**ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ**

**План**

1 Общая характеристика средств обеспечения обязательств

2 Классификация средств обеспечения обязательств

3 Неустойка

4 Поручительство

5 Гарантия

6 Задаток

7 Удержание

**1 Общая характеристика средств обеспечения исполнения обязательств**

В ГК Украины 2003 г. этим вопросам посвящены отдельные главы — 49 и 51. Таким образом, в общих чертах сохранен подход, который имел место в ГК УССР 1963 г., где существовали специальные главы 16 («Обеспечение исполнения обязательств») и 18 («Ответственность за нарушение обязательств»), разделенные к тому же главой 17 («Уступка требования и перевод долга»).

Казалась бы, концепция ГК Украины сводится к тому, что он достаточно четко различает эти два института.

Однако в то же время, в главе 51 ГК Украины речь идет о существовании ответственности в форме прекращения обязательства, изменения условий обязательства, уплаты неустойки, возмещение убытков и морального вреда и т.п. (ст. 611 ГК).

Таким образом, уплата неустойки рассматривается в одной плоскости с другими видами ответственности, в частности, со взысканием убытков (ст. 624 ГК Украины).

В свою очередь, при характеристике средств обеспечение обязательств, в главе 49 ГК Украины говорится об «ответственности». Например, в ст. 554 ГК Украины упоминается «ответственность поручителя перед кредитором».

В связи с этим возникает необходимость установления характера взаимосвязи между этими категориями.

Анализ их сущности позволяет сделать следующие выводы.

И меры обеспечения обязательств, установленные нормами главы 49 ГК Украины, и меры ответственности, предусмотренные в главе 51 ГК Украины, преследуют одни и те же цели — стимулировать должника к исполнению обязательства и защитить интересы кредитора.

Поэтому те и другие могут быть отнесены к средствам обеспечения исполнения обязательств.

В то же время среди средств обеспечения обязательств следует различать специальные средства обеспечения, предусмотренные главой 49 ГК Украины («средства обеспечения» в узком смысле слова), и меры ответственности, предусмотренные главой 51 и другими ГК Украины.

Однако этим соотношение между категориями «ответственность» и «специальные средства обеспечения» не исчерпываются.

Хотя традиционно в качестве одной из форм ответственности рассматривается только неустойка (ст. 611 ГК Украины), но если исходить из определения ответственности как правоотношения, содержание которого составляют дополнительные обязанности, которые возлагаются на лицо, виновное в совершении правонарушения, то логично в понятие ответственности включать и залог, и задаток.

Несколько особняком находятся поручительство и гарантия, где отрицательные последствия наступают независимо от вины и противоправности действий лица (поручителя, гаранта). Однако, учитывая то, что ГК Украины именует- возложение на этих лиц санкций за неисполнение обязательства «ответственностью» (ст. 554, ст. 566 ГК Украины), очевидно, следует и поруку, и гарантию рассматривать как ответственность.

Таким образом, оказывается, что практически все специальные средства обеспечения одновременно являются мерами ответственности .

Исключение составляет удержание (ст.ст. 594-597 ГК Украины), которое по своей сущности является средством защиты прав кредитора, но не мерой ответственности должника, поскольку не сопровождается наступлением отрицательных последствий для последнего. Хотя собственник удержанной вещи теряет возможность пользоваться ею, однако это нельзя считать санкцией за нарушение, поскольку так же не пользуется своими вещами арендодатель или лицо, передавшее вещь в залог.

Обобщая сказанное, можно сделать вывод, что средства обеспечения договорных обязательств могут выступать в разных формах: неустойки (штрафа), задатка, залога, поруки, возмещения убытков и морального вреда, применения других мер ответственности и т.п.

Все специальные средства обеспечения имеют дополнительный (акцессорный) характер и зависят от основного обязательства: при недействительности или прекращении основного обязательства они также прекращают свое действие.

Избранный сторонами способ обеспечения исполнения обязательств должен быть письменно зафиксирован либо в самом обязательстве, на обеспечение которого он направлен, либо в дополнительном соглашении.

В соответствии с нормами ст. 547 ГК Украины сделка по обеспечению исполнения обязательства должна совершаться в письменной форме. При несоблюдении этого требования такая сделка признается ничтожной.

Некоторые из способов обеспечения должны быть не только оформлены письменно, но требуют еще и нотариального удостоверения, а в отдельных случаях — также государственную регистрацию.

Так, для обеспечения интересов залогодержателя, избежания несанкционированных повторных залогов закон устанавливает более жесткие требования к оформлению залога в тех случаях, когда имущество остается у должника-залогодателя. Если по общему правилу достаточно простой письменной формы соглашения о залоге, то ипотека, залог товаров в обороте и переработке требуют нотариального удостоверения с последующей государственной регистрацией залога в Книге записей залогов или в Государственном реестре залога движимого имущества.

Общие условия обеспечения исполнения обязательства установлены ст. 548 ГК Украины. Они выглядят таким образом:

1) исполнение основного обязательства обеспечивается дополнительным (акцесорним) обязательством, если это предусмотрено договором или законом;

1. недействительное обязательство не подлежит обеспечению;
2. признание недействительным основного обязательства (требования) тянет недействительность дополнительного (обеспечительного) обязательства, если иное не установлено ГК Украины;
3. недействительность сделки по обеспечению исполнения обязательства не влечет недействительность основного обязательства.

