. — Ссылка уместна, поскольку понятие «задаток» по Французскому гражданскому кодексу, на который ссылается автор, совпадает с ГК (см. также: Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. — С. 385).

⁴³ Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств... — С. 38.



ст. 370 ГК именно так и сказано: «в отношениях между ними») все, что связано с основным обязательством не имеет юридического значения. То, что между основным обязательством и предъявлением требования по гарантии существует фактическая связь, никоим образом не означает, что эта связь формирует собственно правоотношение из банковской гарантии. С известной долей условности можно провести аналогию между нашей проблемой и вопросом о допустимости доказательств. Отношения по банковской гарантии независимы от основного обязательства так же, как «не зависят» от свидетельских показаний требования лиц, забывших в предписанных законом случаях облечь сделку в письменную форму.

Таким образом, свойство независимости банковской гарантии, по сути, означает, что это обязательство юридически существует самостоятельно, и этим походит на другие обязательства, поименованные во второй части ГК. Для объединения обязательств в один правовой институт необходимо определить наличие у них общего признака. Для обеспечений, регулируемых гл. 23 ГК, таким признаком целесообразно признать акцессорность. Залог и поручительство обладают этим признаком, поэтому они и нашли законное место в гл. 23 ГК. Если банковская гарантия сама по себе не является акцессорным обязательством, по каким правовым признакам ее можно отнести к институту, регулируемому гл. 23 ГК? Представляется, что таких признаков нет. Если между обеспечениями и банковской гарантией и есть общее, то это признак, позволяющий включить их в более широкую по объему группу, которую условно можно назвать «способы погашения чужого долга».

Прав Е. А. Павлодский, утверждая, что оснований для отнесения банковской гарантии к обеспечениям не больше, чем для включения в их перечень страхования⁴⁴. Сравнение со страхованием удачно, поскольку деятельность по выдаче банковских гарантий экономически сходна со страхованием рисков договорной ответственности (это объективное родство закреплено в ст. 368 ГК, позволяющей выступать в роли гарантов только кредитным и страховым организациям). Нормы о банковской гарантии должны быть выделены в отдельную главу и помещены в раздел ГК «Отдельные виды обязательств».

Нельзя отнести к обеспечениям, т. е. подчинить правилам гл. 23 ГК, меры, которые подобно обеспечениям направлены на создание дополнительных гарантий для кредитора по обязательству, но подчинены специальному регулированию. Это относится к страхованию, и в первую очередь к страхованию договорной ответственности (гл. 48 ГК)⁴⁵.

Нельзя отнести к обеспечениям и меры, которые не создают дополнительного источника исполнения (санация сделки при уклонении одной из сторон от ее нотариального удостоверения — п. 2 ст. 165 ГК, условие договора купли-продажи о начислении процентов на сумму аванса — п. 4 ст. 487 ГК, и т. п.)⁴⁶.

В перечень обеспечений должны быть включены поручительство, залог и удержание, а также их разновидности (ручательство комиссионера, аваль и т. п.). Иные меры, предусмотренные законом или договором, можно рассматривать как обеспечения, а потому придавать им свойство акцессорности, только в том случае, если они основаны на обеспечительном интересе, т. е. создают дополнительный источник исполнения основного обязательства. Обеспечения, по сути, представлены двумя типами: первый дает гарантию в виде притязания на поведение должника (например, поручительство), второй обременяет имущество (например, залог). Соответственно,

⁴⁴ Павлодский Е. А. Обеспечение исполнения обязательств поручительством // Закон. — 1995. — № 5. — С. 25.

⁴⁵ Специального рассмотрения требуют конструкции (системы правоотношений), направленные на перераспределение рисков, но не позволяющие выделить связку «обязательство основное — обязательство акцессорное» (продажа имущества с условием обратного выкупа, сделки «репо» и т. д.). Их наличие свидетельствует о многообразии правовых инструментов, предоставленных участникам оборота для достижения их имущественных интересов.

⁴⁶ Об отнесении подобных сделок к числу обеспечений см.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право... — С. 385–387.



следует различать обеспечения личные и имущественные⁴⁷. Различия между этими типами проводится по источнику удовлетворения интересов кредитора⁴⁸.

Выводы

1. Обеспечительное обязательство — гражданско-правовая мера имущественного характера, создающая для кредитора в основном обязательстве дополнительный, внешний по отношению к этому обязательству источник его исполнения.

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

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

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

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

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

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

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



⁴⁷ О подобном делении обеспечений со ссылкой на В. М. Хвостова упоминает В. С. Ем (см.: Гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II, полутом I / Отв. ред. Е. А. Суханов. — М., 2003. — С. 50-51). Применительно к залоговому выводу о делении обеспечений на вещные и личные сделан А.М. Будиловым в его работе: Залоговое право России и ФРГ. — СПб, 1993. — С. 123.

⁴⁸ Объем журнальной публикации не позволяет рассмотреть вопрос о распространении принципов акцессорных обязательств на процессуальные меры обеспечения иска. К. Д. Кавелин считал, что такое обеспечение следует рассматривать как «устанавливаемое самими лицами, состоящими в обязательстве, но через необходимого представителя» (см.: Кавелин К. Д. Права и обязанности по имуществам и обязательствам // Избранные произведения по гражданскому праву. — М., 2003. — С. 332).