**2 Классификация средств обеспечения обязательств**

Способы обеспечения исполнения обязательств могут быть классифицированы по различным основаниям.

В зависимости от времени и способа установления (возникновения), они могут быть поделены на:

1) специальные и

2) универсальные.

1. Специальные способы обеспечения устанавливаются в момент возникновения обязательства. В результате кредитор и должник заранее представляют конкретные последствия неисполнения обязательства. К таким способам относятся: неустойка, задаток, залог, поручительство, гарантия и удержание. Они предусмотрены главой 49 ГК Украины 2003 г.
2. Универсальным способом обеспечения обязательств является возмещение должником убытков, понесенных кредитором в результате неисполнения обязательства (ст. 623 ГК Украины). Особенностью этого способа является то, что он применяется независимо от наличия специальной договоренности сторон об этом. Кроме того, размер убытков может быть определен только после неисполнения обязательств.

В зависимости от характера обеспечения интересов кредитора можно различать:

1) обязательственно-правовые и

2) вещно-правовые средства обеспечения обязательств.

В частности, такое деление способов обеспечения обязательств содержалось в ст. 570 проекта ГК Украины от 25 августа 1996 г. В редакции ГК Украины, принятого 16 января 2003 г., прямое указание на такое деление отсутствует, однако на возможности классификации по даному основанию это не влияет.

1) Обязательственно-правовые способы стимулируют должника к надлежащему исполнению обязательства путем создания возможности предъявления к нему или к третьим лицам, вступившим заранее в договор, обязательственного требования. К ним относятся: неустойка, поручительство, гарантия, возмещение убытков.

2) Вещно-правовые способы характерны тем, что интересы кредитора обеспечиваются за счет заранее выделенного имущества. Предметом обеспечения является это имущество. К таким способам относятся: залог, задаток, удержание. В зависимости от приоритетности целей установления конкретных способов обеспечения, характера и направленности воздействия этих способов обеспечения на должника различают также способы обеспечения исполнения обязательств:

1) способы обеспечения, в первую очередь, стимулирующие должника к исполнению обязательства и «попутно» (частично) обеспечивающие интересы кредитора (неустойка);

2) преследующие цель, прежде всего, компенсировать нарушенный интерес кредитора, и «попутно» стимулирующие должника к исполнению обязательства (возмещение убытков);

3) обеспечивающие интересы кредитора за счет заранее выделенного имущества с устранением других лиц от использования этого имущества (залог, задаток, удержание);

4) имеющие целью привлечь к обеспечению интересов кредитора имущество других лиц (поручительство, гарантия).

1. Способы обеспечения, в первую очередь, стимулирующие должника к исполнению обязательства и «попутно» (частично) обеспечивающие интересы кредитора. К таким способам относится неустойка. В этих случаях на первое место выступает стимулирование должника к исполнению обязательства, что осуществляется путем воздействия на его имущественную сферу в случае нарушения путем взыскания денежной суммы или имущества, устанавливаемой, как правило, наперед. Применяемые в этом случае санкции носят выраженный штрафной характер, и вместе с тем их размер сам по себе не всегда оказывается достаточным для компенсации интереса кредитора.
2. Способы обеспечения, преследующие цель, прежде всего, компенсировать нарушенный интерес кредитора, и «попутно» стимулирующие должника к исполнению обязательства. Сущность этого способа обеспечения состоит в возложении на должника обязанности возмещения убытков, понесенных кредитором, вследствие неисполнения обязательств. При этом заранее размер взыскиваемых убытков неизвестен и подлежит доказыванию кредитором при предъявлении иска.
3. Способы обеспечения, призванные прежде всего гарантировать удовлетворение требований и нарушенного интереса кредитора, за счет заранее известной части имущества должника или иного лица с устранением от возможности взыскания на нее кредиторов по другим обязательствам должника. Такими способами обеспечения являются залог задаток, удержание. Следует отметить, что штрафное воздействие тут играет второстепенную роль, поскольку должник в любом случае при исполнении обязательства должен был бы понести соответствующие расходы. 4) Способы обеспечения, имеющие целью защитить интересы кредитора путем привлечения имущества других лиц.

К ним относятся поручительство и гарантия. Характерной чертой этих способов обеспечения является удовлетворение интересов кредитора за счет иных лиц, не являющихся стороной в основном обязательстве, и независимо от вины этих лиц. В силу этих особенностей способы обеспечения, относящиеся к этой группе, не имеют характера штрафных санкций, а выступают, прежде всего как меры защиты интересов кредитора. Учитывая приведенные выше особенности различных способов обеспечения исполнения обязательств, рассматриваемых под тем или иным углом зрения, рассмотрим далее отдельные их виды, следуя, в основном, за логикой структуры глав 49 и 51 ГК Украины.

**3 Неустойка**

Неустойка — это денежная сумма или другое имущество, которое должник должен передать кредитору в случае нарушения должником обязательства (ст. 549 ГК Украины). Практически так же определяется неустойка в учебной и научной цивилистической литературе.

Неустойка является одним из наиболее распространенных способов обеспечения исполнения обязательств, в особенности в договорных отношениях с участием юридических лиц. Привлекательность неустойки поясняется тем, что она является упрощенным средством компенсации убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением должником его обязанностей.

Упрощенность компенсации интереса кредитора обеспечивается такими свойствами неустойки:

1. возможность взыскания неустойки за сам факт нарушения обязательства, без предоставления доказательств о причиненных убытках и их размере;
2. возможность для сторон по своему усмотрению сформулировать основания, размер и условия уплаты неустойки (кроме, так называемой, «нормативной» неустойки — ст. 550 ГК Украины);
3. возможность для кредитора оперативно компенсировать убытки, причиненные ему неисполнением договора, в удобной для него денежной форме. В связи с этим следует обратить внимание на то, что хотя ст. 549 ГК Украины предусматривает возможность взыскания с должника неустойки в виде имущества, однако механизм реализации такого права пока что не определен. Это позволяет предположить возникновение значительных трудностей при попытках применить на практике положения о взыскании неустойки в виде имущества, исчислении и взыскании такого вида неустойки, разграничении «имущественной неустойки» и залога. Существует точка зрения, согласно которой неустойку в виде взыскания имущества можно именовать как «альтернативная неустойка», поскольку здесь для должника имеет место альтернатива: в случае нарушения передать кредитору денежную сумму или другое имущество1. Однако она едва ли может быть признана приемлемой, поскольку в гражданском праве уже употребляется понятие «альтернативная неустойка» для обозначения возможности кредитора выбирать между взысканием неустойки или взысканием убытков.

Поскольку в ст. 549 ГК Украины упоминаются, кроме неустойки, еще и штраф, пеня, то возникает вопрос о их правовом значении.

Мнение, что это разновидности неустойки, имеющие свои особенности, получило поддержку и в новом ГК Украины, где содержится определение этих традиционных для советского гражданского права (ст.204 ГК УССР 1963 г.) разновидностей неустойки. Согласно ст. 549 ГК Украины штраф — это неустойка, которая вычисляется в процентах от суммы нарушенного обязательства. Пеня — это неустойка, которая устанавливается на случай просрочки исполнения обязательства и исчисляется в процентах от суммы несвоевременного исполненного денежного обязательства. Такой подход, однако, представляется не очень удачным, поскольку различные термины употребляются для обозначения тождественных понятий. Фактически, пеня — это исключительная неустойка, а штраф — неустойка штрафная.

В связи с этим возникает опасность смешивания разных понятий, хотя речь идет об одинаковых по сущности санкциях. Вдобавок употребление терминов «неустойка», «штраф» и «пеня» в разном значении является неудачным с точку зрения их этимологии: латинское «роеnае» как раз и означает «штраф» и только под влиянием русской терминологии и забвения названия оригинала стало называться — «неустойка».

Как отмечалась, неустойка традиционно трактуется как понятие, которое по своей юридической природе является не только способом обеспечения исполнения обязательств, но также одной из форм гражданско-правовой ответственности. Поэтому много положений, регулирующих ее применение, помещены в главе 51 ГК Украины «Правовые последствия нарушения обязательства. Ответственность за нарушение обязательства». В частности, согласно ст. 611 ГК Украины неустойка признается одной из санкций за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, а ст. 550 ГК Украины устанавливает, что кредитор не имеет права на неустойку в случае, если должник не отвечает за нарушение обязательства (ст. 617 ГК Украины).

Касаясь вопроса о неустойке, как специальной форме ответственности, следует отметить, что здесь, как впрочем и в других случаях применения специальных форм ответственности, часто нет необходимости в наличии полного состава гражданского правонарушения. Например, для взыскания исключительной неустойки нет необходимости устанавливать наличие убытков у кредитора, а, следовательно, отпадает и вопрос о причинной связи между убытками и противоправными действиями. Поэтому для ответственности здесь достаточно противоправности и вины должника.

Об этом свидетельствует и судебная практика. Так, например, банки, предъявляя к гражданам иск о взыскании задолженности по кредиту и пене (неустойки) за просрочку его возвращения, не обязаны доказывать наличие у них убытков вследствие просрочки возвращения займа. Доказательства предоставляются лишь относительно факта выдачи кредита и невозвращения его в срок. Сама просрочка является противоправным действием. Вина здесь возможна как в форме умысла, так и в форме неосторожности, однако для данной категории дел это обстоятельство практически не имеет значения.

Неустойка имеет характер дополнительного отягощения для должника и, по общему правилу, подлежит уплате независимо от наличия убытков (ст. 624 ГК Украины). Она призвана обеспечить обязательство от разнообразных нарушений, стимулируя должника к надлежащему выполнению, а также компенсирует (полностью или частично) убытки, которые могут быть причинены неисполнением обязательства. Поэтому уплата неустойки не освобождает должника от исполнения обязательства в натуре (ст. 552 ГК Украины).

Условиями взыскания неустойки является неисполнение обязательства и вина должника, независимо от наличия убытков у кредитора. Однако, если убытки возникли, то в зависимости от соотношения права на взыскание неустойки с правом на возмещение убытков различают неустойку:

1. зачетную — не исключает право требовать возмещения убытков, но только в той части, которая не покрыта неустойкой;
2. исключительную — закон или договор могут предусмотреть взыскание только неустойки, но не убытков (используется, как правило, в случаях просрочки исполнения обязательства);
3. штрафную (кумулятивную) — взыскание убытков в полной сумме сверх неустойки. Взимается в виде общего правила;
4. альтернативную — по выбору кредитора взимается или неустойка, или убытки (ст. 624 ГК Украины).

В зависимости от оснований установления неустойка делится на договорную и нормативную.

Ведущей из них является договорная неустойка (та, что устанавливается договором сторон).

Сфера применения нормативной неустойки зависит от характера нормы. Если неустойка предусмотрена императивной нормой, она подлежит безусловному применению. В случаях, если положение о неустойке помещено в диспозитивной норме, она применяется лишь тогда, когда стороны своим соглашением не предусмотрели другой размер неустойки. Примером диспозитивной нормы может быть правило ст. 625 ГК Украины, согласно которому должник, просрочивший исполнение денежного обязательства, по требованию кредитора обязан уплатить пеню в размере три процента годовых от просроченной суммы, если иной размер не установлен договором или законом.

Размер неустойки, установленный законом, может быть увеличен в договоре. Вместе с тем, стороны могут договориться об уменьшении размера неустойки, установленного актом гражданского законодательства ( кроме случаев, предусмотренных законом).

Кроме того, размер неустойки может быть уменьшен по решению суда, если он значительно превышает размер убытков, и при наличии других обстоятельств, имеющих важное значение. Следует отметить, что в этом случае уменьшения размера неустойки является правом суда. Вместе с тем, ст. 616 ГК Украины вменяет в обязанность суд уменьшить неустойку, если нарушение обязательства произошло по вине кредитора.

**4 Поручительство**

По договору поручительства поручитель (это может быть одно лицо или несколько лиц) частично или в полном объеме поручаются перед кредитором должника за исполнение им своей обязанности (ст. 553 ГК Украины).

Итак, поручительство — это договор, по которому к обязательству основного должника дополнительно присоединяется обязательство другого лица, которое за него ручается. В случае неисполнения обязательства основным должником, ответственность несет лицо, которое за него ручалось, то есть поручитель.

Договор поручительства односторонний, консенсуальный и безвозмездный. Им может быть предусмотрена как солидарная ответственность должника и поручителя, так и субсидиарная ответственность поручителя. Впрочем, если в договоре поручительства вид ответственности не оговорен специально, то в соответствии с частью I ст. 554 ГК Украины применяется правило о солидарной ответственности указанных лиц.

При этом поручитель отвечает в том же объеме, как и должник, в частности, отвечает за уплату основного долга и процентов по нему, за возмещение убытков, за уплату неустойки, если иное не предусмотрено договором поручительства.

Лица, которые совместно давшие поручительство, отвечают перед кредитором солидарно, если иное не установлено договором поруки.

В случае получения требования кредитора поручитель обязан сообщить об этом должнику, а в случае предъявления к нему иска — подать ходатайство о привлечении должника к участию в деле. Если поручитель не сообщит должнику о требовании кредитора и сам выполнит обязательство, должник имеет право выдвинуть против требования поручителя все возражения, которые он имел против требования основного кредитора.

Поручитель имеет право выдвинуть против требования кредитора возражение, которое могло бы выдвинуть сам должник при условии, что эти возражения не связаны с лицом должника. Поручитель имеет право выдвинуть эти возражения также в случае, если должник отказался от них или признал свой долг.

Таким образом, поручитель в случае предъявления к нему требования со стороны кредитора хотя и связан определенными процессуальными обязанностями относительно должника (должен предупредить последнего о требованиях кредитора, привлечь должника к участию в деле в случае предъявления иска), но сохраняет свое относительно автономное положение, прежде всего, в связи с оценкой возражений, которое имеет против кредитора основной должник.

Согласно ст. 556 ГК Украины к поручителю, который выполнил обязательства, переходят все права кредитора по этому обязательству.

При этом объем прав кредитора, которые переходят к поручителю, соответствует объему удовлетворенных поручителем требований кредитора по основному обязательству. Если основное обязательство было обеспечено несколькими разными поручителями, то каждый из них получает право обратного требования к Должнику в размере уплаченной этим поручителем суммы.

Если должник выполнил обеспеченное порукой обязательство, то согласно ст. 557 ГК Украины он должен немедленно сообщить об этом поручителю. Иначе поручитель, который также выполнил обязательство, имеет право взыскать с кредитора безосновательно полученное или выдвинуть регрессное требование к должнику. В последнем случае должник имеет право взыскать с кредитора безосновательно полученное.

Учет значения и роли личности поручителя обусловило необходимость решения вопроса об оценке стоимости услуг поручителя.

В ГК УССР 1963 г. эти вопросы не регулировались и, как правило, услуги поручителями предоставлялись безвозмездно. В связи с этим в практике гражданского оборота возможности применения поручительства не использовались в полной мере из-за отсутствия заинтересованности потенциальных поручителей в предоставлении таких услуг. Ведь поручитель, который нес ответственность в том же объеме, что и основной должник, вместо риска, который на него возлагался, в перспективе всего лишь мог получить права кредитора по этому обязательству. Естественно, что желающих безвозмездно рисковать своим имуществом находилось не так уже много. В связи с этим назрела необходимость повышения заинтересованности потенциальных поручителей в принятии на себя обязанностей по обеспечению выполнения обязательств.

С учетом этих обстоятельств в ст. 558 ГК Украины предусмотрено, что поручитель имеет право на вознаграждение за услуги, которые он предоставил должнику. Тем не менее такая плата должна быть предусмотрена договором. Условие об оплате услуг поручителя может быть включено в договор поруки или в момент его заключения, или в процессе исполнения такого договора.

Поручительство прекращается:

1. с прекращением обеспеченного им обязательства. Это поясняется тем, что поручительство имеет акцессорный характер;
2. в случае изменения обязательства без согласия поручителя, вследствие чего увеличивается объем его ответственности;
3. в случае, если после наступления срока исполнения обязательства кредитор отказался принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем;
4. в случае перевода долга на другое лицо, если поручитель не поручился за нового должника;
5. после окончания срока, установленного в договоре поручительства. В случае, если такой срок не установлен, поручительство прекращается, если кредитор в течение шести месяцев от дня наступления срока исполнения основного обязательства не предъявит требования к поручителю. Если срок основного обязательства не установлен или установлен моментом предъявление требования, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска против поручителя в течение одного года со дня заключения договора поручительства.

Следует отметить, что рыночные условия хозяйствования в определенной мере «реанимировали» поручительство как средство обеспечения исполнения обязательств. Вместе с тем, его применение пока не получило надлежащего распространения.

В связи с этим возникает проблема повышения заинтересованности потенциальных поручителей в принятии на себя обязанностей из обеспечения выполнения обязательств.

Для ее решения можно было бы использовать положения римского частного права, где для поручителей были предусмотренные существенные льготы.

В частности, императором Юстинианом I было введено beneficium excusionis, сущность которой состояла в том, что поручитель, который привлекался кредитором к ответственности, мог требовать, чтобы кредитор попробовал взыскать долг непосредственно с главного должника, а уж потом, при безуспешности такой попытки, — обращался к поручителю. Таким образом ответственность поручителя приобретала выражено субсидиарный характер.

Вторым видом льгот, установленных для поручителей, была beneficium divisionis, которая применялась, если речь шла об ответственности нескольких поручителей. Специальным законом (lex Cicereia) должник обязывался заблаговременно объявлять, сколько поручителей устанавливается у обеспечения его долга, и кто именно эти поручители. В результате каждый из них мог требовать, чтобы кредитор равномерно взыскивал долг со всех поручителей. Beneficium divisionis применялась во всех случаях за исключением тех, когда кто-то из поручителей ко времени предъявления иска становился неоплатным должником. Эта льгота не ограничивалась во времени, но прекращалась в случае отказа от нее поручителя, который привлекался к ответственности.

Еще одним видом льгот для поручителя была beneficium cedendorum actionum, суть которой состояла в том, что она представляла собой право поручителя требовать, чтобы кредитор передал ему свои иски против главного должника и других поручителей.

Таким образом, опыт римского частного права свидетельствует, что существуют пути законодательного решения проблемы, упомянутой выше. Очевидно, что нормы, аналогичные существовавшим в римском праве, могут быть введены и в наше законодательство с целью обеспечить более полную защиту интересов участников коммерческого оборота.

**5 Гарантия**

Гарантия, как способ обеспечения исполнения обязательства, состоит в том, что банк, другое финансовое учреждение, страховая организация (гарант) поручается перед кредитором (бенефициаром) за выполнение должником (принципалом) своей обязанности. Иными словами, суть гарантии в том, что гарант отвечает перед кредитором за нарушение обязательства должником (ст. 560 ГК Украины).

Следовательно гарантия, как и поручительство, имеет целью привлечения к обязательству других лиц, имущество которых наряду с имуществом должника также могло бы служить для удовлетворения требований кредитора по основному обязательству, а потому является достаточно надежным, твердым обеспечением исполнения обязательства.

Если раньше согласно ст. 196 ЦК УССР 1963 г. гарантия приравнивалась к поручительству и на нее распространялись правила о поручительстве, то гарантия по ГК Украины 2003 г. является новым для отечественного законодательства самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательства.

Характерными признаками гарантии является то, что она:

1. имеет самостоятельный характер. Обязательство гаранта перед кредитором не зависит от основного обязательства (его прекращения или недействительности), в частности и тогда, когда в гарантии содержится ссылка на основное обязательство;
2. имеет особый субъектный состав (в качестве гаранта могут выступать только банки, другие финансовые учреждения, страховые организации);
3. не ограничивается сроком предъявления кредитором исковых требований к гаранту;
4. имеет оплатный характер;
5. является безотзывной.

Правовой основой банковской гарантии на территории Украины, кроме ГК Украины, являются разработанные Международной торговой палатой Унифицированные правила по договорным гарантиям в редакции 1978 г., Унифицированные правила МТП для гарантий по первому требованию 1992 г., Инструкция о порядке регулирования деятельности банков в Украине, утвержденная постановлением Правления Национального банка Украины от 28 августа 2001 г.

Срок действия гарантии. Гарантия действует со дня ее выдачи, если в ней не установлено иное, и действует в течение срока, на который она выдана.

Гарантия является безотзывной, поскольку она не может быть отозвана гарантом, который ее выдал. Поэтому с момента вступления ее в силу гарант становится обязанным перед кредитором лицом. Выделение в ст. 561 ГК Украины отдельным пунктом момента вступление в силу гарантии дает основания предположить, что до наступления этого момента гарант не является должником перед кредитором, а гарантийное обязательство вообще еще не возникло. Из этого следует, что будущие обязанности будущего гаранта могут быть аннулированы (отозваны) им до момента вступления в силу гарантии (при условии, что этот момент не совпадает с днем выдачи гарантии). Правило о безотзывности гарантии имеет диспозитивный характер, поскольку самой гарантией может быть предусмотрено право гаранта отозвать банковскую гарантию при определенных условиях.

При нарушении обязательства, обеспеченного гарантией, наступает ответственность гаранта перед кредитором. Вместе с тем, содержание ст. 563 ГК Украины дает основания считать, что такая ответственность наступает для гаранта не автоматически, а при предъявлении к нему соответствующего требования бенефициаром. То есть, даже если гаранту становится известно о нарушении обязательства принципалом, он может исполнить возложенные на него выданной гарантией обязанности только при наличии волеизъявления кредитора.

Следует отметить, что бенефициар обращается к гаранту с письменным требованием об уплате гарантированной денежной суммы, а не с иском. Таким требованием могут быть признаны претензия или любое другое представление требования в письменном виде, отвечающее условиям выданной гарантии. К такому письменному требованию должны быть приобщены документы, указанные в гарантии. Кроме того, в требовании кредитора должно быть указано, в чем состоит нарушение должником основного обязательства.

При неудовлетворении указанных требований добровольно кредитор имеет право обратиться в суд с иском к гаранту. Это возможно даже после окончания срока действия гарантии. Необходимым условием иска при этом будет наличие письменного требования, предъявленного бенефициаром в пределах срока действия гарантии.

Основной обязанностью гаранта является удовлетворение письменного требования бенефициара, предъявленного с соблюдением условий гарантии.

Вместе с тем ГК Украины устанавливает также сопутствующие этой основной обязанности дополнительные обязанности гаранта, связанные с рассмотрением требований кредитора. В частности, после получения требования кредитора гарант должен немедленно сообщить об этом должнику и передать ему копии требования вместе с соответствующими документами.

Гарант должен рассмотреть требование кредитора вместе с приобщенными к нему документами в установленный в гарантии срок, а в случае его отсутствия — в разумный срок и установить соответствие требования и приобщенных к нему документов условиям гарантии. Понятие «разумный срок» является оценочной категорией. Поэтому признание срока рассмотрения требования разумным должно производиться с учетом всех конкретных обстоятельств, сопутствующих такому рассмотрению.

Гарант имеет право отказаться от удовлетворения требования кредитора, если требование или приобщенные к нему документы не отвечают условиям гарантии или если они представлены гаранту после окончания срока действия гарантии. В этом случае гарант должен немедленно сообщить кредитору об отказе в удовлетворении его требования.

Если гарант после предъявления к нему требования кредитора узнал о недействительности основного обязательства или о его прекращении, он должен немедленно сообщить об этом кредитору и должнику.

Повторное требование кредитора, полученное гарантом после такого сообщения, подлежит удовлетворению (ст. 565 ГК Украины).

Практический смысл такого требования состоит в том, что гарант, который сообщил об известных ему обстоятельствах, касающихся прекращения или недействительности основного обязательства, не может быть признан просрочившим по своим обязательствам перед бенефициаром до получения от последнего повторного письменного требования и истечения разумного срока его рассмотрения.

Обязанность гаранта перед кредитором ограничивается уплатой суммы, на которую выдана гарантия.

Однако, устанавливая границы обязательств гаранта, ст. 566 ГК Украины различает само обязательство гаранта уплатить сумму, на которую выдана гарантия и ответственность гаранта за неисполнение или ненадлежащее исполнение им этой обязанности. По общему правилу, ответственность гаранта за нарушение обязательства, вытекающее из банковской гарантии, не ограничивается суммой гарантии, если иное не предусмотрено самой гарантией. Это означает, что при неисполнении или ненадлежащем исполнении своих обязанностей гарант, как и любой другой обычный должник, несет ответственность в порядке и на условиях, предусмотренных главой 51 ГК Украины «Правовые последствия нарушения обязательства. Ответственность за нарушение обязательства».

В этом смысле ответственность гаранта с момента истечения срока рассмотрения требований кредитора ничем не отличается от ответственности должника по денежным обязательствам. Кроме требования о взыскании суммы, на которую выдана гарантия, с учетом установленного индекса инфляции за все время просрочки (по своей сути это требование о выполнении обязательства в натуре), бенефициар вправе требовать от гаранта уплаты также трех процентов годовых от просроченной суммы, если другой размер процентов не установлен договором или законом, а также причиненные ему убытки в полном объеме (ст.ст. 22, 623 ГК Украины).

Отношения гаранта и принципала основываются, по общему правилу, на оплатной основе. Это объясняется тем, что гарантия является своеобразным видом предоставления услуг, предусматривающим для гаранта резервирования, то есть изъятие из оборота, определенной денежной суммы с целью обеспечения возможной в будущем ответственности за неисполнение обязательства третьим лицом (должником).

Вместе с тем, договоренностью между гарантом и принципалом может быть установлено безвозмездное предоставление гарантом услуг принципалу, поскольку получение оплаты за предоставленные услуги является лишь правом лица, выступающего гарантом.

Прекращение гарантии происходит в случае:

1. уплаты кредитору суммы, на которую выдана гарантия;
2. окончания срока действия гарантии;
3. отказа кредитора от своих прав по гарантии путем возвращения ее гаранту или путем представления гаранту письменного заявления об освобождении его от обязанностей по гарантии.

Следует отметить, что в перечне оснований прекращения обязательств гаранта перед кредитором, установленных частью I ст. 568 ГК Украины, отсутствует прекращение основного обязательства. Отсюда следует, что прекращение основного обязательства, даже путем его надлежащего исполнения должником, не прекращает существования обеспечительного гарантийного обязательства. Вместе с тем, основанием прекращения гарантии может быть передача отступного (ст. 600 ГК Украины), зачет (ст. 601 ГК Украины), новация (ст. 604 ГК Украины), объединение должника и кредитора в одном лице (ст. 606 ГК Украины) и т.п.

Гарант имеет право на обратное требование (регресс) к должнику в пределах суммы, уплаченной им по гарантии кредитору, если иное не установлено договором между гарантом и должником. При этом регрессное требование выплачивается с учетом размера вознаграждения, полученного гарантом от принципала за выданную банковскую гарантию, и подлежит соответствующему уменьшению. Право на регресс утрачивается, когда сумма, уплаченная гарантом кредитору, не отвечает условиям гарантии, если иное не установлено договором между гарантом и должником.

**6 Задаток**

Задаток — это денежная сумма или движимое имущество, которое передается кредитору должником в счет подлежащих с него по договору платежей, в подтверждение обязательства и в обеспечение его исполнения (ст. 570 ГК Украины).

Договор о задатке должен оформляться письменно под угрозой признания его ничтожным (ст. 547 ГК Украины).

Назначение задатка состоит, прежде всего, в том, что он может предотвратить неисполнение обеспеченного им обязательства, в особенности, если имеет место вина сторон обязательства.

Поэтому ст. 571 ГК Украины устанавливает, что если нарушение обязательства произошло по вине должника, задаток остается у кредитора, а если это произошло по вине кредитора, он обязан возвратить должнику задаток и дополнительно уплатить сумму в размере задатка или его стоимости. В случае прекращения обязательства до начала его исполнения или вследствие невозможности его исполнения, задаток подлежит возвращению.

Вместе с тем в случае неисполнения обязательства перед кредитором и должником возникает вопрос о возмещении причиненных этим неисполнением убытков.

В связи с этим часть 2 ст. 571 ГК Украины устанавливает, что сторона, виновная в нарушении обязательства, должна возместить другой стороне убытки в сумме, на которую они превышают размер (стоимость) задатка, если иное не установлено договором. Следовательно, если за нарушение договора отвечает сторона, предоставившая задаток, она должна возместить убытки в части, превышающей сумму задатка. В случаях, если за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора отвечает кредитор, должник может требовать уплаты двойной суммы задатка (или возвращение имущества, полученного в качестве задатка, и дополнительной уплаты суммы в размере стоимости этого задатка) и, сверх того, возмещение убытков в части, превышающей однократную сумму задатка.

Таким образом, задаток выполняет четыре функции:

1) авансирование,

2) доказывание,

3) обеспечение исполнения обязательства,

4) компенсация интересов добросовестной стороны обязательства.

По своим функциям задаток отличается от аванса, который выполняет лишь платежную функцию и функцию доказывания, и независимо от причин неисполнения обязательства подлежит возвращению. Задаток, кроме этих функций, как отмечалось, выполняет еще и функцию обеспечения — сумма, переданная как задаток, зачисляется в счет исполнения основного обязательства и в этой части гарантирует его исполнение. В случае неисполнения обязательства задаток также выполняет обеспечительную функцию, поскольку невиновная сторона получает, как минимум, сумму, которая равняется размеру задатка.

Кроме того, задаток может выполнять также компенсационную функцию, так как сторона, которая отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства обязана возместить другой стороне убытки с зачетом суммы задатка.

Таким образом, задаток по своей сути приближается к санкциям, установленным за виновное неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства (мерам ответственности).

Именно с помощью возложения отрицательных имущественных последствий правонарушение на нарушителя, то есть, фактически применение мер имущественной ответственности, и выполняется функция обеспечения исполнения обязательств.

Основные особенности задатка, как средства обеспечения обязательств и как формы гражданско-правовой ответственности, состоят в таком.

Во-первых, для возложения ответственности тут достаточно усеченного состава правонарушения: противоправной бездеятельности и вины правонарушителя.

Во-вторых, эта санкция применяется не во всех случаях нарушения договора, а лишь при неисполнении договорного обязательства.

В-третьих, эта мера ответственности может применяться только в двусторонних обязательствах (договорах): таких, где каждая из сторон является и должником, и кредитором. Таким образом, сферой ее применения являются только консенсуальные договоры: купли-продажи, подряда, найма и т.п.

Поскольку закон предусматривает возможность взыскания не только задатка, но и причиненных убытков, тут возможна ответственность и в форме возмещения убытков. При этом задаток фактически поглощается ими. Однако в связи с затрудненностью доказывания убытков стороны чаще всего отказываются от таких требований, ограничиваясь взысканием суммы задатка, в особенности, если она весьма значительна. В связи с этим сумма задатка иногда составляет 50 и даже больше процентов договора.

Следует обратить внимание на диспозитивный характер части 2 ст. 571 ГК Украины. Убытки возмещаются с зачетом размера задатка, если иное не предусмотрено договором. Это означает, что стороны своим соглашением могут как смягчить ответственность (например, предусмотреть, что даже при наличии убытков взыскивается только сумма задатка), так и усилить ее (например, предусмотреть взыскание в полном объеме убытков и суммы задатка).

Задаток может быть использован в качестве отступного. Но для этого необходима соответствующая договоренность сторон (ст. 600 ГК Украины). В этом случае контрагент стороны, которая использовала право отступиться от договора, также будет не вправе требовать возмещения убытков.

**7 Удержание**

Новым видом обеспечения исполнения обязательств является удержание, предусмотренное статьями 594-597 ГК Украины.

Сущность права удержания состоит в том, что кредитор, у которого находится вещь, предназначенная для передачи должнику или лицу, указанной должником, в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи, или компенсации кредитору затрат и других убытков, имеет право удерживать ее у себя до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено.

Следует обратить внимание на то, что право удержания возникает на основании прямого указания закона (ст. 594 ГК Украины) и не требует, чтобы оно было предусмотрено договором между кредитором и должником.

Поскольку часть 1 ст. 594 ГК Украины не имеет диспозитивного характера, акцессорное обеспечительное обязательство, которое здесь возникает, не зависит от воли должника и кредитора. Отказаться от права на удержание нельзя, поскольку такой отказ будет считаться ничтожным. Вместе с тем, удержание это право, а не обязанность кредитора. Поэтому воспользоваться им он может именно по своему желанию.

Право удержания возникает с момента наступления срока (даты) исполнения обязательства должником. До этого момента кредитор не имеет права оставлять у себя вещь, которую должен передать по договору должнику (например, продавец обязан передать вещь покупателю независимо от уплаты ее стоимости, если иное не предусмотрено договором между ними, поскольку право удержания возникает лишь в случае просрочки платежа). После передачи вещи должнику в рамках исполнения основного обязательства кредитор не имеет права требовать ее возвращения для осуществления удержания или забирать ее назад у должника, даже если у него существует такая возможность.

Право на удержание прекращается:

1. в случае прекращения основного обязательства. Это следует из акцессорности обеспечительного обязательства;
2. удовлетворением требований кредитора за счет вещи, которую он удерживает (ст. 597 ГК Украины);
3. в случае прекращения обязательства по основаниям, предусмотренным в главе 50 ГК Украины.

По общему правилу, основанием возникновения обеспечительного обязательства является закон.

Однако это положение безусловно касается лишь случаев удержания имущества, находящегося у кредитора в связи с существованием определенного обязательства, до выполнения которого он и удерживает имущество.

Если же имущество находится у кредитора в связи с одним обязательствам, а под угрозой оказывается исполнение обязанностей этим же должником по другим обязательствам относительно этого же кредитора, то удержанием вещи требования кредитора могут обеспечиваться лишь при условии, что иное не установлено договором сторон или законом.

Требования кредитора, удерживающего вещь, удовлетворяются из ее стоимости в объеме и в порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом (ст.ст. 597, 591 ГК Украины).

Кредитор имеет право удержания находящейся у него вещи независимо от приобретения прав на нее третьими лицами, если эти права возникли после того, как вещь попала во владение кредитора (ст. 594 ГК Украины).

Кредитор, удерживающий вещь, обязан немедленно уведомить об этом должника.

Риск случайной гибели или случайного повреждения вещи лежит на кредиторе, если иное не предусмотрено законом. Поэтому он отвечает за утрату, повреждение или порчу удерживаемого имущества, если не докажет, что это произошло вследствие действия непреодолимой силы.

К кредитору, удерживающему вещь и не являющемуся ее собственником, вследствие удержания право собственности не переходит. Поэтому он не имеет права пользоваться удерживаемым имуществом.

Должник, являющийся собственником удерживаемой вещи, сохраняет право распоряжения ею. Однако, отчуждая вещь, он обязан уведомить приобретателя вещи о факте ее удержания и правах кредитора. Невыполнение этого требования может иметь для него важные отрицательные следствия. Например, по договору купли-продажи покупатель имеет право требовать снижения цены или разрыв договора купли-продажи, если он не был предупрежден (не знал и не мог знать) о правах третьих лиц на товар.